

ECLI:NL:CBB:2025:385

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	22-07-2025
Datum publicatie	22-07-2025
Zaaknummer	23/1682, 23/1683, 23/1684 en 23/1685
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2023:6240, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	De ACM heeft terecht vastgesteld dat de tabaksfabrikanten het kartelverbod hebben overtreden. Zij hebben alle vier deelgenomen aan een jarenlange praktijk van indirecte informatie-uitwisseling en hebben deze informatie gebruikt bij hun eigen prijs- en strategiebepaling. De gedragingen kunnen worden aangemerkt als onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekten de mededinging te beperken en vormen samen een enkele voortdurende overtreding. Er is geen sprake van een schending van de rechten van verdediging. De ACM heeft door middel van datarooms toegang geboden tot het onderzoeksmateriaal. Deze procedure en de wijze waarop de ACM de procedure heeft ingericht, acht het College toereikend. Ook zijn de boetes op correcte wijze vastgesteld. De ACM heeft terecht de Boetebeleidsregels 2009 voor de gehele overtreding toegepast. Het College acht de boetes niet onevenredig. Tot slot is het College uitgegaan van een langere redelijke termijn. Daarbij is in aanmerking genomen dat de dataroomprocedures geruime tijd in beslag hebben genomen. De duur van de procedure als geheel is binnen die termijn gebleven. De hoger beroepen van de tabaksfabrikanten slagen niet. Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.
Wetsverwijzingen	Mededingingswet
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Sdu Nieuws Bestuursrecht 2025/170

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 23/1682, 23/1683, 23/1684 en 23/1685

uitspraak van de meervoudige kamer van 22 juli 2025 op de hoger beroepen van:

1 [naam 1] B.V. ([naam 1]), te [woonplaats 1]

(gemachtigden: mr. W. Knibbeler, mr. A.A.J. Pliego Selie, mr. M.H.J.M. Immerzeel en mr. R.Ö. Warning)

2 [naam 2] B.V. ([naam 2]), te [woonplaats 2]

(gemachtigden: mr. R. Wesseling, mr. R.M. Elemans en mr. S.P. Kobakiwal)

3 [naam 3] B.V. ([naam 3])te [woonplaats 3] ([land]) en

[naam 4] B.V. ([naam 4]), te [woonplaats 4] (samen: [naam 5]),

(gemachtigden: mr. R. Snelders en mr. R. Lepetska)

4 [naam 6] B.V. ([naam 6] ; [naam 6]), te [woonplaats 5]

(gemachtigden: mr. Y. de Vries, mr. L.N.M. van Uden en mr. E.H. Groen)

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 juli 2023, ROT 22/32, 22/41, 22/72 en 22/73, in het geding tussen

[naam 1] , [naam 2] , [naam 6] en [naam 5]

en

de Autoriteit Consument & Markt (ACM)

(gemachtigden: mr. A. Bouman, L.M. Brokx JD. LL.M, mr. M. Rekker en drs. E.S. Meulman)

Procesverloop in hoger beroep

De onder 1 tot en met 4 genoemde partijen (samen: de tabaksfabrikanten) hebben afzonderlijk hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 juli 2023 (ECLI:NL:RBROT:2023:6240).

De ACM heeft een schriftelijke uiteenzetting over de hogerberoepschriften van de tabaksfabrikanten ingediend.

De tabaksfabrikanten hebben repliek ingediend. De ACM heeft dupliek ingediend.

Ten aanzien van een aantal stukken die de ACM verplicht is over te leggen, heeft zij meegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Met de beslissing van 17 januari 2025 heeft het College de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht. De tabaksfabrikanten hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

De zitting was op 11 februari 2025. Aan de zitting hebben deelgenomen de gemachtigden van de partijen als hiervoor vermeld en verder, namens [naam 1] , T. Lips, namens [naam 2] , [naam 7] , namens [naam 5] , [naam 8] , namens [naam 6] , M. van Kessel en namens de ACM, J. Svitak. Het gedeelte van de zitting over de hoogte van de aan [naam 2] opgelegde boete heeft plaatsgevonden met gesloten deuren. [naam 1] , [naam 5] en [naam 6] zijn daarbij dus niet aanwezig geweest.

Grondslag van het geschil

De ACM is naar aanleiding van verschillende signalen over mogelijk mededingingsbeperkend gedrag een onderzoek gestart naar mogelijke overtredingen van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en/of artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw). De ACM heeft in het kader hiervan in 2014 en 2016 op de bedrijfslocaties van [naam 4] , [naam 2] , [naam 6] en [naam 1] onderzoek gedaan. In 2014 is ook op de locaties van een aantal afnemers zoals [naam 9] , [naam 10] en [naam 11] onderzoek verricht.

1.2 Op 9 april 2019 heeft de ACM een boeterapport opgemaakt.

1.3 Op 18 juli 2019 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag de vordering van [naam 6] tot toegang tot de onderzoeksdatasets van alle in het onderzoek betrokken ondernemingen afgewezen (ECLI:NL:RBDHA:2019:12914).

1.4 Met het besluit van 27 mei 2020 (boetebesluit) heeft de ACM vastgesteld dat de tabaksfabrikanten in de periode juli 2008 tot en met juli 2011 via hun afnemers informatie hebben uitgewisseld over prijzen van sigaretten, voordat deze prijzen van kracht waren. Met deze gedragingen hebben de fabrikanten de bestaande onzekerheid op de markt verminderd en de concurrentie verzwakt. De ACM heeft dit aangemerkt als een overtreding van het kartelverbod, zoals neergelegd in artikel 101, eerste lid, van het VWEU en artikel 6, eerste lid, van de Mw, en heeft hiervoor aan de vier tabaksfabrikanten boetes opgelegd van in totaal 82.113.000,-, waarvan 13.021.000,- aan [naam 1] , 31.179.000,- aan [naam 2] , 27.503.000,- aan [naam 3] en 10.410.000,- aan [naam 6] .

1.5 Met de besluiten van 11 juni 2020 heeft de ACM besloten dat het boetebesluit wordt gepubliceerd (publicatiebesluiten). Met de uitspraak van 21 september 2020 (ECLI:NL:RBROT:2020:8452) heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam de verzoeken van [naam 1] , [naam 2] en [naam 5] om, kort gezegd, schorsing van de publicatie afgewezen. De ACM heeft het boetebesluit vervolgens op 29 september 2020 gepubliceerd.

1.6 Met het besluit van 25 november 2021 heeft de ACM de bezwaren van de tabaksfabrikanten tegen het boetebesluit en de publicatiebesluiten ongegrond verklaard.

Uitspraak van de rechtbank

2 De rechtbank heeft de beroepen van de tabaksfabrikanten tegen het besluit van 25 november 2021 ongegrond verklaard. De rechtbank heeft geoordeeld dat de ACM terecht heeft vastgesteld dat de fabrikanten hebben deelgenomen aan een jarenlange praktijk van indirecte informatie-uitwisseling en dat de informatie door de fabrikanten werd gebruikt bij hun eigen prijs- en strategiebepaling. De gedragingen kunnen volgens de rechtbank worden aangemerkt als onderling afgestemde feitelijke gedragingen (o.a.f.g.) die ertoe strekten de mededinging te beperken en vormen samen een enkele voortdurende overtreding. De rechtbank heeft verder geoordeeld dat de boetes op correcte wijze zijn vastgesteld en dat geen sprake is van een schending van de rechten van de verdediging. Tot slot heeft de rechtbank geoordeeld dat de publicatie van het boetebesluit niet onrechtmatig is.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3 Voordat het College overgaat tot de beoordeling van de hogerberoepsgronden over de verweten gedragingen, de rechten van verdediging en de boetes, zal het College hierna eerst de (niet in geschil zijnde) specifieke kenmerken van de Nederlandse sigarettenmarkt schetsen tegen de achtergrond waarvan de gedragingen hebben plaatsgevonden.

De sigarettenmarkt

4 De Nederlandse sigarettenmarkt kenmerkt zich door een sterk geconcentreerde markt (oligopolie). Gedurende de inbreukperiode hadden de vier tabaksfabrikanten een gezamenlijk marktaandeel van

95% op basis van het aantal sigaretten. De vier fabrikanten waren gedurende de inbreukperiode elkaars belangrijkste concurrenten. Daarnaast wordt de Nederlandse sigarettenmarkt gekenmerkt door een specifiek wettelijk kader bestaande uit accijnswetgeving, verticale prijsbinding en reclameverboden.

De accijnswetgeving

- 4.1 De accijnswetgeving bepaalt dat fabrikanten eenzijdig de prijzen van hun sigaretten voor de verkoop aan consumenten bepalen (verticale prijsbinding) en die op het pakje met zegel (accijnszegel of banderol genoemd) moeten aanbrengen. Sigaretten mogen niet voor een andere prijs aan consumenten worden verkocht dan op het zegel is vermeld. Groothandels en detailhandelaren zijn gebonden aan de consumentenprijs zoals vastgesteld door de fabrikanten. Eenzelfde pakje sigaretten kost zo voor de consument overal in Nederland hetzelfde.
- 4.2 De accijns en btw zijn in grote mate bepalend voor de consumentenprijs van een pakje sigaretten (ongeveer 70-80%). Gedurende het grootste deel van de inbreukperiode (van 17 juli 2008 tot 1 juli 2011) werd bij de vaststelling van het accijnstarief uitgegaan van de consumentenprijs van het meest verkochte pakje sigaretten (meest populaire prijsklasse; MPPC). De distributeur van de accijnszegels verstreekte een totaaloverzicht op verpakkingsniveau van alle in die periode verstreekte accijnszegels. Dat vormde de basis voor het bepalen van de MPPC. Vanwege het MPPC-systeem was de prijs van het MPPC-product al bekend bij de fabrikanten voordat deze prijs in de schappen te zien was. Gedurende de inbreukperiode was [sigarettenmerk 1] 19 stuks van [naam 5] de MPPC.
- 4.3 Tot 1 juli 2011 werden de accijnstarieven voor sigaretten aangepast in geval van een wijziging van de MPPC of de prijs van de MPPC (automatische accijnswijzigingen). De wetgever kon ook zelf besluiten de tarieven aan te passen om de accijnsdruk te verhogen (autonome accijnswijzigingen). Tijdens de inbreukperiode hebben verschillende automatische en autonome accijnswijzigingen plaatsgevonden. Vanaf 1 juli 2011 wordt de accijns berekend aan de hand van de gewogen gemiddelde kleinhandelsprijs (weighted average price; WAP).

De afnemers

- 4.4 De fabrikanten verkopen hun sigaretten aan groothandels en detailhandelsketens (afnemers). De groothandels nemen het grootste deel van de distributie van de sigaretten aan de detailhandel voor hun rekening. Een klein deel wordt rechtstreeks door de detailhandelsketens afgenomen. Gedurende de inbreukperiode waren landelijk opererende groothandels actief, zoals [naam 9] , [naam 10] en daarnaast ook kleinere, regionale groothandels zoals [naam 11] .

Prijzen

- 4.5 De fabrikanten en hun afnemers maken afspraken over de hoogte van de inkooprijzen, waarbij de fabrieksprijs (dat wil zeggen: de consumentenprijs minus btw en accijns) het uitgangspunt vormt. Groothandels kopen sigaretten in bij de fabrikanten tegen de door de fabrikanten vastgestelde fabrieksprijzen, onder aftrek van een inkoopkorting, ook wel groothandelsmarge of marge genoemd. De groothandels spreken op hun beurt een marge af met de detailhandelaren die de sigaretten bij hen afnemen. Deze vergoeding gaat af van de marge die de groothandels afspreken met de fabrikanten.

Prijswijzigingen

- 4.6 Vanwege de wettelijk voorgeschreven verticale prijsbinding moeten de fabrikanten hun afnemers informeren over voorgenomen prijswijzigingen. In de praktijk gebeurde dit vooral door het toezenden van prijslijsten. De contracten tussen de fabrikanten en hun afnemers verplichtten de fabrikanten om hun afnemers tijdig te informeren over voorgenomen prijswijzigingen. Doorgaans wilden de afnemers zes tot acht weken voorafgaand aan een prijswijziging worden geïnformeerd.

4.7 De prijslijsten bevatten onder meer de consumentenverkoopprijs, het aantal sigaretten per pakje en de verschuldigde accijns en btw per pakje. De detailhandelaren hebben deze informatie nodig om in te voeren in hun systemen. Op de prijsinformatie stond ook vermeld wanneer de prijzen zouden ingaan. Vanaf die datum konden de afnemers de pakjes sigaretten met de consumentenprijs zoals vermeld in de prijsinformatie bestellen. Daarna moesten de fabrikanten de bestelde pakjes aan hun afnemers afleveren. Op hun beurt moesten de afnemers (groothandels en detailhandelaren) aan hun eigen afnemers leveren. Dat betekent dat er tijd zat tussen het moment waarop afnemers de pakjes met bijvoorbeeld een gewijzigde consumentenprijs konden bestellen bij die fabrikanten, en het moment waarop die pakjes in het schap lagen en de nieuwe prijs dus voor de consument zichtbaar was.

Concurrentieparameters

4.8 Omdat er een verbod op reclame en sponsoring voor sigaretten geldt, is de prijs een belangrijke concurrentieparameter voor de tabaksfabrikanten. Daarnaast concurreren de fabrikanten door verschillende merken en productvarianties in verschillende prijssegmenten te voeren. Gedurende de inbreukperiode werden nieuwe merkvarianties en merken op de markt gebracht.

Transparantie en marktmechanisme

4.9 De ACM heeft uiteengezet dat het overheidsingrijpen via de Wet op de accijns de prijzen voor sigaretten kunstmatig verhoogt, maar dat dit het marktmechanisme niet uitschakelt. Fabrikanten stellen in vrijheid, en dus ook in onderlinge concurrentie, de consumentenverkoopprijzen vast.

4.10 Het wettelijke systeem in Nederland (de accijnswetgeving, btw en andere regelgeving) draagt bij aan een hoge mate van transparantie in de sigarettenmarkt. Omdat eenzelfde pakje sigaretten in heel Nederland voor dezelfde prijs wordt verkocht, kunnen fabrikanten bijvoorbeeld elkaars nieuwe consumentenverkoopprijs eenvoudig te weten komen vanaf het moment dat het betreffende pakje in de winkels wordt aangeboden. Daarnaast zorgde ook het MPPC-systeem voor een zekere mate van transparantie in de markt. Verder maakte de overheid maandelijks bekend hoeveel accijnszegels per prijsklasse waren besteld (geaggregeerd en zonder vermelding van bedrijfsnamen en merknamen). Door deze transparantie kon een fabrikant gissen welke consumentenprijs zijn concurrent zou gaan vaststellen, maar bestond wel nog steeds onzekerheid over consumentenprijzen van concurrenten voordat de sigaretten in de winkel lagen.

De door de ACM verweten gedragingen

5.1 In het boetebesluit heeft de ACM uiteengezet dat er een jarenlange praktijk van informatieverspreiding was tussen de fabrikanten via hun afnemers. Deze praktijk bestond uit het in de periode juli 2008 tot en met juli 2011 voortdurend ontvangen en actief opvragen van gedetailleerde (prijs)informatie van en door de fabrikanten bij hun afnemers, op een moment dat deze informatie nog niet publiekelijk bekend was, en het gebruiken daarvan. De fabrikanten stuurden hun afnemers prijsinformatie en informatie over de introductie van nieuwe merken of merkvarianten, onder meer in de vorm van prijslijsten en presentaties. Vanaf het moment dat de fabrikanten deze informatie aan hun afnemers stuurden, en de afnemers deze informatie verder doorstuurden naar hun afnemers, was deze informatie weliswaar bij een groot aantal afnemers bekend, maar nog niet publiekelijk. Voor de consumenten waren de nieuwe prijzen, merken of merkvarianten pas bekend op het moment dat de nieuwe pakjes sigaretten in de winkelschappen lagen.

De prijsinformatie en informatie over merkintroducties die de fabrikanten aan hun afnemers verzonden, kwam via de afnemers ook terecht bij de concurrerende fabrikanten. Gedurende de inbreukperiode hebben alle vier de fabrikanten tientallen keren (variërend van minstens 30 tot 59 keer) via hun afnemers informatie van concurrenten ontvangen. Soms ontving een fabrikant dezelfde informatie van verschillende afnemers. Alle vier de fabrikanten hebben deze informatie actief bij hun afnemers opgevraagd en/of deden bij hun afnemers navraag over prijsbewegingen van concurrenten of reacties op eigen prijsaankondigingen.

De ontvangen informatie werd door de fabrikanten intern vastgelegd en verwerkt. Zij gebruikten de informatie bij het bepalen van hun eigen strategie op de markt. Zo keken de fabrikanten wat de reacties van de concurrerende fabrikanten waren op hun eigen prijsaankondigingen en werkten zij verschillende scenarios uit om daarop te kunnen anticiperen. Door de informatie-uitwisseling hadden de fabrikanten vroegtijdig inzicht in de strategische keuzes van hun concurrenten en konden zij hun eigen prijsstrategie hierop afstemmen. Hiermee hebben de fabrikanten het zelfstandigheidsvereiste geschonden. Zij hielden deze praktijk ook in stand. Geen van hen heeft zich tegen deze praktijk verzet of iets ondernomen om deze te beëindigen.

5.2 De ACM heeft op de zitting bij het College aan de hand van de volgende vier voorbeelden toegelicht hoe de praktijk van indirecte informatie-uitwisseling het prijsbeleid van de tabaksfabrikanten beïnvloedde:

i. i) Het eerste voorbeeld betreft een interne e-mail van [naam 2] van 14 april 2010 over een prijsvoorstel voor [sigarettenmerk 2] (een van de merken van [naam 2]). In de mail beschrijft [naam 2] de stand van zaken op de markt op dat moment:

"Status:

[naam 2] price is currently at 4.20/19 (parity), 4.80/23 (0,209 price per stick) and 5.90/28 (0.211 price per stick)

[naam 1] issued a price list, confirming price increase per end of May of [sigarettenmerk 3] +0.20 on 22s (increasing from 4.60 to 4.80) and +0.10 on 27s (increasing from 5.70 to 5.80)

Recommendation:

Increase [naam 5] 23s and 28s by 20ct and 10ct respectively to maintain price per stick parity to [sigarettenmerk 3] and to be at round prices

Mitigating actions:

No price list from [naam 6] before 20th of May [sigarettenmerk 2] price will stay at current level. (23/4.80 28/5.90)

No increased [naam 1] and [naam 6] prices in the market after we increased [sigarettenmerk 2] prices - [sigarettenmerk 2] price will be decreased by adding one stick. (lead time for 24/5.00 and 29/6.00 is 20 weeks according to [naam 12] , on the 20th of May we will decide on escalation to shorten lead time)"

[naam 2] schrijft dat [naam 1] een prijsverhoging heeft aangekondigd per eind mei 2010 en stelt voor om prijsverhogingen van 20 en 10 eurocent op haar grotere pakjes door te voeren, om "price parity" met [naam 1] en ronde prijzen te bereiken. [naam 2] maakt daarbij enkele voorbehouden. Op het moment van versturen van deze e mail zijn de Value for Money (VFM) merken van [naam 6] nog geprijsd op het huidige prijsniveau van [sigarettenmerk 2] ; 4,80 en 5,90. Als [naam 2] op 20 mei 2010 geen prijslijsten heeft gezien waarin [naam 6] [naam 2] volgt, gaat de prijsverhoging niet door. Volgens de ACM illustreert dit voorbeeld dat de fabrikanten bij het bepalen van hun prijsbeleid waren ingesteld op de ontvangst van de prijslijsten van hun concurrenten en de wetenschap dat hun eigen prijslijsten bij de andere fabrikanten zouden belanden.

ii) Het tweede voorbeeld is een interne presentatie van [naam 6] van oktober 2010. De ACM heeft toegelicht dat voor de context relevant is dat op dat moment bekend is dat de accijns op sigaretten per 1 maart 2011 zal stijgen. [naam 6] omschrijft in de presentatie haar strategie bij de accijnsstijging als volgt: "Avoid creating a price war [naam 6] will follow market dynamics". In een presentatie van december 2010 heeft [naam 6] haar strategie verder uitgewerkt en beschrijft zij een samenvatting daarvan als volgt:

"Planning

Overall Summary

Beschermen van het Mainstream segment (RYO en FMC)

Optimaliseren van de winst voor alle betrokken partijen door VFM segment harder te laten stijgen in consumentenprijs.

Maximaal winst behalen onder de gegeven omstandigheden. Dit heeft direct tot gevolg dat we te maken krijgen met een meer /minder scenario in aankomend kalender maar totaal absoluut meer kunnen verdienen. [naam 6] verwacht dat dit positief wordt opgepakt door de handelspartners.

[naam 6] neemt hier het initiatief maar zal uiteraard de concurrentie (incl. [naam 13] nauwlettend in de gaten houden. Het staat [naam 6] vrij om tussentijds aanpassingen door te voeren."

Uit de vierde bullet volgt dat [naam 6] een slag om de arm houdt. [naam 6] neemt het initiatief, maar houdt de concurrentie in de gaten. Op 7 december 2010 stuurt [naam 6] vervolgens een prijslijst uit die per 1 maart 2011 ingaat. [naam 6] houdt er rekening mee dat zij haar prijslijst tussentijds nog zal moeten wijzigen. Ook [naam 6] gaat er dus van uit dat haar prijslijst bij de andere fabrikanten terecht zal komen en zij de prijslijsten van de concurrentie zal ontvangen. Uit e-mailverkeer blijkt dat de prijsaankondiging van [naam 6] in elk geval op 8 december 2010 bij [naam 1] bekend is. Dat de prijsaankondiging met andere fabrikanten is gedeeld, blijkt ook uit een interne e-mail van [naam 6] van 8 januari 2011 waarin staat: "*[naam 2] vindt ons prijsvoorstel een leuke suggestie*" en: "*[naam 2] wacht op [naam 4] en [naam 4] wacht op [naam 2]*".

iii) Het derde voorbeeld volgt op de aangekondigde prijslijst van [naam 6] uit het tweede voorbeeld. [naam 5] heeft de aankondiging van [naam 6] ontvangen en heeft op 20 januari 2011 haar eigen prijslijst uitgestuurd waarin zij de prijzen van [naam 6] volgt. Daarna stuurt [naam 2] op 28 januari 2011 haar prijslijst uit. Deze is binnen drie dagen bij [naam 5] bekend. [naam 2] volgt wel de prijsstijging van [naam 6] en [naam 5] in het premiumsegment, maar niet volledig in het VFM-segment. Deze prijslijst van [naam 2] zorgt voor rumoer in de markt en maakt dat [naam 1] twijfelt wie zij zal volgen: [naam 2] of [naam 6] en [naam 4]. [naam 5] stuurt op 1 maart 2011 een e-mail naar een afnemer:

"Goedemiddag [],

Ik heb getracht je te bellen, maar contact is helaas niet gelukt.

Ik was benieuwd of jij nog reacties of bewegingen hebt vernomen mbt de prijsstellingen? Tot op heden hebben wij niets gezien van eventuele nieuwe prijslijsten of [naam 1] die nog steeds de prijslijst moet versturen."

Uit deze e-mail blijkt dat [naam 5] benieuwd is of haar afnemer reacties of bewegingen heeft vernomen over de prijsstellingen. [naam 5] heeft tot dat moment nog niets gezien van eventuele nieuwe prijslijsten en plannen van [naam 1] en vraagt haar afnemer hiernaar. Ook deze e-mail laat volgens de ACM zien dat de informatie-uitwisseling gangbaar was. De betreffende pakjes met de nieuwe prijzen lagen nog niet in de schappen. Toch gaat [naam 5] ervan uit dat prijsstellingen onderling worden uitgewisseld: als de prijslijst van [naam 1] al was verstuurd, dan was [naam 5] daarvan op de hoogte geweest. [naam 5] had dit bij het juiste eind; de prijslijst van [naam 1] volgde een week later, op 7 maart 2011. Uit de stukken blijkt dat deze aankondiging op 8 maart 2011 ook bij de andere fabrikanten bekend was.

iv) Het vierde voorbeeld betreft een e-mail van 17 mei 2011 van [naam 1] aan een afnemer:

"Hi [],

Bedankt voor de prijslijst.

Vanmorgen vernam ik uit betrouwbare bron dat [naam 2] voor eind van deze week ook met de nieuwe prijslijst per 1 juli uitkomt.

Zou jij deze, als hij bij jullie binnen is gekomen, mij via de mail kunnen sturen.

BVD"

Deze e-mail is een reactie op de prijslijst van [naam 5] die de afnemer op 16 mei 2011 naar [naam 1] heeft doorgestuurd. [naam 1] geeft aan dat zij uit betrouwbare bron heeft vernomen dat de prijslijst van [naam 2] voor het einde van die week uitkomt en verzoekt de afnemer de prijslijst van [naam 2] door te sturen zodra deze door de afnemer is ontvangen. Uiteindelijk komt de prijslijst van [naam 2] de woensdag daarop en deze is kort daarna bij alle drie de concurrenten bekend. [naam 1] ontvangt deze nadat zij de afnemer heeft gerappelleerd: "De prijslijst van [naam 2] is binnen, kun je deze svp doorsturen."

De kwalificatie van de gedragingen door de ACM

6 De ACM heeft de gedragingen gekwalificeerd als onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekten de mededinging te beperken, verhinderen dan wel vervalsen in de zin van artikel 6, eerste lid, van de Mw en artikel 101, eerste lid, van het VWEU. Door elke keer de door afnemers aangeboden informatie afkomstig van concurrenten in ontvangst te nemen en te gebruiken en zelf ook informatie te versturen zonder zich in te spannen om een verdere verspreiding tegen te gaan, leverden de fabrikanten keer op keer een bijdrage aan de bestaande praktijk en hielden zij die samen in stand. Volgens de ACM had deze praktijk tot doel om de onzekerheid over elkaars prijsgedrag te verminderen en de prijsconcurrentie die normaal gesproken van de fabrikanten in een oligopolistische markt mocht worden verwacht, af te zwakken. Daarom ziet de ACM de handelwijze van de fabrikanten in de periode van juli 2008 tot en met juli 2011 als een enkele voortdurende overtreding.

De hogerberoepsgronden

7 De tabaksfabrikanten hebben diverse hogerberoepsgronden gericht tegen de uitspraak van de rechtbank. Omdat deze voor een groot deel inhoudelijk overlappen, zal het College de beroepsgronden hierna zoveel mogelijk voor de fabrikanten gezamenlijk bespreken. De tabaksfabrikanten betwisten met hun hogerberoepsgronden de door de ACM verweten gedragingen op zichzelf niet, maar wel de kwalificatie ervan, mede gelet op het daarvoor beschikbare bewijs. Het College zal hierna eerst de hogerberoepsgronden behandelen over de kwalificatie van de gedragingen als onderling afgestemde feitelijke gedragingen (mede gelet op het daarvoor beschikbare bewijs), vervolgens die over de vermeende mededingingsbeperkende strekking ervan en aansluitend de kwalificatie van de gedragingen als een enkele voortdurende overtreding. Daarna zal het College de hogerberoepsgronden van [naam 1], [naam 2] en [naam 5] bespreken over de rechten van verdediging. Vervolgens komt het College toe aan de hogerberoepsgronden over de (hoogte van de) boete. Tot slot zal het College zijn oordeel geven over de overschrijding van de redelijke termijn.

Onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Standpunt van de fabrikanten

8 Volgens de fabrikanten heeft de ACM de gedragingen ten onrechte gekwalificeerd als onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Zo hebben de rechtbank en de ACM miskend dat de informatie-uitwisseling plaatsvond om legitieme redenen; de fabrikanten waren namelijk verplicht hun prijzen door te geven aan de afnemers. De afnemers hadden volgens de fabrikanten een eigen commercieel belang bij het doorsturen van deze informatie. De fabrikanten hadden geen zicht op wat de afnemers met de prijslijsten deden en konden het doorsturen daarvan dan ook niet voorkomen. Dat de fabrikanten belangstelling voor elkaars prijzen hadden, maakt nog niet dat sprake was van verboden afstemming. Onduidelijk is op basis waarvan de ACM en de rechtbank hebben geconcludeerd dat de

informatie-uitwisseling veel verder ging dan dit legitieme verticale contact.

Ook is volgens de fabrikanten ten onrechte geconcludeerd dat zij welbewust hebben samengewerkt, omdat zij op de hoogte waren van het mededingingsverstoring gedrag. Volgens de fabrikanten had gelet op het legitieme en indirecte karakter van de informatie-uitwisseling moeten worden aangetoond dat zij de intentie of mentale consensus hadden om de onderlinge concurrentie te vervangen door een feitelijke samenwerking. Deze toets is gehanteerd in de Engelse hub-and-spoke zaken,¹ en is ook hier relevant. De ACM heeft niet bewezen dat een ontvangende fabrikant wist dat het om een ongeoorloofd initiatief ging en dat een verzendende fabrikant wist dat haar informatie aan concurrenten werd doorgegeven. De ontvangst van informatie en het gebrek aan verzet daartegen alleen is daarvoor niet voldoende.

Omdat in elk geval niet evident sprake is van een ongeoorloofd initiatief, is ook ten onrechte toepassing gegeven aan het vermoeden dat de fabrikanten bij het bepalen van hun gedrag op de markt rekening hebben gehouden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld (Anic-vermoeden). De fabrikanten hebben naar eigen zeggen hun marktgedrag steeds zelfstandig bepaald.

Beoordeling door het College

- 9.1 Het is vaste rechtspraak dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging bestaat uit een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, daarop volgend marktgedrag en een causaal verband daartussen. Het gaat om een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging veronderstelt het bestaan van wederkerige contacten. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 31 december 2007 (ECLI:NL:CBB:2007:BC1396), onder 9.5.1.2.
- 9.2 De criteria coördinatie en samenwerking moeten worden uitgelegd in het licht van de grondgedachte van het mededingingsrecht dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid ontnemt de ondernemer niet het recht om zijn beleid op een intelligente manier aan het vastgestelde of verwachte gedrag van zijn concurrenten aan te passen, maar staat onverbidlijk in de weg aan ieder al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers waardoor het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent wordt beïnvloed of waardoor deze wordt geïnformeerd over beslissingen of afwegingen over het eigen marktgedrag, wanneer dit contact tot doel of tot gevolg heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte van de ondernemingen, hun aantal en de omvang van de betrokken markt niet met de normale voorwaarden op die markt overeenkomen. De uitwisseling van informatie tussen concurrenten kan in strijd zijn met de mededingingsregels wanneer zij de onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of wegneemt en als gevolg daarvan de mededinging tussen ondernemingen beperkt. Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) van 12 januari 2023, HSBC (ECLI:EU:C:2023:11), punten 113-115. In een sterk geconcentreerde markt kan de uitwisseling van bepaalde informatie ondernemingen de mogelijkheid bieden de positie en de commerciële strategie van hun concurrenten op de markt te kennen, waardoor de rivaliteit op deze markt wordt vervalst en de waarschijnlijkheid van collusie wordt vergroot of collusie zelfs wordt vergemakkelijkt. Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax (ECLI:EU:C:2006:734), punt 58.
- 9.3 Tenzij zij hiervoor tegenbewijs leveren, worden ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, vermoed bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening te houden met de uitgewisselde informatie. Dit geldt temeer wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden. Zie het arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, Anic (ECLI:EU:C:1999:356), punt 121. Voor het bestaan van afstemming is vereist dat de ondernemingen op de hoogte waren of noodzakelijkerwijs moesten zijn van de mededingingsbeperkende gedragingen. Het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging hoeft niet met rechtstreeks bewijs te worden geleverd, maar moet doorgaans worden

afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die, in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden. Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, Eturas (ECLI:EU:C:2016:42), punten 34-36.

10 Het College is gelet op dit toetsingskader van oordeel dat de ACM de gedragingen terecht heeft gekwalificeerd als onderling afgestemde feitelijke gedragingen, en legt hieronder uit hoe het tot dit oordeel is gekomen.

11.1 Het College is van oordeel dat het bewijsmateriaal in deze zaak, waarvan een groot aantal voorbeelden is opgenomen in bijlage 1 bij het boetebesluit en verder in bijlage 2 bij de uitspraak van de rechtbank, aantoonde dat er een jarenlange praktijk van indirecte informatie-uitwisseling is geweest tussen de fabrikanten via hun afnemers. Het College acht hiervoor ook de vier voorbeelden die de ACM ter zitting heeft uitgelicht illustratief. De informatie-uitwisseling vond plaats voordat nieuw aangekondigde prijzen daadwerkelijk waren ingegaan en zichtbaar waren in de schappen, en stelde de fabrikanten in staat hun strategie af te stemmen op aankondigingen van concurrenten. De fabrikanten hebben geregeld gewacht op prijsinformatie van hun concurrenten en gebruikten deze informatie om hun eigen strategie te bepalen. Ook deden de fabrikanten actief navraag bij hun afnemers over prijsinformatie van concurrenten of over reacties van die concurrenten op eigen prijsaankondigingen. Het bewijsmateriaal toont ook aan dat de fabrikanten ervan op de hoogte waren dat hun eigen prijsinformatie en die van concurrerende fabrikanten werd gedeeld en dat de informatie door de concurrenten werd gebruikt. Geen van de fabrikanten heeft zich tegen deze praktijk verzet of pogingen gedaan deze te beëindigen. De ACM heeft dan ook terecht geconcludeerd dat de fabrikanten met deze gedragingen het zelfstandigheidsvereiste hebben geschonden.

11.2 Het College volgt de fabrikanten niet in hun betoog dat de informatie-uitwisseling (vooral) legitiem was en dat het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen gelet hierop niet kan worden afgeleid uit de ontvangst van informatie en het gebrek aan verzet daartegen alleen. De ACM heeft haar conclusie dat sprake is van onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet alleen gebaseerd op de ontvangst van informatie en het gebrek aan verzet daartegen. Zoals ook de rechtbank heeft geoordeeld, heeft de ACM aangetoond dat de informatie-uitwisseling veel verder ging dan, en dus niet beperkt bleef tot, de normale verticale uitwisseling tussen fabrikant en afnemer. Zo anticipeerden de fabrikanten bij het bepalen van hun eigen strategie op de ontvangst van informatie van concurrenten. Zij hebben deze informatie soms actief opgevraagd en hielden ook de reacties van de concurrenten op eigen prijsaankondigingen in de gaten. In enkele gevallen maakten zij gebruik van de informatiestromen door met voorlopige prijslijsten reacties van concurrenten uit te lokken. Dit kan niet worden aangemerkt als normaal marktgedrag zoals de fabrikanten onder verwijzing naar de Richtsnoeren horizontalen² hebben betoogd. Van belang daarbij is dat het hier gaat om uitwisseling van informatie die nog niet publiekelijk bekend was. Zonder de informatie-uitwisseling zouden de fabrikanten pas van elkaars prijzen op de hoogte zijn zodra de pakjes sigaretten met de nieuwe prijzen in de schappen lagen. Gelet hierop kan ook het beroep van de fabrikanten op het arrest van het Hof van Justitie van 31 maart 1993, Houtslijp II (ECLI:EU:C:1993:120) hen niet baten. Dat het Hof van Justitie in die zaak, kort gezegd, tot het oordeel kwam dat een publieke aankondiging van prijsinformatie als zodanig geen inbreuk vormde, en dat hieruit volgens de fabrikanten volgt dat de zelfstandigheidseis dus niet automatisch geschonden is als een ondernemer van een afnemer prijsinformatie ontvangt over een concurrent, betekent niet dat ook de niet-publieke, indirecte informatie-uitwisseling zoals tussen de tabaksfabrikanten plaatsvond, onder de gegeven bijzondere omstandigheden van de Nederlandse sigarettenmarkt in overeenstemming moet worden geacht met de mededingingsregels. De ACM heeft terecht geconstateerd dat de gedragingen van de fabrikanten erop waren gericht de onzekerheid over elkaars marktgedrag te verminderen en dit niet in overeenstemming is met het zelfstandigheidsvereiste.

11.3 De fabrikanten hebben er herhaaldelijk op gewezen dat de afnemers een eigen belang hadden bij de uitwisseling en dat zij de informatie om hen moverende redenen doorstuurden. De ACM heeft

onderkend dat dit soms het geval was, maar heeft ook uiteengezet dat uit het dossier blijkt dat zorgen over marges door afnemers veelal in afzonderlijke berichten of gesprekken met de fabrikanten werden geuit, en dat in de overgrote meerderheid prijsinformatie werd doorgezonden zonder verdere communicatie aan de fabrikanten. Naar het oordeel van het College is daarmee dus slechts van een beperkt deel van de informatie-uitwisseling aannemelijk dat deze is ingegeven door een eigen belang van de afnemers bij de informatieverspreiding, bijvoorbeeld omdat zij druk wilden uitoefenen op fabrikanten om een betere marge te krijgen.

11.4 Het College kan de fabrikanten ook niet volgen in hun betoog dat gelet op de Engelse hub-and-spoke zaken had moeten worden aangetoond dat zij een state of mind of mentale consensus hadden om de onderlinge concurrentie te vervangen door een feitelijke samenwerking. Zoals hiervoor is vermeld, gaat het bij onderling afgestemde feitelijke gedragingen om een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt niet dat moet worden aangetoond dat een onderneming de subjectieve intentie had om de mededinging te beperken. De rechtbank heeft op basis van het arrest van 21 januari 2016, *Eturas*, (ECLI:EU:C:2016:42), punt 29 en verder, terecht geconcludeerd dat voor het aannemen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging volstaat dat wordt aangetoond dat er een welbewuste samenwerking was. Daarvoor is vereist dat de onderneming op de hoogte is van het mededingingsversturend gedrag en zich hiertegen niet heeft verzet. Het begrip welbewust heeft zodoende betrekking op de feitelijke samenwerking, en bestaat er in dit geval uit dat de fabrikanten ervan op de hoogte waren dat hun prijzen werden gedeeld met concurrenten, dat de prijsinformatie van de andere fabrikanten ook werden gedeeld met concurrenten en dat dezen die informatie ook gebruikten. De fabrikanten hebben met deze praktijk ingestemd en de risico's hiervan aanvaard. Er bestaat naar het oordeel van het College geen twijfel over dat dit voldoende is voor de conclusie dat sprake is van onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Dat volgens de fabrikanten in de zaak *Eturas*, anders dan in hun geval, sprake was van een evident mededingingsbeperkend initiatief, maakt niet dat het beoordelingskader uit die zaak hier niet zou gelden. Een praktijk van gedragingen kan immers evengoed mededingingsversturend gedrag opleveren als direct contact tussen de concurrenten daarbij ontbreekt. De fabrikanten hebben in dit verband gewezen op het arrest *Houtslip II*, omdat hieruit zou volgen dat een concurrent niet zonder meer kan worden geacht deel te hebben genomen aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen als er een andere coherente verklaring is voor de informatie-uitwisseling. Volgens de fabrikanten bestaat die andere coherente verklaring uit het legitieme karakter van de uitwisseling. Zoals hiervoor onder 11.2 al is geoordeeld, volgt het College het betoog dat sprake was van een legitieme informatie-uitwisseling niet. De rechtbank heeft dan ook terecht geconcludeerd dat de fabrikanten welbewust hebben samengewerkt.

11.5 Het College is verder van oordeel dat de ACM terecht het *Anic*-vermoeden heeft toegepast. Zoals ook de rechtbank heeft geconcludeerd, ziet het *Anic*-vermoeden op het gebruik van de verkregen informatie, en daarvoor is niet relevant of die informatie direct of indirect is verkregen. Ook het Hof van Justitie heeft het vermoeden toegepast in zaken waar rechtstreeks contact ontbrak, zoals in de zaak *Eturas* (zie punt 46 en verder). De ACM heeft bovendien in verschillende gevallen met concreet bewijs aangetoond dat de fabrikanten de informatie daadwerkelijk hebben gebruikt bij het bepalen van hun eigen strategie. Dit bewijs bevestigt het vermoeden dat de fabrikanten bij het bepalen van hun eigen gedrag op de markt rekening hielden met de uitgewisselde informatie. De fabrikanten zijn er niet in geslaagd dit te weerleggen.

Mededingingsbeperkende strekking

Standpunt van de fabrikanten

12 De fabrikanten betogen verder dat de ACM en de rechtbank ten onrechte hebben geconcludeerd dat de gedragingen ertoe strekten de mededinging te beperken. De algemene en solide ervaring dat de verweten gedragingen naar hun aard schadelijk zijn voor de mededinging ontbreekt. De rechtbank heeft zich hierbij ten onrechte gebaseerd op de arresten van het Hof van Justitie van 12 januari 2023,

HSBC (ECLI:EU:C:2023:11), en 19 maart 2015, Dole (ECLI:EU:C:2015:184). In die zaken was sprake van een directe vorm van informatie-uitwisseling zonder legitiem doel. Dat is hier anders, aangezien het om een indirecte uitwisseling van informatie gaat en de fabrikanten met de uitwisseling een legitiem doel nastreefden. De ACM heeft ook onvoldoende onderzoek gedaan naar de gedragingen en de juridische en economische context ervan. Was dit onderzoek verricht, dan had de ACM moeten constateren dat de gedragingen niet evident schadelijk zijn voor de mededinging. De informatie die werd gedeeld, betrof namelijk vastgestelde, definitieve prijzen, in een markt die vanwege de sectorspecifieke regelgeving toch al een hoge mate van transparantie kende. De ACM miskent wederom het legitieme karakter van de informatie-uitwisseling en heeft ook geen oog gehad voor het feit dat soms ook informatie over prijsverlaging en productintroducties werd gedeeld. De gevolgen daarvan zijn op zijn minst ambigu. Gezien deze context had volgens de fabrikanten niet kunnen worden volstaan met de conclusie dat sprake is van een strekkingsbeding en had onderzoek moeten worden gedaan naar de gevolgen van de gedragingen.

Beoordeling door het College

13 Van onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkende strekking is alleen dan sprake als deze naar bewoordingen en doelstellingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat zij geacht moeten worden ertoe te strekken de mededinging te beperken (strekkingbeding). Voor de beoordeling of sprake is van een strekkingsbeding moet een analyse van de juridische en economische context plaatsvinden, waarbij rekening moet worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten. Als sprake is van een strekkingsbeding, hoeven volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie de gevolgen van de gedragingen niet te worden onderzocht en is de merkbaarheid ervan gegeven. Die rechtspraak is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging. Zie bijvoorbeeld de arresten van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *Groupement des cartes bancaires* (ECLI:EU:C:2014:2204), punt 48 en verder, en 12 januari 2023, *HSBC* (ECLI:EU:C:2023:11), punt 106 en verder.

- 14.1 Het College is van oordeel dat de ACM de gedragingen terecht heeft aangemerkt als ertoe strekkend de mededinging te beperken. De rechtbank heeft op basis van de arresten *HSBC* en *Dole* kunnen concluderen dat het uitwisselen van informatie die de onzekerheid van de betrokkenen kan wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen, moet worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken. Dat die rechtspraak niet van toepassing zou zijn, omdat de informatie-uitwisseling in het geval van de fabrikanten een legitiem doel had, volgt het College niet. Het College verwijst hiervoor naar de overweging onder 11.2. Daarbij heeft de ACM vastgesteld dat de prijzen niet in alle gevallen golden als definitief in de markt vastgesteld, wat de fabrikanten de gelegenheid gaf signalen af te geven en rekening te houden met de reacties van concurrenten. Dat het in de arresten *HSBC* en *Dole* ging om een directe vorm van informatie-uitwisseling, maakt niet dat deze rechtspraak hier niet van toepassing zou zijn. Voor de vraag of de informatie-uitwisseling naar haar aard schadelijk kan zijn, is niet zozeer de vorm indirect of direct bepalend, maar veeleer de aard en inhoud van de informatie die wordt uitgewisseld, alsook de bedoeling van die uitwisseling in de context van de relevante markt. Zoals de ACM uiteengezet heeft, had de uitgewisselde informatie betrekking op de belangrijkste concurrentieparameters, namelijk de consumentenprijzen en de introductie van nieuwe producten. De informatie-uitwisseling hierover leidde tot het verminderen of wegnemen van de onzekerheid over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de fabrikanten hun marktgedrag zouden aanpassen. Er bestaat wel degelijk de algemene en solide ervaring dat deze gedragingen de strekking hebben de mededinging te beperken. Het College wijst in dit verband ook op het arrest van het Hof van Justitie van 29 juli 2024, *Banco BPN* (ECLI:EU:C:2024:638), punt 62 en verder, waarin het Hof heeft geoordeeld dat met name de uitwisseling van informatie die zowel vertrouwelijk als strategisch is, zoals in dit geval, kan worden beschouwd als naar zijn aard schadelijk voor de goede werking van

de normale mededinging.

14.2 Het College is verder van oordeel dat de ACM deugdelijk onderzoek heeft gedaan naar de juridische en economische context van de gedragingen. Zo heeft de ACM gekeken naar de sector specifieke regelgeving, de op grond daarvan bestaande transparantie in de Nederlandse sigarettenmarkt en de rol van de afnemers bij de informatie-uitwisseling. De ACM heeft gemotiveerd uiteengezet dat het gegeven dat de prijsinformatie op legitieme wijze bij een grote groep afnemers terecht kwam, niet betekent dat deze ook bij de fabrikanten terecht mocht komen. Zonder de praktijk van uitwisseling zouden de fabrikanten geen toegang tot deze informatie hebben gehad. De fabrikanten beschikten op cruciale momenten over prijsinformatie van hun concurrenten en waren hierdoor in staat voorafgaand aan het ingaan en het publiekelijk bekend worden van de nieuwe prijzen hun eigen prijsstrategie hierop af te stemmen. Daarmee waren de gedragingen geschikt om de mededinging te beperken.

14.3 Dat de informatie-uitwisseling in sommige gevallen wellicht mededingingsbevorderend kon werken of de gevolgen ervan mogelijk ambigu zijn, bijvoorbeeld als het gaat om informatie over de introductie van een nieuw merk of prijsverlagingen, doet aan het bestaan van de gedragingen die de strekking hadden de mededinging te beperken, niet af, al was het maar omdat door de uitwisseling van informatie de onzekerheid in de markt over het gedrag van de concurrentie werd verminderd. De verwijzing naar het door [naam 6] ingebrachte rapport [naam 14] van [naam 15] van 22 juli 2019, waarin is aangevoerd dat de gedragingen geen schadelijke gevolgen voor de mededinging hebben gehad, kan hen al daarom niet baten. Verder heeft de ACM in het boetesluit verschillende kanttekeningen geplaatst bij de analyses in het rapport, waar de fabrikanten niets meer tegenover hebben gesteld. De ACM heeft in dit verband ook terecht opgemerkt dat het gegeven dat er nog concurrentie was, niet wegneemt dat de gedragingen schadelijke gevolgen kunnen hebben gehad.

Enkele voortdurende overtreding

Standpunt van de fabrikanten

15 Volgens de fabrikanten heeft de ACM de gedragingen voorts ten onrechte aangemerkt als een enkele voortdurende overtreding. Of hiervan sprake is, vergt een afzonderlijke beoordeling. De rechtbank en de ACM zijn hieraan voorbijgegaan en hebben volstaan met een verwijzing naar de motivering voor het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. De fabrikanten wijzen er verder op dat een aanzienlijk deel van de bestaande prijsaankondigingen niet werd gedeeld en dat daarnaast juist informatie over prijsverlagingen en productintroducties wel werd gedeeld. De informatie-uitwisseling verliep onregelmatig en onvoorspelbaar en er bestond steeds een hevige concurrentie. Er was sprake van een prijzenoorlog. Deze omstandigheden laten zich moeilijk verenigen met het bestaan van een totaalplan of gemeenschappelijk doel van de fabrikanten om de mededinging te beperken.

16 Daarnaast voert [naam 5] aan dat de ACM in haar geval ten onrechte heeft geconcludeerd dat zij al vanaf 17 juli 2008 aan de gedragingen heeft deelgenomen en dat zij dat zonder onderbreking tot en met 31 juli 2008 is blijven doen. De ACM heeft volgens [naam 5] niet bewezen dat al op 17 juli 2008 prijsinformatie van haar bij een concurrent zou zijn terechtgekomen, en ook niet dat zij op 31 juli 2011 nog bij de gedragingen betrokken was. Als er al sprake is van een enkele voortdurende overtreding, dan is deze volgens [naam 5] gedurende verschillende periodes onderbroken, bijvoorbeeld doordat afnemers gedurende die periodes bijzondere druk op de fabrikanten uitoefenden en zij op die momenten op eigen initiatief prijsinformatie verspreidden. Hiermee is volgens [naam 5] ten onrechte geen rekening gehouden.

Beoordeling door het College

17 Zoals het College eerder heeft geoordeeld (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 14 juli 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:185), onder 8.3.1), kan een overtreding van artikel 101 van het VWEU en/of

artikel 6, eerste lid, van de Mw niet alleen voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging, ook al zouden een of meer onderdelen van deze reeks handelingen of van deze voortgezette gedraging ook op zich, afzonderlijk, een overtreding van deze bepalingen kunnen opleveren. Wanneer verschillende handelingen vanwege hun gemeenschappelijke doel deel uitmaken van een totaalplan, mag de ACM als gevolg daarvan de aansprakelijkheid voor die handelingen toerekenen aan een onderneming naargelang van de deelname aan de betrokken overtreding in haar geheel. Deze aansprakelijkheid kan zich eveneens uitstrekken over gedragingen waaraan een onderneming zelf niet heeft deelgenomen, indien vast komt te staan dat deze onderneming met haar eigen gedragingen heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers. Hiervoor is vereist dat de betreffende onderneming kennis had van de inbreukmakende gedragingen van de andere deelnemers die plaatsvonden met het oog op de gezamenlijke doelstelling, of deze gedragingen redelijkerwijs kon voorzien, en bereid was het risico ervan te aanvaarden. Zie het arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2012, Verhuizingen Coppens, (ECLI:EU:C:2012:778), punt 41 en verder.

18.1 Het College is van oordeel dat de ACM en de rechtbank voor het beoordelen of sprake is van een enkele voortdurende overtreding wel degelijk naar deze criteria hebben gekeken en de handelwijze van de fabrikanten in de periode van juli 2008 tot en met juli 2011 terecht hebben aangemerkt als een enkele voortdurende overtreding. Dat in dit geval enige overlap bestaat ten aanzien van de feiten die de onderbouwing vormen voor enerzijds de onderling afgestemde feitelijke gedragingen en anderzijds de enkele voortdurende overtreding, neemt niet weg dat het gaat om twee afzonderlijke beoordelingen aan de hand van de toepasselijke criteria. Naar het oordeel van het College heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het overgelegde bewijs steun biedt aan het standpunt van de ACM dat sprake was van een jarenlange praktijk die als gemeenschappelijk doel had de onzekerheid over elkaars gedrag op de markt te verminderen en de concurrentie die normaal gesproken van de fabrikanten mocht worden verwacht, af te zwakken. De ACM heeft aangetoond dat de fabrikanten op de hoogte waren van elkaars gedrag en dat zij bereid waren het risico ervan te aanvaarden. Daarmee mocht de ACM de fabrikanten aansprakelijk houden voor het geheel van de gedragingen, ook al zouden deze gedragingen, zoals [naam 5] betoogt, in haar geval gedurende verschillende maanden zijn onderbroken.

18.2 Het betoog van [naam 5] dat de ACM niet zou hebben bewezen dat [naam 5] vanaf 17 juli 2008 tot en met 31 juli 2011 aan de gedragingen zou hebben deelgenomen, slaagt naar het oordeel van het College niet. Zoals ook de rechtbank in aanmerking heeft genomen, is de keuze van de ACM voor deze inbreukperiode niet ingegeven door gebeurtenissen aan de zijde van de fabrikanten, waardoor de start- en einddatum niet per se iets zeggen over een begin en einde van de overtreding. De ACM heeft uiteengezet dat zij voor de aanvangsdatum 17 juli 2008 heeft gekozen, omdat dit wat de periode van de inbreuk betreft de eerste keer is dat toekomstige prijsinformatie van, in dit geval [naam 5], via afnemer [naam 9] bij [naam 1], [naam 6] en [naam 2] is terechtgekomen. De einddatum van 31 juli 2011 is zo gekozen, omdat dit de laatste dag van de inbreukperiode is waarin de prijzen per 1 juli 2011 geldig waren en waarover de fabrikanten van tevoren informatie in ontvangst hadden genomen. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat deze einddatum ook voor [naam 5] geldt, omdat, ook als de laatste prijsaankondiging van [naam 5] binnen de inbreukperiode (op 16 mei 2011) niet is geraakt door de laatst ontvangen informatie over een concurrent binnen die periode (namelijk op 25 mei 2011), [naam 5] door die informatie evengoed wel beschikte over prijsinformatie van een concurrent die zij kon gebruiken bij haar eigen prijsbeleid.

Conclusie over de kwalificatie van de verweten gedragingen

19 Het College komt tot de conclusie dat de ACM terecht heeft vastgesteld dat de fabrikanten met hun gedragingen het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 101, eerste lid, van het VWEU en/of artikel 6, eerste lid, van de Mw hebben overtreden. De hogerberoepsgronden die ertoe strekken dat deze kwalificatie niet juist is, slagen niet.

Rechten van verdediging

Standpunten van [naam 1] , [naam 2] en [naam 5]

20 [naam 1] , [naam 2] en [naam 5] [naam 6] heeft hierover geen gronden aangevoerd betogen verder dat zij zijn geschaad in hun rechten van verdediging, omdat de beperkingen die de ACM heeft gesteld aan de toegang tot de onderzoeksdatasets verder gingen dan strikt noodzakelijk was. De dataroomprocedure die er uiteindelijk is gekomen, was te laat en in duur en wijze van openstelling te beperkt om recht te doen aan de verdedigingsbelangen. Er mochten bijvoorbeeld geen kopieën of aantekeningen worden gemaakt en ook ondervonden de gemachtigden van [naam 2] en [naam 5] tijdens het gebruik van de dataroom technische beperkingen. Zij wijzen er daarbij op dat een groot deel van de informatie inmiddels aanzienlijk ouder is dan vijf jaar en daarom niet meer kan gelden als bedrijfsvertrouwelijk. Volgens [naam 1] , [naam 2] en [naam 5] was toegang door middel van een confidentiality ring bovendien meer geschikt geweest, omdat daarin minder vergaande beperkingen aan het inzagerecht worden gesteld.

Standpunt van de ACM

21 De ACM stelt zich op het standpunt dat de fabrikanten hun rechten van verdediging ten volle hebben kunnen uitoefenen. De ACM heeft gekozen voor een dataroomprocedure, omdat de verschillende onderzoeksdatasets gegevens bevatten die vertrouwelijk zijn. Aangezien de fabrikanten en de afnemers nog altijd in een commerciële handelsrelatie met elkaar staan, is inzage vanuit concurrentieperspectief onwenselijk. Om die reden heeft de ACM alleen de gemachtigden toegang verleend tot de volledige onderzoeksdatasets van alle betrokken ondernemers. De ACM heeft de dataroomprocedures ingericht zoals op dat moment mogelijk was en heeft waar mogelijk gezorgd voor aanpassingen om de gemachtigden beter te faciliteren.

Beoordeling door het College

22 Op grond van artikel 5:49, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is de ACM voorafgaand aan het opleggen van een bestuurlijke boete verplicht om een overtreder desgevraagd in de gelegenheid te stellen de gegevens waarop het opleggen van de bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe, berust, in te zien en daarvan afschriften te vervaardigen. In de bezwaarfase geldt op grond van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb dat de ACM de op de zaak betrekking hebbende stukken voorafgaand aan het horen ten minste een week voor belanghebbenden ter inzage legt. Het gaat hierbij om alle stukken die de ACM ter beschikking staan en die van belang kunnen zijn voor de besluitvorming over de bestuurlijke boete. Daaronder vallen in ieder geval alle stukken die dienen ter onderbouwing van de beslissing tot het opleggen van een bestuurlijke boete, maar ook stukken die informatie bevatten die in het voordeel van de overtreder zijn. Zoals ook de rechtbank heeft overwogen, betekent dit niet dat onvoorwaardelijk toegang tot al het bewijsmateriaal moet worden gegeven. Er moet ook rekening worden gehouden met andere belangen. Bij het rekening houden met andere belangen dient de beperking aan de uitoefening van de rechten van verdediging beperkt te zijn tot het strikt noodzakelijke.

23.1 Het College stelt vast dat de ACM op 25 april 2019 de aan het boeterapport ten grondslag gelegde stukken (dat wil zeggen: zowel belastende als ontlastende stukken uit de onderzoeksdatasets) aan de fabrikanten heeft toegezonden en hen in de gelegenheid heeft gesteld hierop een zienswijze in te dienen. De fabrikanten hebben een zienswijze ingediend en hebben erop gewezen dat zij het dossier onvolledig vonden, omdat hierin niet al het onderzoeksmateriaal was opgenomen. Tijdens de op 27 augustus 2019 gehouden hoorzitting hebben de fabrikanten hun zienswijzen, ook over de omvang van het dossier toegelicht. De ACM heeft de gemachtigden van de fabrikanten vervolgens via een dataroomprocedure in de gelegenheid gesteld om alle stukken in te zien die de toezichthoudend ambtenaren van de ACM gedurende het onderzoek ter beschikking stonden (onderzoeksdatasets). Deze dataroom heeft opengestaan van 23 september tot en met 7 oktober 2019. [naam 1] heeft

hiervan geen gebruikgemaakt. De gemachtigden van [naam 6] , [naam 2] en [naam 5] hebben gedurende een aantal dagen hiervan gebruik gemaakt en hebben verschillende stukken gemarkeerd die zij relevant achten voor de verdediging van hun client. Deze stukken heeft de ACM aan het dossier toegevoegd en de fabrikanten hebben hierover een aanvullende zienswijze ingediend.

In de bezwaarprocedure heeft de ACM de gemachtigden van de fabrikanten op hun verzoek wederom uitgenodigd voor een dataroomprocedure. Alleen een aantal gemachtigden van [naam 2] heeft van deze gelegenheid gebruikgemaakt. Op verzoek van [naam 2] is de openstelling een aantal keer verlengd. Uiteindelijk hebben de gemachtigden van [naam 2] in november en december 2020 in totaal 23 dagen gebruikgemaakt van de dataroom. De andere fabrikanten hebben geen gebruikgemaakt van de dataroomprocedure. [naam 5] heeft tijdens de bezwaarprocedure verzocht om een dataroom op afstand, omdat haar gemachtigden in het buitenland verbleven en er beperkingen golden in verband met de coronapandemie. Een dataroom op afstand organiseren onder dezelfde waarborgen als de dataroomprocedure op locatie was volgens de ACM niet mogelijk. De ACM heeft daarom aangeboden de dataroom langer open te stellen en heeft erop gewezen dat [naam 5] een in Nederland wonende gemachtigde kon aanwijzen die toegang kon krijgen tot de dataroom. [naam 5] achtte deze opties niet passend en heeft uiteindelijk geen gebruikgemaakt van de dataroomprocedure in bezwaar. [naam 1] heeft hiervan ook geen gebruikgemaakt. Op 6 april 2021 heeft de ACM de geselecteerde documenten geschoond van vertrouwelijke gegevens aan de fabrikanten toegezonden en zijn zij in de gelegenheid gesteld hun bezwaargronden aan te vullen.

23.2 Vaststaat dat de gemachtigden van de fabrikanten aan het begin van de procedure nog geen toegang hadden tot de onderzoeksdatasets van de andere betrokken ondernemingen (zowel de andere fabrikanten als de drie afnemers waar data waren veiliggesteld), maar alleen beschikten over een inzagedossier met een beperkte set stukken. Dit is naar het oordeel van het College op zichzelf een tekortkoming in de procedure, maar de ACM heeft die met het inrichten van de eerste dataroom afdoende hersteld. De gemachtigden van de fabrikanten hebben voorafgaand aan het opleggen van het boetebesluit en in de bezwaarfase door middel van de dataroom toegang gehad tot al het materiaal dat aan de toezichhoudend ambtenaren van de ACM ter beschikking stond gedurende het onderzoek. De documenten die de gemachtigden van de fabrikanten tijdens de dataroomprocedure hebben geselecteerd, heeft de ACM, geschoond van vertrouwelijkheden, aan het dossier toegevoegd en betrokken bij de beoordeling van de standpunten van de fabrikanten.

23.3 Het College is van oordeel dat de ACM beperkingen mocht stellen aan de toegang tot de onderzoeksdatasets. Daarvoor acht het College van belang dat de onderzoeksdatasets gegevens bevatten die afkomstig zijn van de fabrikanten en verschillende afnemers. De ACM heeft terecht in aanmerking genomen dat de fabrikanten nog steeds elkaars directe concurrenten zijn en dat zij een gezamenlijk marktaandeel van 95% hebben. De fabrikanten staan ook op dit moment nog altijd in een commerciële verhouding tot elkaar en hun afnemers, in een markt die al een grote mate van transparantie kent. Het is dan ook aannemelijk dat deze gegevens, ondanks dat deze ouder zijn dan vijf jaar, nog altijd een wezenlijk onderdeel van de commerciële positie van de betrokken ondernemingen vormen en dus inzicht kunnen geven in de commerciële positie en de marktstrategieën van de fabrikanten en hun afnemers.

23.4 Ondanks dat de stukken ouder zijn dan vijf jaar, acht het College op basis van de actuele concurrentiepositie van de betrokken ondernemingen de keuze voor de dataroomprocedure op de wijze zoals door de ACM ingericht en georganiseerd, gerechtvaardigd. Bij een confidentiality ring zoals die waarnaar de fabrikanten hebben verwezen,³ zouden afhankelijk van afspraken hierover tussen partijen de gemachtigden en/of medewerkers van de fabrikanten zelf de beschikking krijgen over de stukken. De toegepaste dataroomprocedure bood de gemachtigden van de fabrikanten toegang tot de volledige onderzoeksdatasets, en deed tegelijk recht aan het belang van bescherming van de bedrijfsvertrouwelijke gegevens van de betrokken ondernemingen. De door de ACM aan de dataroomprocedure gestelde beperkingen in tijd en in fysiek en technisch opzicht acht het College rechtmatig. De gemachtigden hebben voldoende gelegenheid gehad aan de dataroomprocedure deel te nemen. Dat zij niet allemaal (ten volle) gebruik hebben gemaakt van de dataroomprocedure, kan de

ACM niet worden verweten. De ACM is de gemachtigden gedurende de twee dataroomprocedures bovendien zoveel mogelijk tegemoetgekomen. Zo zijn in de bezwaarfase vier in plaats van twee laptops ter beschikking gesteld, zijn alle documenten doorzoekbaar gemaakt en zijn de documenten die al in het dossier zaten gemarkeerd met een tag. Dat na de twee dataroomprocedures nog stukken ontbreken, is door de fabrikanten niet concreet gemaakt. Niet valt in te zien dat de ACM aldus, gelet op het vertrouwelijke karakter van een groot deel van de stukken, op ontoereikende wijze toegang heeft gegeven tot het dossier.

23.5 Het College komt tot de conclusie dat de rechten van verdediging niet zijn geschonden. Deze hogerberoepsgrond slaagt dus ook niet.

De boetes

De bevoegdheid om een boete op te leggen

24 De fabrikanten voeren daarnaast aan dat de ACM ten onrechte boetes heeft opgelegd, omdat zij niet konden voorzien dat de indirecte informatie-uitwisseling via hun afnemers een overtreding van het kartelverbod zou vormen. Het is niet verboden om prijsinformatie te ontvangen en ook de eigen compliance regelingen van de fabrikanten verboden dit niet. Er is zodoende geen sprake van verwijtbaar handelen. De ACM heeft ook niet eerder tegen dergelijk gedrag opgetreden. Om deze redenen had de ACM volgens de fabrikanten moeten afzien van het opleggen van een boete, moeten volstaan met een symbolische boete of de boete naar beneden moeten bijstellen vanwege verminderde verwijtbaarheid.

25 De ACM stelt zich op het standpunt dat zij terecht boetes heeft opgelegd. Indirecte informatie-uitwisseling valt al geruime tijd onder het kartelverbod. De fabrikanten hadden kunnen voorzien dat hun gedragingen in strijd waren met het kartelverbod.

26 Het College stelt voorop dat, nu uit het voorgaande volgt dat de ACM terecht heeft geconcludeerd dat sprake is van overtreding van het kartelverbod, zij op grond van artikel 56, eerste lid, van de Mw, bevoegd was aan de tabaksfabrikanten een boete op te leggen. Het College volgt de fabrikanten niet in hun betoog dat de overtreding niet voorzienbaar en niet verwijtbaar is. De ACM heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat indirecte informatie-uitwisseling al geruime tijd onder het kartelverbod valt. De fabrikanten hadden als professionele marktdeelnemers op de hoogte moeten zijn van de mededingingsregels en hadden, los van wat in hun eigen compliance regelingen is vermeld, moeten weten dat indirecte uitwisseling van prijsinformatie die nog niet voor een ieder toegankelijk is, een overtreding van het kartelverbod kan opleveren. Dat dit de eerste keer is dat de ACM tegen dit type gedragingen optreedt, vormt op zichzelf geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan zij van het opleggen van een boete had moeten afzien of had moeten volstaan met een symbolische of lagere boete vanwege een verminderde verwijtbaarheid. Deze hogerberoepsgrond slaagt zodoende niet.

De toepasselijkheid van de Boetebeleidsregels 2009

27 De fabrikanten voeren verder aan dat de ACM ten onrechte de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009 (Boetebeleidsregels 2009) heeft toegepast. Op grond van het lex mitior-beginsel had de ACM de NMa Boetecode 2007 (Boetecode 2007) moeten toepassen, omdat dit tot een lagere ernstfactor en zodoende lagere boete zou hebben geleid.

28 De ACM heeft de overtreding op grond van de Boetebeleidsregels 2009 aangemerkt als een zware overtreding met een ernstfactor van 1,5. De ACM voert aan dat de Boetebeleidsregels 2009 de Boetecode 2007 per 1 oktober 2009, dus tijdens de enkele voortdurende overtreding, hebben vervangen. Aan de Boetebeleidsregels 2009 komt onmiddellijke werking toe. De fabrikanten hebben kennis kunnen nemen van deze beleidswijziging en hebben de overtreding desondanks geruime tijd

voortgezet. Het grootste gedeelte van de overtreding vond plaats na de inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels 2009. Volgens de ACM was de toepassing van de Boetebeleidsregels 2009 voor de fabrikanten dan ook te voorzien en mocht zij deze onverkort op de gehele enkele voortdurende overtreding toepassen.

- 29.1 Het College stelt vast dat bij aanvang van de enkele voortdurende overtreding in juli 2008 de Boetecode 2007 van toepassing was. Gedurende de periode van de voortdurende overtreding, namelijk op 1 oktober 2009, is de Boetecode 2007 vervangen door de Boetebeleidsregels 2009. Dit betekent dat gedurende ongeveer 40% van de periode van de enkele voortdurende overtreding de Boetecode 2007 van toepassing was, en dat daarna, voor ongeveer 60% van de periode, de Boetebeleidsregels 2009 golden. De Boetebeleidsregels 2009 waren van toepassing ten tijde van het nemen van het boetebesluit. De Boetebeleidsregels 2009 voorzien kort gezegd in hogere boetes binnen het wettelijk boetemaximum. Dit boetemaximum is in de gehele periode ongewijzigd gebleven.⁴
- 29.2 Zoals ook de rechtbank heeft overwogen, verschillen de Boetebeleidsregels 2009 en de Boetecode 2007 van elkaar op het punt van de ernstfactor. Dit komt omdat de Boetebeleidsregels 2009 een ruimere bandbreedte bevatten voor het vaststellen van de ernstfactor. In artikel 6, tweede lid, van de Boetebeleidsregels 2009 en in punt 26 van de Boetecode 2007 is neergelegd dat de ACM bij het bepalen van de ernstfactor rekening houdt met de zwaarte van de overtreding, in samenhang met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. Bij de beoordeling van de economische context houdt de ACM onder meer rekening met de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken overtreders alsmede het al dan niet gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en de geldende regelgeving. Verder houdt de ACM rekening met de (potentiële) afbreuk aan het normale mededingingsproces en de weerslag op de economie die de betreffende gedraging in het algemeen heeft. Daarbij worden drie typen overtredingen onderscheiden: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. In artikel 6, derde lid, van de Boetebeleidsregels 2009 worden verstrekkende horizontale afspraken in ieder geval als zeer zware overtredingen aangemerkt. In het vierde lid van artikel 6 is neergelegd dat de ernstfactor van de overtreding wordt vastgesteld op een waarde van ten hoogste 5. In de Boetecode 2007 werd de ernstfactor volgens randnummer 32 vastgesteld binnen een bandbreedte tussen 0 en 3, waarbij deze bij een minder zware overtreding op een waarde van ten hoogste 1, bij een zware overtreding op een waarde van ten hoogste 2 en bij een zeer zware overtreding op een waarde tussen 1,5 en 3 werd vastgesteld. Daarbij werden (op grond van randnummer 28) horizontale prijsafspraken aangemerkt als zeer zware overtreding en (op grond van randnummer 29) horizontale regelingen die niet kunnen worden aangemerkt als een zeer zware overtreding, als zware overtreding.
- 29.3 In artikel 22 van de Boetebeleidsregels 2009 is, voor zover hier van belang, bepaald dat deze beleidsregels in werking treden met ingang van 1 oktober 2009. In de toelichting bij dit artikel⁵ is vermeld dat deze beleidsregels slechts kunnen worden toegepast op feiten die zich na de inwerkingtreding van de beleidsregels hebben voorgedaan. Dit is in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel zoals dat is neergelegd in onder andere artikel 15, eerste lid, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, artikel 7, eerste lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), artikel 49, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en artikel 5:4 van de Awb. Gelet hierop geldt ook in deze zaak dat geen zwaardere straf mag worden opgelegd dan de (maximale) straf die gold ten tijde van het begaan van de overtreding.
- 29.4 Naar het oordeel van het College ligt het voor de hand dat in het geval van een enkele voortdurende overtreding, eenzelfde boetebeleidsregel voor de gehele overtreding wordt toegepast. De toepassing van verschillende boetebeleidsregels verdraagt zich namelijk niet goed met de vaststelling dat sprake is van een enkele, voortdurende overtreding, waarbij de ACM de aansprakelijkheid voor handelingen die deel uitmaken van een totaalplan, aan een onderneming mag toerekenen naargelang van de deelname aan de betrokken overtreding in haar geheel, en deze aansprakelijkheid zich ook kan uitstrekken over gedragingen waaraan een onderneming zelf niet heeft deelgenomen.

29.5 Het College is van oordeel dat de ACM in dit geval terecht de Boetebeleidsregels 2009 voor de gehele overtreding heeft toegepast. Daarbij neemt het College in aanmerking dat de fabrikanten na de wijziging van de Boetebeleidsregels 2009 nog zeer geruime tijd zijn doorgedaan met de overtreding. Van een schending van het *lex mitior* beginsel is geen sprake. Dit beginsel heeft namelijk betrekking op een wijziging ten gunste van de overtreder na het begaan van de overtreding. Dat is hier niet aan de orde. Hier gaat het namelijk om een wijziging ten nadele van de overtreder tijdens de periode waarin de overtreding is begaan. Het betoog van de fabrikanten dat de ACM de Boetecode 2007 had moeten toepassen, slaagt daarom niet. Het College wijst in dit verband ook op het arrest van het Hof van Justitie van 18 mei 2006, Archer Daniels Midland (ECLI:EU:C:2006:328), waarin het Hof in een situatie waarin het boetebeleid was gewijzigd nadat de beboetbare gedragingen hadden plaatsgevonden, oordeelde dat de in dat beleid vervatte nieuwe methode voor de berekening van de geldboeten door de betrokken ondernemingen redelijkerwijs konden worden voorzien toen de inbreuken werden gepleegd en dat de Europese Commissie, door dit beleid toe te passen op vóór de vaststelling daarvan gepleegde inbreuken, het verbod van terugwerkende kracht niet had geschonden. Overigens doet de toepasselijkheid van de Boetebeleidsregels 2009 of de Boetecode 2007 er niet aan af dat de ACM zich er bij de uiteindelijke vaststelling van de boete rekenschap van moet geven dat de boete voldoet aan de evenredigheidseis van artikel 5:46 Awb, waarover het College hierna zal oordelen.

De toepassing van de Boetebeleidsregels 2009 en de hoogte van de boetes

30 Het College komt vervolgens toe aan de wijze waarop de ACM de Boetebeleidsregels 2009 heeft toegepast en de hoogte van de boetes heeft vastgesteld. Het College stelt in dit verband voorop dat de ACM bij de vaststelling van de boetes niet alleen op juiste wijze toepassing moet geven aan artikel 57 van de Mw en de toepasselijke boetebeleidsregels, maar zij moet uiteindelijk op grond van artikel 5:46 van de Awb ook beoordelen of de uit de boetebeleidsregels voortvloeiende boetes, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig zijn aan het beoogde doel. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard en ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Ook de draagkracht van de overtreder kan een in aanmerking te nemen omstandigheid zijn. Artikel 6 van het EVRM brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie.

De kwalificatie als zware overtreding

31 Volgens de fabrikanten is de kwalificatie als zware overtreding met ernstfactor 1,5 niet passend. Deze kwalificatie is gelijk of zelfs hoger dan die in het verleden voor klassieke kartelafspraken passend is geacht, terwijl het hier niet om een klassiek heimelijk kartel gaat. De ACM had rekening moeten houden met de bijzondere omstandigheden van deze zaak, zoals het gegeven dat de gedragingen plaatsvonden in een sterk gereguleerde sector die voor een hoge mate van transparantie op de markt zorgde, de centrale rol van de afnemers bij de informatie-uitwisseling, en de omstandigheid dat de uitgewisselde informatie uit legitieme prijsaankondigingen bestond en dus fundamenteel anders van aard is dan informatie waarvan de uitwisseling over het algemeen mededingingsrechtelijk bezwaarlijk wordt bevonden.

32 De ACM stelt zich op het standpunt dat het om een zware overtreding gaat en dat een ernstfactor van 1,5 (op grond van de Boetebeleidsregels 2009) passend is. De ACM heeft daarbij rekening gehouden met de bijzondere kenmerken van de overtreding; zo is de overtreding niet als zeer zwaar aangemerkt, zoals gebruikelijk is te doen in het geval van concrete prijsafspraken.

33 Het College acht de kwalificatie als zware overtreding passend. Net als de rechtbank ziet het College in wat de fabrikanten hebben aangevoerd geen aanleiding om de overtreding als minder zwaar te kwalificeren. Daarbij acht ook het College van belang dat de indirecte informatie-uitwisseling betrekking had op de belangrijkste concurrentieparameters, de consumentenprijzen en voorgenomen

productvernieuwingen, op een moment dat deze nog niet publiek waren. Deze informatie-uitwisseling is, zoals hiervoor is geoordeeld, terecht aangemerkt als strekkingsbeding. De ACM heeft terecht van belang geacht dat dit gedrag in beginsel minder ernstig is dan wanneer de hoogte van de consumentenprijzen zou zijn afgestemd, maar heeft evengoed terecht in acht genomen dat de vier tabaksfabrikanten elkaars belangrijkste concurrenten waren, zij gezamenlijk een groot marktaandeel hadden en zij de onzekerheid over het marktgedrag van hun concurrenten en daarmee de concurrentie die ondanks de sectorspecifieke regelgeving nog bestond, bewust hebben verminderd. De fabrikanten hadden daarbij overwegend een eigen belang bij deze praktijk en zij hebben deze praktijk ook in stand gehouden. De hogerberoepsgrond slaagt zodoende niet.

Boeteverlagende omstandigheden

34 De fabrikanten voeren verder aan dat de boete disproportioneel is en de ACM ten onrechte in de door hen aangevoerde omstandigheden geen aanleiding heeft gezien de boete verder te verlagen. De verlaging die de ACM heeft toegepast omdat dit de eerste zaak is waarin zij een boete oplegt voor indirecte informatie-uitwisseling, is niet toereikend. De fabrikanten hebben in dit verband andermaal gewezen op de centrale rol van de afnemers bij de informatie-uitwisseling en hun naar eigen zeggen beperkte aandeel daarin. Zo voert [naam 5] aan een beperkte rol te hebben gehad, aangezien zij hooguit 30 keer prijsinformatie heeft ontvangen, en dus minder heeft ontvangen dan de andere fabrikanten. [naam 5] stelt ook niet actief om prijsinformatie te hebben gevraagd. [naam 1] wijst erop dat zij gelet op haar marktaandeel (ongeveer 12 %) een beperkte rol had in de overtreding. Ook zou de ACM volgens [naam 1] onrechtmatige uitlatingen hebben gedaan in een nieuwsbericht over deze zaken, waardoor te herleiden was op welke ondernemingen het nieuwsbericht betrekking had. [naam 6] en [naam 2] voeren in dit verband aan dat onvoldoende rekening gehouden is met het ontbreken van negatieve gevolgen van de overtreding.

35 De ACM heeft de basisboetes met 50% verlaagd, omdat dit de eerste keer is dat zij optreedt tegen indirecte informatie-uitwisseling tussen concurrenten, en vanwege de sectorspecifieke regelgeving die zorgde voor een verhoogde transparantie en verminderde concurrentiedynamiek. De boetebedragen doen volgens de ACM recht aan de impact van de overtreding, de relatieve bijdrage van elk van de fabrikanten en het relatieve belang dat elke fabrikant bij de overtreding heeft gehad.

36 Het College stelt vast dat de ACM met het verlagen van de basisboetes met 50% al een forse verlaging heeft toegepast. Evenals de rechtbank, volgt het College niet het betoog van de fabrikanten dat deze boeteverlaging ontoereikend is. Dat de afnemers en niet de fabrikanten een centrale rol hadden in de informatie-uitwisseling, en de eigen rol van de fabrikanten daarin beperkt was, volgt het College niet. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de fabrikanten ieder vanuit hun eigen rol hebben deelgenomen aan de overtreding, zij hierbij een eigen belang hadden, zij hiervan op de hoogte waren en zij geen pogingen hebben ondernomen zich van deze praktijk te distantiëren of deze te stoppen. Het College is met de ACM van oordeel dat de mate van betrokkenheid van ieder van de fabrikanten, met inbegrip van [naam 5], zodanig is dat een verdere boeteverlaging niet aan de orde is. Het College verwijst in dit verband verder naar wat zij eerder in 11.3 heeft geoordeeld over het gestelde eigen belang van de afnemers. Ook de stelling van [naam 1] dat de ACM vanwege uitlatingen over deze zaak de boete verder had moeten verlagen, volgt het College niet. De ACM heeft op haar website en via een woordvoerder in algemene zin bericht over de boetes voor het overtreden van het kartelverbod. Zoals ook de rechtbank heeft overwogen, maakt het gegeven dat het voor betrokkenen in het onderzoek naar de gedragingen te herleiden zou kunnen zijn op welke ondernemingen het bericht betrekking had, wat daar verder ook van zij, niet dat de boete daarom onevenredig zou zijn en verder zou moeten worden verlaagd. Ook heeft de ACM met deze berichtgeving niet de systematiek van artikel 12v van de Instellingswet ACM en de procedure bij de voorzieningenrechter over schorsing van het publicatiebesluit doorkruist. Over het betoog dat de gedragingen geen negatieve gevolgen zouden hebben gehad en de verwijzing in dat verband naar het [naam 14] rapport, heeft het College eerder geoordeeld dat dit niet slaagt. Het College verwijst daarvoor naar het oordeel onder 14.3. Alles overziend, ziet het College geen aanleiding de boetes verder te verlagen. Het College acht de boetes

niet onevenredig.

Het boetemaximum van [naam 2]

37 [naam 2] voert in hoger beroep aan dat in haar geval artikel 57 van de Mw, zoals dat gold ten tijde van belang, onjuist is toegepast, waardoor het boetemaximum is overschreden. De rechtbank heeft dat miskend. De ACM had het boetemaximum moeten berekenen op basis van de omzet van [naam 16] in 2019, en niet van [naam 2] met al haar deelnemingen. [naam 16] fuseerde op 1 april 2020 met [naam 2] vanwege een interne herstructurering binnen [naam 2]. Hierdoor hield [naam 16] op te bestaan, maar de economische activiteiten van [naam 16] werden nog steeds door een aparte organisatie binnen [naam 2] gerund. De ACM had daarom niet de omzet die was behaald door alle deelnemingen van [naam 2] mogen betrekken. Bij de toepassing van het begrip onderneming in de zin van artikel 101 van het VWEU en artikel 6 van de Mw is namelijk bepalend of een entiteit daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent over een deelneming. [naam 2] functioneerde ten opzichte van haar deelnemingen als tussenhoudstermaatschappij en had geen beslissende invloed over haar deelnemingen. Daarbij komt dat de geconsolideerde omzetcijfers van [naam 2] als tussenhoudstermaatschappij ook niet de economische macht van de topholding weergeven. Op grond van Europese jaarrekeningsregels hoeft zij de omzet van haar deelnemingen niet te consolideren.

38 De ACM stelt zich op het standpunt dat voor het boetemaximum van [naam 2] terecht aansluiting is gezocht bij de gezamenlijke omzet van [naam 2] met al haar deelnemingen. Op het moment van het opleggen van de boete bestond [naam 2] Nederland niet meer, zodat [naam 2] de aangesproken onderneming is die de boete moet betalen. Het omzetsbegrip in artikel 57 van de Mw ziet op de totale wereldwijde omzet van de onderneming die wordt aangesproken, inclusief de omzet die dochtermaatschappijen hebben behaald. Daarvoor is niet relevant hoe de onderneming is gestructureerd of welke divisie van die onderneming direct betrokken was bij de inbreuk. [naam 2] is volgens de ACM ook bij uitstek geschikt gebleken om de boete te kunnen dragen.

39.1 Op grond van artikel 57, zoals dat gold ten tijde van belang, bedraagt de boete ten hoogste 450.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uitmaken, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Met de term onderneming wordt hier, net als bij de toerekening van de aansprakelijkheid voor de overtreding, bedoeld de economische eenheid in mededingingsrechtelijke zin (Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 88). In het geval de onderneming die de overtreding heeft begaan, is opgehouden te bestaan, kan de onderneming die de activiteiten van de voormalige onderneming heeft overgenomen voor de overtreding aansprakelijk worden gehouden.

39.2 De ACM heeft de overtreding van [naam 16] toegerekend aan haar rechtsopvolger [naam 2], omdat [naam 16] ten tijde van het opleggen van de boete was opgegaan in [naam 2]. De ACM heeft zodoende voor het bepalen van het boetemaximum terecht aansluiting gezocht bij de omzet van [naam 2]. Dat volgens [naam 2] niet mag worden uitgegaan van de omzet van al haar deelnemingen, omdat zij als tussenholding op afstand stond van haar deelnemingen en zij daarmee zodoende geen economische eenheid vormde, volgt het College niet. Voor het vaststellen van het boetemaximum is niet het bestaan van een beslissende invloed van de onderneming op al haar deelnemingen doorslaggevend, maar de omvang van en de economische macht van de onderneming waarop het boetebesluit betrekking heeft. De ACM hoefde zodoende niet aan te tonen dat [naam 2] beslissende invloed heeft op haar deelnemingen. Het was in plaats daarvan aan [naam 2] om aan te tonen dat de geconsolideerde omzet niet de economische werkelijkheid weergeeft door gegevens te verstrekken die kunnen weerleggen dat de moedermaatschappij zeggenschap kan uitoefenen (zie ook het arrest van het Hof van Justitie van 26 november 2013, Groupe Cascoigne (ECLI:EU:C:2013:770), onder 57.) [naam 2] heeft dit niet aangetoond. De ACM mocht er daarom van uitgaan dat [naam 2] niet slechts op afstand stond en dat het betrekken van de geconsolideerde omzet bij het bepalen van het boetemaximum de economische werkelijkheid weergeeft. Gelet hierop heeft de ACM terecht

geoordeeld dat het boetemaximum niet is overschreden. Het oordeel van de rechtbank hierover was dan ook juist. Deze hogerberoepsgrond van [naam 2] slaagt niet.

Conclusie over de boetes

40 Het College komt tot de slotsom dat de ACM de boetes op correcte wijze heeft vastgesteld en dat deze, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig zijn aan het beoogde doel.

Overschrijding van de redelijke termijn

41 Zoals eerder is overwogen in de uitspraak van 14 januari 2025 (ECLI:NL:CBB:2025:7) zal het College in boetezaken voortaan ambtshalve beoordelen of de redelijke termijn, als bedoeld in artikel 6 van het EVRM, is overschreden.

42 De redelijke termijn vangt aan op het moment dat de ACM jegens de betrokken onderneming een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft ontleend, en in redelijkheid ook heeft kunnen ontleen, dat haar wegens overtreding van de Mw een boete zal kunnen worden opgelegd. In beginsel zal de redelijke termijn aanvangen bij het uitbrengen van het boeterapport. In dit geval is dit rapport met de brief van 9 april 2019 aan de tabaksfabrikanten toegezonden. Het College gaat uit van dit aanvangsmoment.

43 Zoals het College eerder heeft overwogen, bijvoorbeeld in de uitspraak van 14 juli 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:184), brengen de diversiteit en het geringe repetitieve karakter van procedures strekkende tot naleving van het kartelverbod mee dat een termijn van vijfeneenhalf jaar vanaf het moment van aanvang van die termijn tot en met de uitspraak in hoger beroep als redelijk moet worden beschouwd. Als binnen deze termijn wordt beslist op het hoger beroep in een kartelzaak zal doorgaans zijn voldaan aan de in artikel 6 van het EVRM neergelegde eis dat uitspraak wordt gedaan binnen een redelijke termijn. In het voorliggende geval bestaat naar het oordeel van het College echter aanleiding uit te gaan van een langere redelijke termijn. Het College heeft daarbij in aanmerking genomen dat er in de procedure bij de ACM twee keer een dataroomprocedure heeft plaatsgevonden die steeds op zichzelf al geruime tijd in beslag namen en naar aanleiding waarvan de fabrikanten telkens de gelegenheid hebben gekregen om nadere argumenten naar voren te brengen. Ook met het maken van afspraken over de wijze waarop de dataroomprocedures werden vormgegeven, ging geruime tijd heen. In de primaire fase beliep de periode tussen het openstellen van de dataroom en het indienen van de nadere argumenten ruim drie maanden, in de bezwaarfase duurde die periode ruim zeven maanden. Tijdens die procedures heeft de ACM de vertrouwelijkheid van een groot aantal aangewezen stukken moeten beoordelen, waarvoor zij ook de ondernemingen waarvan de stukken afkomstig waren, heeft moeten raadplegen. Hierdoor is de omvang en complexiteit van de zaak aanmerkelijk toegenomen. Niet gebleken is dat de ACM de zaken niet met voortvarendheid heeft afgehandeld. De afhandeling van de zaken in beroep en in hoger beroep heeft vervolgens telkens binnen twee jaar plaatsgevonden. Naar het oordeel van het College is de duur van de procedure als geheel, die tot de uitspraak van het College zes jaar en (ruim) drie maanden heeft belopen, binnen een redelijke termijn gebleven. Het College ziet daarom geen aanleiding de boetes te matigen.

Conclusie

44 De hoger beroepen van de tabaksfabrikanten slagen niet. Het College zal de aangevallen uitspraak bevestigen.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.L.W. Aerts, mr. H.S.J. Albers en mr. D. Brugman, in aanwezigheid van mr. D. de Vries, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 22 juli 2025.

w.g. J.L.W. Aerts w.g. D. de Vries

-
- ¹ Met de hub-and-spoke zaken wordt gerefereerd aan de uitspraken van de Competition Appeal Tribunal (CAT) in de gevoegde zaken 1021 & 1022/1/1/03 Allsports Ltd and JJB Sports plc [2004] CAT 17 (Football Kits), gevoegde zaken 1014 en 1015/1/1/03 Argos Ltd and Littlewoods Ltd [2004] CAT 24 (Toys and Games), het arrest van de Court of Appeal in hoger beroep tegen de uitspraken van de CAT [2006] EWCA Civ 1318 (Toys and Kits) en de uitspraak van de CAT in de zaak 1188/1/1/11 Tesco Stores Limited e.v. [2012] CAT 31 (Dairy).
 - ² Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PbEU 2011/C 11).
 - ³ Zie onder andere de Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, par. 97 en 98.
 - ⁴ In de Nota van toelichting bij de Boetebeleidsregels 2009 (Stcrt. 2009, nr. 14709, p. 14) is in dit verband onder andere opgemerkt dat het de voorkeur verdiende het feitelijk opleggen van hogere boetes te realiseren door het vaststellen van nieuwe beleidsregels en dat het verhogen van de wettelijke boetemaxima daarvoor niet nodig was.
 - ⁵ Stcrt. 2009, nr. 14709, p. 18/19.
-