

Kopie

Afgeleverd aan: mr. TUYTSCHAEVER Filip

art. 792 Ger. W.

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Uitgifte

Repertoriumnummer 2023 / 1305
Datum van uitspraak 15 februari 2023
Rolnummer 2022/AR/640 & 2022/AR/652 & 2022/AR/659 & 2022/AR/662 & 2022/AR/745

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

☒ Registreerbaar

N° 14

Hof van beroep

Brussel

Sectie Marktenhof

19^{de} kamer A

Kamer voor marktzaken

Arrest

Aangeboden op
Niet te registreren

Etablissements L. Lacroix Fils NV, naamloze vennootschap naar Belgisch recht, met haar maatschappelijke zetel te Sint-Bavostraat 66, 2610 Antwerpen (ondernemingsnummer 0404.266.702) zoals wettelijk vertegenwoordigd door Miguel Denys en Christine De Baets in hun hoedanigheid van bestuurders.

verzoekster

Hierna, IBB of ITB

Vertegenwoordigd door haar raadsman, mr. Annick Vroninks [REDACTED]
advocaat te 1050 Brussel, Louizalaan 489.

TEGEN:

De **Belgische Mededingingsautoriteit** ("BMA"), autonome dienst met rechtspersoonlijkheid gevestigd te 1210 Brussel, Vooruitgangstraat 50 (ondernemingsnummer 0535.765.741) zoals wettelijk vertegenwoordigd door haar Voorzitter J. Steenberghe, ter zitting aanwezig mevrouw Steffie De Cock, Adjunct van de Directeur juridische zaken ,

geïntimeerde

vertegenwoordigd door haar raadslieden, mr. Filip Tuytschaever [REDACTED]
mr. Benjamin Magnus [REDACTED] advocaten, kantoor houdende te 1930
Zaventem, Minervastraat 5.

IN AANWEZIGHEID VAN:

1. De **BV Philip Morris Benelux ("PMB")**, met maatschappelijke zetel te Borsbeeksebrug 24, 2600 Berchem, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0403.196.039,

vertegenwoordigd door mr. Robbert Snelders en mr. Romi Lepetska, advocaten met kantoor te Wetstraat 57, 1040 Brussel [REDACTED] en [REDACTED] en mr. Stefaan Raes, advocaat met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3 [REDACTED]

2. De **NV BRITISH AMERICAN TOBACCO BELGIUM ("BAT")**, een vennootschap naar Belgisch recht, met maatschappelijke zetel te Nieuwe Gentsesteenweg 21, 1702 Dilbeek, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0402.018.577,

vertegenwoordigd door mr. Sophie VAN BESIEN [REDACTED] mr. Rein WESSELING [REDACTED] en mr. Olivier Stevens, [REDACTED] advocaten, kantoorhoudende te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25,

3. De vennootschap naar Nederlands recht de **BV JT International Company Netherlands ("JTI")**, met maatschappelijke zetel te 1181 RM Amstelveen, Nederland, Bella Donna 4 en een vestigingseenheid te 1853 Grimbergen, Boechoutlaan 55 ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0452.578.838, vertegenwoordigd door de heer Panagiotis Dimitrios Exintaris en de heer Andrew Whittingham, in hun hoedanigheid als bestuurders,

vertegenwoordigd door mrs. Winfred Knibbeler, Thomas Janssens, Nino De Lathauwer, advocaten te 1050 Brussel, Bastion Tower (Bastiontoren), Marsveldplein 5 (24ste verdieping).

4. **DE MINISTER BEVOEGD VOOR ECONOMIE**, met zetel te 1000 BRUSSEL, Hertogstraat 59-61, die niet verschijnt noch iemand in zijn naam

5. **DE VLAAMSE FEDERATIE VAN PERSVERKOPERS**, ON 0408.317.144, met zetel te 2100 DEURNE (ANTWERPEN), Ruggevelddlaan 524,

vertegenwoordigd door mr. NOWAK Janek, advocaat te 1040 ETTERBEEK, Ijzerlaan 19

2022/AR/652

De vennootschap naar Nederlands recht de **BV JT International Company Netherlands**, met maatschappelijke zetel te 1181 RM Amstelveen, Nederland, Bella Donna 4 en een vestigingseenheid te 1853 Grimbergen, Boechoutlaan 55 ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0452.578.838, vertegenwoordigd door de heer Panagiotis Dimitrios Exintaris en de heer Andrew Whittingham, in hun hoedanigheid als bestuurders,

verzoekster

vertegenwoordigd door mr. Winfred Knibbeler, mr. Thomas Janssens, mr. Nino De Lathauwer en Mr Marie de Crane d'Heysselaer, advocaten te 1050 Brussel, Bastion Tower (Bastiontoren), Marsveldplein 5 (24ste verdieping).

Tegen:

De **Belgische Mededingingsautoriteit** ("BMA"), autonome dienst met rechtspersoonlijkheid gevestigd te 1210 Brussel, Vooruitgangstraat 50 (ondernemingsnummer 0535.765.741, ter zitting aanwezig mevrouw Steffie De Cock, Adjunct van de Directeur juridische zaken ,

geïntimeerde

vertegenwoordigd door haar raadslieden, mr. Filip Tuytschaever [REDACTED] en mr. Benjamin Magnus [REDACTED], advocaten, kantoor houdende te 1930 Zaventem, Minervastraat 5.

In aanwezigheid van:

1. De **NV BRITISH AMERICAN TOBACCO BELGIUM**, een vennootschap naar Belgisch recht, met maatschappelijke zetel te Nieuwe Gentsesteenweg 21, 1702 Dilbeek, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0402.018.577,

vertegenwoordigd door mr. Sophie VAN BESIEN [REDACTED], mr. Rein WESSELING [REDACTED] en mr. Olivier Stevens, [REDACTED] advocaten, kantoorhoudende te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25,

2. De **NV Etablissements L. Lacroix Fils**, met maatschappelijke zetel te Sint-Bavostraat 66, 2610 Antwerpen, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0404.266.702,

vertegenwoordigd door mr. Annick Vroninks, advocaat met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 489,

3. De **BV Philip Morris Benelux**, met maatschappelijke zetel te Borsbeeksebrug 24, 2600 Berchem, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0403.196.039,

vertegenwoordigd door mr. Robbert Snelders en mr. Romi Lepetska, advocaten met kantoor te Wetstraat 57, 1040 Brussel [REDACTED] en mr. Stefaan Raes, advocaat met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3 [REDACTED]

4. **DE MINISTER BEVOEGD VOOR ECONOMIE**, met zetel te 1000 BRUSSEL, Hertogstraat 59-61, die niet verschijnt noch iemand in zijn naam,

5. **DE VLAAMSE FEDERATIE VAN PERSVERKOPERS**, ON 0408.317.144, met zetel te 2100 DEURNE (ANTWERPEN), Ruggeveldlaan 524,

vertegenwoordigd door mr. NOWAK Janek, advocaat te 1040 ETTERBEEK, IJzerlaan 19

2022/AR/659

De **NV BRITISH AMERICAN TOBACCO BELGIUM**, een vennootschap naar Belgisch recht, met maatschappelijke zetel te Nieuwe Gentsesteenweg 21, 1702 Dilbeek, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0402.018.577,

verzoekster

vertegenwoordigd door Mr. Sophie VAN BESIEN [REDACTED] mr. Rein WESSELING [REDACTED] en mr. Olivier Stevens, [REDACTED] advocaten, kantoorhoudende te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25,

Tegen:

De **Belgische Mededingingsautoriteit** ("BMA"), autonome dienst met rechtspersoonlijkheid gevestigd te 1210 Brussel, Vooruitgangstraat 50 (ondernemingsnummer 0535.765.741) ter zitting aanwezig mevrouw Steffie De Cock, Adjunct van de Directeur juridische zaken ,

geïntimeerde

vertegenwoordigd door haar raadslieden, mr. Filip Tuytschaever [REDACTED] en mr. Benjamin Magnus [REDACTED] advocaten, kantoor houdende te 1930 Zaventem, Minervastraat 5.

In aanwezigheid van:

1. De **NV Etablissements L. Lacroix Fils**, met maatschappelijke zetel te Sint-Bavostraat 66, 2610 Antwerpen, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0404.266.702,

vertegenwoordigd door mr. Annick Vroninks, advocaat met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 489,

2. De vennootschap naar Nederlands recht de **BV JT International Company Netherlands**, met maatschappelijke zetel te 1181 RM Amstelveen, Nederland, Bella Donna 4 en een vestigingseenheid te 1853 Grimbergen, Boechoutlaan 55 ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0452.578.838, vertegenwoordigd door de heer Panagiotis Dimitrios Exintaris en de heer Andrew Whittingham, in hun hoedanigheid als bestuurders,

vertegenwoordigd door mr. Winfred Knibbeler, mr. Thomas Janssens, mr. Nino De Lathauwer en Mr. Marie de Crane d'Heysselaer, advocaten te 1050 Brussel, Bastion Tower (Bastiontoren), Marsveldplein 5 (24ste verdieping).

3. De **BV Philip Morris Benelux**, met maatschappelijke zetel te Borsbeeksebrug 24, 2600 Berchem, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0403.196.039,

vertegenwoordigd door mr. Robbert Snelders en mr. Romi Lepetska, advocaten met kantoor te Wetstraat 57, 1040 Brussel [REDACTED] en mr. Stefaan Raes, advocaat met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3 [REDACTED]

4. **VLAAMSE FEDERATIE VAN PERSVERKOPERS VZW**, ON 0408.317.144, met zetel te 2100 DEURNE (ANTWERPEN), Ruggeveldlaan 524,

vertegenwoordigd door mr. NOWAK Janek, advocaat te 1040 ETTERBEEK, Ijzerlaan 19

5. **MINISTER BEVOEGD VOOR ECONOMIE**, met zetel te 1000 BRUSSEL, Hertogstraat 59-61, die niet verschijnt noch iemand in zijn naam

6. **WESSELING Rein**, wonende te Beethovenplein, 10, 1007 - WM Amsterdam - NEDERLAND, In persoon

2022/AR/662

De **BV Philip Morris Benelux**, met maatschappelijke zetel te Borsbeeksebrug 24, 2600 Berchem, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0403.196.039, verzoekster

vertegenwoordigd door mr. Robbert Snelders en mr. Romi Lepetska, advocaten met kantoor te Wetstraat 57, 1040 Brussel [REDACTED] en mr. Stefaan Raes, advocaat met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3 [REDACTED]

Tegen:

De **Belgische Mededingingsautoriteit** ("BMA"), autonome dienst met rechtspersoonlijkheid gevestigd te 1210 Brussel, Vooruitgangstraat 50 (ondernemingsnummer 0535.765.741), ter zitting aanwezig mevrouw Steffie De Cock, Adjunct van de Directeur juridische zaken ,

geïntimeerde

vertegenwoordigd door haar raadslieden, mr. Filip Tuytschaever [REDACTED] en mr. Benjamin Magnus [REDACTED], advocaten, kantoor houdende te 1930 Zaventem, Minervastraat 5.

In aanwezigheid van:

1. De vennootschap naar Nederlands recht de **BV JT International Company Netherlands**, met maatschappelijke zetel te 1181 RM Amstelveen, Nederland, Bella Donna 4 en een vestigingseenheid te 1853 Grimbergen, Boechoutlaan 55 ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0452.578.838, vertegenwoordigd door de heer Panagiotis Dimitrios Exintaris en de heer Andrew Whittingham, in hun hoedanigheid als bestuurders,

vertegenwoordigd door mr. Winfred Knibbeler, mr. Thomas Janssens, mr. Nino De Lathauwer en mr. Marie de Crane d'Heysselaer, advocaten te 1050 Brussel, Bastion Tower (Bastiontoren), Marsveldplein 5 (24ste verdieping).

2. De **NV Etablissements L. Lacroix Fils**, met maatschappelijke zetel te Sint-Bavostraat 66, 2610 Antwerpen, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0404.266.702,

vertegenwoordigd door mr. Annick Vroninks, advocaat met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 489,

3. De **NV BRITISH AMERICAN TOBACCO BELGIUM**, een vennootschap naar Belgisch recht, met maatschappelijke zetel te Nieuwe Gentsesteenweg 21, 1702 Dilbeek, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0402.018.577,

vertegenwoordigd door mr. Sophie VAN BESIEN () mr. Rein WESSELING () en mr. Olivier Stevens, () advocaten, kantoorhoudende te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25,

4. **VLAAMSE FEDERATIE VAN PERSVERKOPERS VZW**, ON 0408.317.144, met zetel te 2100 DEURNE (ANTWERPEN), Rugeveldlaan 524,

vertegenwoordigd door mr. DEWISPELAERE Jeroen, advocaat te 1040 ETTERBEEK, IJzerlaan 19

5. **MINISTER VAN WERK EN ECONOMIE**, met zetel te 1000 BRUSSEL, Hertogstraat 59-61, die niet verschijnt noch iemand in zijn naam

2022/AR/745

De **NV BRITISH AMERICAN TOBACCO BELGIUM**, een vennootschap naar Belgisch recht, met maatschappelijke zetel te Nieuwe Gentsesteenweg 21, 1702 Dilbeek, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0402.018.577,

verzoekster

vertegenwoordigd door mr. Sophie VAN BESIEN () mr. Rein WESSELING () en mr. Olivier Stevens, () advocaten, kantoorhoudende te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25,

Tegen:

De **Belgische Mededingingsautoriteit** ("BMA"), autonome dienst met rechtspersoonlijkheid gevestigd te 1210 Brussel, Vooruitgangstraat 50 (ondernemingsnummer 0535.765.741), ter zitting aanwezig mevrouw Steffie De Cock, Adjunct van de Directeur juridische zaken ,

geïntimeerde

vertegenwoordigd door haar raadslieden, mr. Filip Tuytschaever [REDACTED]
mr. Benjamin Magnus [REDACTED] advocaten, kantoor houdende te 1930
Zaventem, Minervastraat 5.

In aanwezigheid van:

1. De **NV Etablissements L. Lacroix Fils**, met maatschappelijke zetel te Sint-Bavostraat 66, 2610 Antwerpen, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0404.266.702,

vertegenwoordigd door mr. Annick Vroninks, advocaat met kantoor te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 489,

2. De vennootschap naar Nederlands recht de **BV JT International Company Netherlands**, met maatschappelijke zetel te 1181 RM Amstelveen, Nederland, Bella Donna 4 en een vestigingseenheid te 1853 Grimbergen, Boechoutlaan 55 ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0452.578.838, vertegenwoordigd door de heer Panagiotis Dimitrios Exintaris en de heer Andrew Whittingham, in hun hoedanigheid als bestuurders,

vertegenwoordigd door mr. Winfred Knibbeler, mr. Thomas Janssens, mr. Nino De Lathauwer en mr. Marie de Crane d'Heysselaer, advocaten te 1050 Brussel, Bastion Tower (Bastiontoren), Marsveldplein 5 (24ste verdieping).

3. De **BV Philip Morris Benelux**, met maatschappelijke zetel te Borsbeeksebrug 24, 2600 Berchem, België, en ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0403.196.039,

vertegenwoordigd door mr. Robbert Snelders en mr. Romi Lepetska, advocaten met kantoor te Wetstraat 57, 1040 Brussel [REDACTED] en mr. Stefaan Raes, advocaat met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3 [REDACTED]

4. **VLAAMSE FEDERATIE VAN PERSVERKOPERS VZW**, ON 0408.317.144, met zetel te 2100 DEURNE (ANTWERPEN), Ruggeveldlaan 524,

vertegenwoordigd door mr. NOWAK Janek, advocaat te 1040 ETTERBEEK, Ijzerlaan 19

5. **MINISTER BEVOEGD VOOR ECONOMIE**, met zetel te 1000 BRUSSEL, Hertogstraat 59-61, die niet verschijnt noch iemand in zijn naam

6. **ELEMANS Roos**, wonende te Beethovenplein 10, 1007 WM Amsterdam NEDERLAND, Die niet verschijnt.

Verzoeksters worden hierna bij naam genoemd of gezamenlijk “de fabrikanten”

De procedurestukken:

Gelet op de beslissing van het Mededingingscollege van de BMA, BMA-2022-IO-13 van 13 april 2022 in toepassing van artikel IV.52, §1, 2° van het Wetboek van economisch recht ingevoegd door de wet van 2 mei 2019 in de Zaak MEDE-I/O-17/0020, tabak (hierna de “**Bestreden Beslissing**”);

Gelet op het verzoekschrift hoger beroep van ITB ingeschreven in de zaak met rolnummer 2022/AR/640;

Gelet op het verzoekschrift hoger beroep van PMB ingeschreven in de zaak met rolnummer 2022/AR/662;

Gelet op het verzoekschrift hoger beroep van BAT ingeschreven in de zaak met rolnummer 2022/AR/659;

Gelet op het verzoekschrift hoger beroep van BAT ingeschreven in de zaak met rolnummer 2022/AR/745;

Gelet op het verzoekschrift hoger beroep van JTI ingeschreven in de zaak met rolnummer 2022/AR/652;

Gelet op de processen-verbaal van de inleidingszitting van 1 juni 2022 in de zaken 2022/AR/640, 2022/AR/652, 2022/AR/659 en 2022/AR/662;

Gelet op het proces-verbaal van de inleidingzitting van 15 juni 2022 in de zaak 2022/AR/745;
Gelet op de syntheseconclusie van ITB van 29 september 2022 (hierna “**syntheseconclusie ITB**”);
Gelet op de syntheseconclusie van PMB van 29 september 2022 (hierna “**syntheseconclusie PMB**”);
Gelet op de syntheseconclusie van BAT van 29 september 2022 (hierna “**syntheseconclusie BAT**”);
Gelet op de syntheseconclusie van JTI van 29 september 2022 (hierna “**syntheseconclusie JTI**”);

Gehoord de advocaten van partijen ter openbare terechtzittingen van 23 en 30 november 2022 en gelet op de stukken die zij neerlegden waarna de zaak in beraad werd genomen voor uitspraak (uitgesteld) op 22 februari 2023.

I. Feiten en procedurele voorgaanden

1.

Partijen

De verzoekende partijen zijn de vier tabaksfabrikanten die het voorwerp uitmaken van de Bestreden Beslissing van 13 april 2022.

Établissements L. Lacroix Fils NV (ITB) is een volledig (100%) indirecte dochteronderneming van Imperial Brands PLC. ITB omvat enerzijds een divisie in Mechelen die instaat voor de verkoop van tabaksproducten, Imperial Tobacco Belgium, en anderzijds een divisie in Wilrijk die verantwoordelijk is voor de productie van sigarettenpapier. Het portfolio van Imperial Brands omvat onder meer het sigarettenmerk Gauloises en het vloeipapiermerk Rizla.

Philip Morris Benelux BVBA (PMB) is een volledig (100%) indirecte dochteronderneming van Philip Morris International Inc. Het portfolio van Philip Morris omvat onder meer sigarettenmerken zoals Marlboro, L&M en Chesterfield.

British American Tobacco Belgium NV (BAT) is een volledig (100%) indirecte dochteronderneming van British American Tobacco PLC. BAT verkoopt producten die worden gerookt: sigaretten, RYO¹-tabak,

¹ Roll your own (RYO).

MYO²-tabak, sigaren en filterhulzen. Het portfolio van British American Tobacco omvat onder meer sigarettenmerken zoals Lucky Strike, Pall Mall en Boule d’Or.

JT International Company Netherlands BV (JTI) is een volledig (100%) indirecte dochteronderneming van Japan Tobacco Inc. JTI verkoopt tabaksproducten en rookaccessoires in België, waaronder sigaretten, rooktabak, sigaren en cigarillo’s. Het portfolio van Japan Tobacco omvat onder meer sigarettenmerken zoals Camel, Winston en Mevius.

2.

Beschrijving van de vermeende inbreuken

De Bestreden Beslissing van 13 april 2022 heeft betrekking op een vermeende uitwisseling van strategische informatie (prijzlijsten) tussen de tabaksfabrikanten, via hun gemeenschappelijke groothandelaren, in de periode 2011-2015.

De Nederlandse *Autoriteit Consument & Markt* (ACM) heeft op 27 mei 2020 beslist dezelfde vier tabaksfabrikanten een boete op te leggen van 82 miljoen EUR voor gelijkaardige feiten. De 4 fabrikanten hebben bezwaar ingesteld tegen het sanctiebesluit. De ACM verklaarde het bezwaar ongegrond en vervolgens hebben de fabrikanten beroep aangetekend bij de Rechtbank Rotterdam. Deze zaak is daar nog steeds hangend.

3.

Relevante markt en marktaandelen

De relevante markt, zoals weerhouden in de Bestreden Beslissing, is de nationale markt voor sigaretten.³

De tabaksfabrikanten hadden gedurende de inbreukperiode een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 90% op de Belgische markt voor sigaretten. De inschatting van hun individuele marktaandelen is

² Make your own (MYO)

³ Beslissing, p. 166, nr. 46, verwijzend naar nr. 81-82 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur (hierna het “**Voorstel van beslissing**” of het “**VVB**”).

als volgt: PMB: 35-45%; BAT: 25-35%; ITB: 10-20%; en JTI: 5-10%.⁴

4.

Beschrijving van de markt voor sigaretten

De volgende kenmerken van de Belgische markt voor sigaretten zijn belangrijk voor een goed begrip van dit geschil.

5.

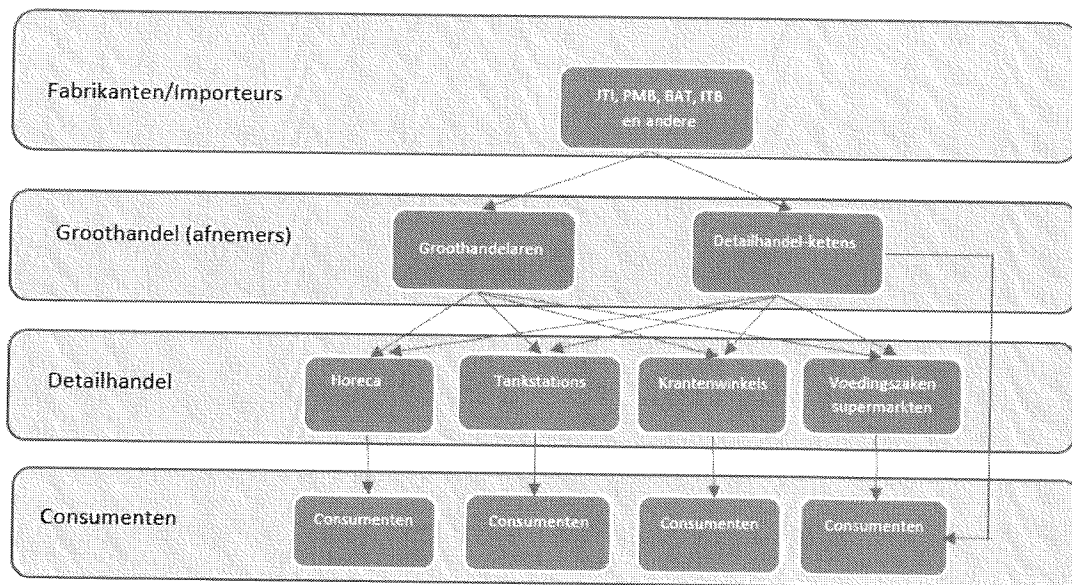
Tabaksfabrikanten verkopen voornamelijk aan groothandelaren

Tabaksfabrikanten verkopen hun tabaksproducten (met name sigaretten) voornamelijk aan groothandelaren en in enkele gevallen aan de detailhandel. In geval van rechtstreekse verkoop aan de detailhandel gaat het om de verkoop aan grote detailhandel-ketens zoals Colruyt. De groothandelaren en grote detailhandel-ketens verkopen/distribueren de producten verder aan individuele detailhandelaren, die de producten vervolgens verkopen aan de eindconsument.

Volgend schema bevat een overzicht van de verkoopkanalen:⁵

⁴ Beslissing, p. 174, nr. 76, verwijzend naar VVB, nr. 36-37. Dat betekent dat PMB en BAT samen een marktaandeel hebben van ongeveer 60-80% en PMB, JTI en ITB van 50-75%.

⁵ Beslissing, p. 8.



6.

Accijnzen hebben een belangrijke invloed op de prijszetting van sigaretten

De prijszetting voor sigaretten in België wordt in belangrijke mate bepaald door de BTW (21%) en meer nog door de accijnzen die de overheid heft op tabaksproducten.

De accijnzen worden voldaan door middel van accijnszegels of banderollen, ook wel fiscale kentekens genoemd. Op deze fiscale kentekens, die worden aangebracht op (de verpakking van) het tabaksproduct, worden de consumentenverkoopprijs en de hoeveelheid sigaretten gedrukt.

De fabrikanten kunnen deze fiscale kentekens bestellen bij de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen. De enige informatie die de tabaksfabrikanten moeten verstrekken bij de bestelling is de kleinhandelsprijs en de hoeveelheid sigaretten per pak. De kleinhandelsprijs wordt, zoals hierna nader wordt uiteengezet, volledig vrij bepaald door de tabaksfabrikanten. Het merk en de geschatte datum van inverbruikstelling moeten niet worden meegedeeld.

Verder is hierbij geen tijdslimiet voorzien: de tabaksfabrikanten dienen enkel de fiscale kentekens 10 dagen vóór levering te bestellen. De fabrikanten kunnen de fiscale kentekens bestellen in functie van hun behoeften en rekening houdende met hun geplande productieactiviteiten en inverbruikstellingen.

Volgens de BMA was de aanpassing van de prijslijsten nog mogelijk op het ogenblik dat de fabrikant de prijsinformatie (prijslijsten) meedeelde aan de groothandelaren en deze laatsten deze informatie doorstuurden aan de concurrerende fabrikanten.⁶

Op het moment van de inverbruikstelling, dit is het moment waarop de tabaksproducten in de handel worden gebracht, moet de fabrikant hiervan aangifte doen en moeten de BTW en accijnzen onmiddellijk worden betaald. De betaling gebeurt dus *na* de bestelling of levering van de fiscale kentekens maar *voor* de verkoop aan de consument.

De overheid kan de accijnstarieven op elk ogenblik aanpassen. Aanpassingen worden gewoonlijk doorgevoerd met 1 januari als ingangsdatum, maar aanpassingen zijn ook tijdens het jaar mogelijk.

Wanneer de accijnstarieven worden aangepast, beschikken de fabrikanten en afnemers (groothandelaren) over een overgangperiode van twee maanden voor de verkoop van de resterende voorraad producten aan het voormalige accijnstarief. Daarna moet worden overgeschakeld op producten waarop de nieuwe accijnstarieven van toepassing zijn.

Dit is één van de zogenaamde “anti-forestalling maatregelen”, om te voorkomen dat tabaksproducten die onder de oude (vaak “goedkopere”) fiscaliteit vallen, nog lange tijd op de markt circuleren.

7.

De tabaksfabrikanten bepalen de consumentenverkoopprijs

De prijsvorming van tabaksproducten verloopt anders dan bij andere producten. Immers zijn tabaksfabrikanten wettelijk verplicht om de consumentenverkoopprijs voor hun producten vast te stellen.⁷ Het betreft een vorm van wettelijke verticale prijsbinding.

De tabaksfabrikanten bepalen elk vrij de consumentenverkoopprijs voor hun sigaretten, die zij via de fiscale kentekens aanduiden op de verpakking. De detailhandelaars (verkooppunten) kunnen niet afwijken van de door iedere fabrikant vastgestelde consumentenverkoopprijs: zij moeten die prijs hanteren bij de verkoop aan de consument.

⁶ Niet-vertrouwelijk antwoord op VOI van de FOD Financiën (Administratie douane en accijnzen), 26 augustus 2020 (zie ook o.a. voetnoot 54 van de Beslissing (deel VVB)). Dit antwoord maakte deel uit van het proceduredossier.

⁷ Wet van 3 april 1997 betreffende het fiscaal stelsel van gefabriceerde tabak, artikel 9, §1 en Ministerieel besluit van 1 augustus 1994 betreffende het fiscale stelsel van gefabriceerde tabak, artikel 26.

De consumentenverkoop prijs omvat enerzijds de BTW en accijnzen, die het grootste deel van de prijs uitmaken, en anderzijds de netto ex-fabrieksprijs (*ex-factory*-prijs). De netto ex-fabrieksprijs wordt door sommige marktdeelnemers ook het *net available*-gedeelte genoemd.

De consumentenverkoop prijs is de basis voor de factuurprijs. Dit is de prijs die de groothandelaar betaalt aan de fabrikant. Eenvoudig gesteld is de factuurprijs gelijk aan de consumentenverkoop prijs min de marge van de groothandelaar.

De marge van de groothandelaar is een vast percentage van de netto ex-fabrieksprijs, zoals die wordt overeengekomen na onderhandelingen tussen de fabrikant en groothandelaar. Daarbij kan de groothandelaar soms aanspraak maken op bepaalde kortingen (volumekortingen, kortingen in geval van contante betaling, ...), afhankelijk van de geldende contractuele bepalingen.

Aangezien de marge voor de groothandelaar een percentage is van de netto ex-fabrieksprijs (die wordt berekend op basis van de consumentenverkoop prijs min BTW en accijnzen), hebben de groothandelaren volgens de BMA belang bij een *zo hoog mogelijke* consumentenverkoop prijs.

Groothandelaren verkopen aan detailhandelaren aan de groothandelsprijs. Dit is de consumentenverkoop prijs min de marge van de detailhandelaar. Deze marge wordt onderhandeld tussen de groothandelaar en de detailhandelaar. De fabrikant komt hierin niet tussen.

Detailhandelaren verkopen vervolgens aan consumenten tegen de consumentenverkoop prijs vastgesteld door de fabrikant, zoals weergegeven op het aangebrachte fiscale kenteken.

8.

Er is een *lead time* tussen de prijsbeslissing van een tabaksfabrikant en de uiteindelijke implementatie van die prijsbeslissing in de winkel

Na de vaststelling van de consumentenverkoop prijs door de fabrikant in zijn intern beslissingsproces (de prijsbeslissing) verloopt nog enige tijd vooraleer de nieuwe prijs in voege treedt en zichtbaar is in de winkelrekken.

Deze *lead time* is het gevolg van onder meer wetgevende en logistieke vereisten. Zo moet de fabrikant nieuwe fiscale kentekens bestellen en/of aanbrengen wanneer hij de consumentenverkoop prijs aanpast. Daarnaast hebben de groothandelaren, en op hun beurt de detailhandelaren, tijd nodig om

de aangekondigde prijsaanpassingen in hun logistieke systemen te implementeren. Tot slot wordt vaak eerst nog de resterende stock (de producten met de “oude” prijs) verkocht, vooraleer wordt gestart met de verkoop van de producten met de nieuwe prijs.

Gelet op deze *lead time* communiceren de tabaksfabrikanten de nieuwe prijzen aan de groothandelaren al geruime tijd vóór de daadwerkelijke inwerkingtreding ervan.

9.

Procedure voor de BMA

Op 8 mei 2017 werd door de auditeur-generaal van de BMA een ambtshalve onderzoek geopend met betrekking tot de prijzenpolitiek van de tabaksfabrikanten en van de groothandelaren Tabagro en Timani.

Van 29 mei 2017 tot en met 6 juni 2017 werden huiszoeken uitgevoerd bij de tabaksfabrikanten en de groothandelaren Tabagro en Timani, waarbij kopieën van papieren en digitale documenten werden meegenomen. In de loop van het onderzoek werden verzoeken om inlichtingen gestuurd naar de tabaksfabrikanten en werden mondelinge verklaringen afgenomen bij medewerkers van Tabagro en Timani.

Op 26 april 2021 heeft de auditeur een Mededeling van Grieven gestuurd aan de betrokken ondernemingen. De betrokken ondernemingen hebben hun antwoorden hierop overgemaakt op 2 augustus 2021. Op 1 oktober 2021 heeft de auditeur het Voorstel van beslissing neergelegd bij de voorzitter van de BMA. De betrokken ondernemingen hebben hun opmerkingen daarop overgemaakt op 6 december 2021.

De hoorzitting vond plaats op 18 februari 2022.

Op 13 april 2022 heeft het College de Beslissing aangenomen, na zijn ontwerpbeslissing te hebben overgemaakt voor raadpleging aan de Europese Commissie.

II. De Bestreden Beslissing

10.

Het dispositief van de Beslissing leest als volgt:

Beslist het Mededingingscollege

- 1. Dat de debatten bij toepassing van artikel IV.50, §3 WER gesloten zijn.*
 - 2. Dat de Établissements L. Lacroix Fils NV en JT International Company Netherlands BV een inbreuk hebben begaan op de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU door gedurende de periode van 24 januari 2011 tot en met 31 januari 2015 deel te nemen aan één enkele voortdurende inbreuk die het gehele Belgische grondgebied bestrijkt, bestaande uit de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen in een onderling afgestemde feitelijke gedraging met als doel het verminderen van de onzekerheid omtrent elkaars marktgedrag. Philip Morris Benelux BVBA beging dezelfde inbreuk van 24 januari 2011 tot 25 februari 2014.*
 - 3. Dat British American Tobacco Belgium NV en Philip Morris Benelux BVBA een inbreuk hebben begaan op de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU door gedurende de periode van 14 februari 2012 tot en met 31 januari 2015 inzake British American Tobacco Belgium NV, en tot en met 25 februari 2014 inzake Philip Morris Benelux BVBA, deel te nemen aan één enkele voortdurende inbreuk die het gehele Belgische grondgebied bestrijkt, bestaande uit de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen in een onderling afgestemde feitelijke gedraging met als doel het verminderen van de onzekerheid omtrent elkaars marktgedrag.*
 - 4. Dat de onder 2 en 3 in dit dispositief vermelde inbreuken één enkele en voortdurende inbreuk zijn in hoofde van Philip Morris Benelux BVBA.*
 - 5. Op grond van artikel IV.79, §1, lid 1 WER een boete van 5 715 253 EUR op te leggen aan British American Tobacco Belgium NV, met maatschappelijke zetel te Nieuwe Gentsesteenweg 21, 1702 Dilbeek, België en ondernemingsnummer 0402.018.577.*
 - 6. Op grond van artikel IV.79, §1, lid 1 WER een boete van 7 138 096 EUR op te leggen aan Établissements L. Lacroix Fils NV, met maatschappelijke zetel te Sint-Bavostraat 66, 2610 Antwerpen, België en ondernemingsnummer 0404.266.702.*
 - 7. Op grond van artikel IV.79, §1, lid 1 WER een boete van 7 264 828 EUR op te leggen aan JT International Company Netherlands BV, met maatschappelijke zetel te 1181 RM Amstelveen, Bella Donna 4, Nederland en een vestigingseenheid te Boechoutlaan 55, 1853 Grimbergen, België.*
 - 8. Op grond van artikel IV.79, §1, lid 1 WER een boete van 16 069 989 EUR op te leggen aan Philip Morris Benelux BVBA, met maatschappelijke zetel te 178 Borsbeeksebrug 24, 2600 Berchem, België en ondernemingsnummer 0403.196.039.*
- Aldus beslist op 13 april 2022 door het Mededingingscollege samengesteld uit Jacques Steenbergen, voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit en van het Mededingingscollege, Freddy Van de Spiegel en Chris Verleye, assessoren van de Belgische Mededingingsautoriteit.*

Voor het Mededingingscollege, J. Steenbergen

III. Voorwerp van de vorderingen.

ITB verzoekt het Marktenhof:

- *In hoofddorde, haar beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en de Beslissing in haar geheel, minstens ten aanzien van ITB, te vernietigen;*
- *Subsidiair, voor zover nodig, zijn eigen beslissing in de plaats te stellen van de Beslissing van het College en te besluiten dat ITB niet betrokken was bij een inbreuk op artikel IV.1 WER en artikel 101 VWEU;*
- *In ondergeschikte orde, de boete opgelegd aan ITB te vernietigen, minstens te verminderen;*
- *In ieder geval, de BMA te veroordelen tot de betaling van de gerechtskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.680 EUR.*

PMB verzoekt het Marktenhof:

- *In hoofddorde, het beroep van PMB ontvankelijk en gegrond te verklaren en de Beslissing te vernietigen voor zover zij een inbreuk op de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU door PMB vaststelt;*
- *Te zeggen dat PMB geen inbreuk op de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU heeft begaan;*
- *In ondergeschikte orde, het beroep van PMB alleszins ontvankelijk en gegrond te verklaren en de Beslissing te vernietigen voor zover zij een geldboete oplegt, minstens deze geldboete te verlagen, ten minste tot een symbolisch bedrag;*
- *De Belgische Staat te veroordelen tot terugbetaling aan PMB van de geldboete van 16.069.989 EUR, betaald op 19 mei 2022 door overschrijving op rekeningnummer BE42 6792 0040 7454 van de Deposito- en Consignatiekas, te vermeerderen met de moratoire interesten aan de wettelijke rentevoet vanaf de dag van de onterechte betaling en op de onterecht betaalde som, tot de dag van de volledige terugbetaling,*
- *In alle gevallen: de BMA te veroordelen tot de gerechtskosten, begroot op 1.680,00 EUR als rechtsplegingsvergoeding voor PMB.*

BAT verzoekt het Marktenhof (in haar beide verzoekschriften van 19 mei 2022) na de zaken met A.R. 2022/AR/659 en 2022/AR/745 te hebben samengevoegd:

- *In hoofddorde, de hogere beroepen ingesteld door BAT ontvankelijk en gegrond te verklaren en de Beslissing van de BMA van 13 april 2022 in de Zaak MEDE-1/O-17/0020 in haar geheel, minstens ten aanzien van BAT voor zover de Beslissing een inbreuk op artikel IV.1 WER en*

artikel 101 VWEU door BAT vaststelt, te vernietigen;

- *In ondergeschikte orde, als uw Hof zou oordelen dat een grond bestaat voor het vaststellen van een inbreuk, de hogere beroepen ingesteld door BAT ontvankelijk en gegrond te verklaren en de geldboete opgelegd aan BAT te vernietigen, minstens te verlagen;*
- *In elk geval, concludante te horen veroordelen tot de betaling van de gerechtskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.680 EUR.*

JTI verzoekt het Marktenhof:

- *Het ingesteld hoger beroep en de daarin vervatte vorderingen ontvankelijk en gegrond te verklaren; en dienvolgens,*
- *In hoofdorde, de Beslissing overeenkomstig artikel IV.90, §2 in zijn geheel te vernietigen en te zeggen voor recht dat JTI geen inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan;*
- *In ondergeschikte orde, voor zover uw Hof de inbreuk wel bewezen acht en een sanctie rechtmatig acht, minstens de boete te verlagen, ten minste tot een symbolisch bedrag;*
- *In elk geval, de Belgische Staat te veroordelen tot terugbetaling aan JTI van de geldboete van 7.264.828,00 EUR betaald door overschrijving op rekeningnummer van de Deposito- en Consignatiekas, te vermeerderen met de moratoire interesten aan de wettelijke rentevoet vanaf de dag van de onterechte betaling en op de onterecht betaalde som, tot de dag van de volledige terugbetaling,*
- *In elk geval, de BMA te veroordelen tot de kosten van dit geding, met inbegrip van de rolrechten en de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.680,00 EUR.*

De BMA verzoekt het Marktenhof:

- *In hoofdorde:*
 - *de hogere beroepen ingesteld door JTI en door BAT middels haar eerste verzoekschrift onontvankelijk, minstens ongegrond, te verklaren;*
 - *de hogere beroepen ingesteld door ITB, door PMB en door BAT middels haar tweede verzoekschrift ongegrond te verklaren; en*
 - *de materiële vergissing in de Beslissing recht te zetten en de boete voor BAT aan te passen naar een boete van 7.984.948 EUR, rekening houdende met de correcte vermenigvuldigingsfactor 2,92 in plaats van de bij materiële vergissing toegepaste factor 2,09.*
- *In ondergeschikte orde, op grond van artikel IV.90 §2, tweede lid WER, de Beslissing op de*

volgende punten aan te passen:

- *aanpassing van de boete voor PMB naar 15.234.687 EUR, rekening houdende met de omzetcijfers van PMB tijdens het referentiejaar 2013;*
 - *aanpassing van de boete voor BAT naar 5.469.142 EUR, rekening houdende met een weerhouden inbreuk in hoofde van BAT van 14 februari 2012 tot en met 25 februari 2014.*
- *In elk geval, de appellanten te veroordelen tot alle kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op het basisbedrag voor niet in geld waardeerbare vorderingen, zijnde 1.680 EUR per appellante (het basisbedrag op datum van huidige conclusie) dan wel het geldende bedrag (zoals thans geïndexeerd) op het moment van de uitspraak van uw Hof.*

IV. Middelen van de BMA (partij in alle beroepen)

Eerste middel, in hoofdde: de vordering van JTI en de vordering ingesteld door BAT op grond van zijn eerste verzoekschrift zijn onontvankelijk wegens gebrek aan hoedanigheid van de verwerende partij

Tweede middel, in hoofdde: het College heeft de aard van de uitgewisselde informatie correct en duidelijk gekwalificeerd

Derde middel, in hoofdde: het College heeft terecht beslist dat er sprake was van een OAFG tussen PMB, ITB en JTI, en een OAFG tussen PMB en BAT

Vierde middel, in hoofdde: het College heeft terecht beslist dat de onderzochte gedragingen een strekkingsbeperking vormen

Vijfde middel, in hoofdde: het College heeft terecht beslist dat er sprake is van een enkele voortdurende inbreuk in hoofde van elk van de tabaksfabrikanten

Zesde middel, in hoofdde: het College heeft de duur van de respectievelijke inbreuken correct vastgesteld

Zevende middel, in hoofdde: het College heeft de boetes voor PMB, BAT, ITB en JTI correct berekend overeenkomstig de toepasselijke richtsnoeren en heeft de opgelegde boetes voldoende gemotiveerd

Achtste middel, in hoofdde: het College heeft de toepasselijke bewijsstandaard nageleefd

Negende middel, in hoofdde: het College heeft de beslissing voldoende gemotiveerd

Tiende middel, in hoofdde: het College heeft zijn beslissing gebaseerd op de correcte wettelijke grondslag

V. Middelen van de fabrikanten

De middelen van de fabrikanten zijn gelijkaardig maar niet allen dezelfde. Zij hebben grof samengevat betrekking op de duiding van de marktomstandigheden en de feiten, de juridische kwalificatie van het gedrag door de BMA als “onderling afgestemde feitelijke gedraging” (hierna OAFG), de wijze waarop de BMA tot haar besluit omtrent een inbreuk is gekomen en het vermeend voortduren ervan, de stelling dat hun gedrag een mededingingsbeperkende strekking zou hebben en de hoogte van de boetes.

VI. Bespreking.

11.

Vooraf

1. Het past om de twee zaken die BAT op grond van haar twee verzoekschriften heeft aanhangig gemaakt (rolnummers 2022/AR/659 en 2022/AR/745), samen te voegen en samen te behandelen. De inhoud van deze verzoekschriften is immers op twee preciseringen aangaande de identificatie van de BMA na, identiek, zodat het (minstens) gaat om samenhangende zaken in de zin van art. 30 Ger.W.⁸

⁸ “Rechtsvorderingen kunnen als samenhangende zaken worden behandeld, wanneer zij onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, ten einde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht”.

2. Algemene voeging: ter zitting hebben alle partijen zich akkoord verklaard om alle voorliggende zaken (dus met rolnummers 2022/AR/640 & 2022/AR/652 & 2022/AR/659 & 2022/AR/662 & 2022/AR/745) samen te voegen, en om alle zaken als samenhangende zaken te behandelen, met toepassing van art. 30 Ger.W. Het Marktenhof gaat hierop in en voegt beide zaken in het belang van een goede rechtsbedeling.
3. Alle partijen hebben ter zitting gevraagd om de geïndexeerde basisrechtsplegingsvergoeding te ontvangen en deze vraag werd ook geakteerd.
4. Alle betrokkenen hebben ter zitting bevestigd dat het Marktenhof geen bijzondere regeling inzake vertrouwelijkheid moest treffen.
5. Het loutere feit dat de BMA met één conclusie heeft geantwoord op de conclusies neergelegd voor elk van de fabrikanten ‘verduistert’ niet op zich de kritiek van elk van de fabrikanten op de Bestreden Beslissing en houdt dus geen principiële schending van de rechten van verdediging in zoals enkele fabrikanten voorhouden. Deze beslissing van de BMA kadert in een zekere proceseconomie die het Marktenhof enkel kan onderschrijven. Indien er individuele schendingen van het recht van verdediging worden aangetoond dan zal het Marktenhof zich daarover buigen.

III.1 Ontvankelijkheid van de ingestelde beroepen / vorderingen

12.

Het beroep is regelmatig naar vorm en termijn ingesteld door de fabrikanten daarover is er geen betwisting.

De BMA heeft in haar eerste conclusie drie middelen aangevoerd waarin zij haar “bedenkingen” heeft geuit over de ontvankelijkheid van de vorderingen ingesteld door BAT, JTI en PMB. Op basis van het verweer van BAT, JTI en PMB in hun respectievelijke syntheseconclusies houdt de BMA niet langer haar eerdere tweede en derde middel dienaangaande aan.

13.

De BMA weerhoudt echter wel nog haar eerste middel, waarin zij de ontvankelijkheid betwist van de vordering van BAT op grond van haar eerste verzoekschrift en daarmee tevens van het verzoekschrift

van JTI, dat volgens de BMA eenzelfde ontvankelijkheidsgebrek vertoont.

De BMA stelt dat de vordering van JTI en BAT niet-ontvankelijk zou zijn, omdat het verzoekschrift niet het orgaan van de BMA dat bevoegd is om in rechte op te treden (namelijk de voorzitter), vermeldt. De BMA zou aldus niet beschikken over de nodige hoedanigheid om de vordering van JTI en BAT te beantwoorden (art. 17 Ger.W.).

In haar argumentatie haalt de BMA echter zoals JTI en BAT terecht aanvoeren de vraag naar de ontvankelijkheid van het beroep, de vertegenwoordiging en de in het verzoekschrift tot beroep te vermelden formaliteiten door elkaar.

Artikel IV.90 par 5 WER stelt:

*“§ 5. Het beroep wordt, op straffe van niet ontvankelijkheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld **tegen de Belgische Mededingingsautoriteit** door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep te Brussel binnen een termijn van dertig dagen na: 1° de kennisgeving van de aangevochten gemotiveerde beslissing; 2° de kennisgeving bij aangetekende zending met ontvangstbewijs als bedoeld in artikel IV.78/2, § 4; 3° de kennisgeving van het uniform instrument bedoeld in artikel IV.78/3, § 2; 4° de tenuitvoerleggingsmaatregelen genomen met toepassing van artikel IV.78/4; 5° de kennisgeving van het uniform instrument bedoeld in artikel IV.78/5, § 2. Het verzoekschrift bevat op straffe van nietigheid:*

1° de aanduiding van dag, maand en jaar;

2° ingeval de verzoeker een natuurlijke persoon is, zijn naam, voornaam, beroep en woonplaats, alsook, in voorkomend geval, zijn ondernemingsnummer; ingeval de verzoeker een rechtspersoon is, de benaming, de rechtsvorm, de maatschappelijke zetel en de hoedanigheid van de persoon die of het orgaan dat hem vertegenwoordigt, alsook, in voorkomend geval, zijn ondernemingsnummer; ingeval het beroep uitgaat van de minister, de benaming en het adres van de dienst die hem vertegenwoordigt;

3° de vermelding van de beslissing of de handeling waartegen beroep wordt ingesteld;

4° een lijst van de namen en adressen van de partijen aan wie de beslissing of de handeling ter kennis was gebracht;

5° de uiteenzetting van de middelen;

6° de plaats, de dag en het uur van de verschijning vastgesteld door de griffie van het hof van beroep te Brussel;

7° de handtekening van de verzoeker of van zijn advocaat. Binnen vijf dagen na het indienen van het verzoekschrift moet de verzoeker, op straffe van nietigheid van het verzoek, een afschrift van het verzoekschrift bij een aangetekende zending met ontvangstbewijs toesturen aan het secretariaat van de Belgische Mededingingsautoriteit dat de voorzitter en de auditeurgeneraal inlicht, alsmede aan de partijen aan wie kennis werd gegeven van de aangevochten beslissing of handeling zoals blijkt uit de kennisgevingsbrief, en aan de minister ingeval hij de verzoeker niet is.”

14.

De BMA is een publiekrechtelijke rechtspersoon en het WER bepaalt uitdrukkelijk dat zij de bevoegde instantie is om te antwoorden op een beroep tegen een beslissing van het mededingingscollege (art. IV.90, §5 WER), m.a.w. de verweerder die bevoegd is om te antwoorden. Het beroep is bijgevolg ontvankelijk in de zin van art. 17 Ger.W. De BMA erkent dit ook zelf in haar conclusie, aangezien zij als procespartij aangeeft: *“Belgische Mededingingsautoriteit, rechtspersoon van publiek recht, met maatschappelijke zetel te Vooruitgangsstraat 50, 1210 Brussel en met ondernemingsnummer 0535.765.741, zoals vertegenwoordigd door haar Voorzitter J. Steenbergen”* (eigen nadruk).

Het WER voorziet niet in enige formaliteit (laat staan enige sanctie) voor de aanwijzing van de BMA in het beroepsverzoekschrift. De Voorzitter zal de BMA vertegenwoordigen tijdens de beroepsprocedure voor het Marktenhof, maar er is nergens voorzien dat deze vertegenwoordiging in het beroepschrift moet worden vermeld. JTI en BAT hebben de enige formaliteit van art. IV.90, 5, tweede lid WER ter zake (toezending van een afschrift aan het secretariaat) vervuld daarover is er geen betwisting.

15.

Overeenkomstig het door de BMA aangehaalde art. 17, § 1 Ger.W. is een vordering niet-ontvankelijk indien de eiser niet over hoedanigheid beschikt. Deze bepaling impliceert ook dat een vordering gericht moet zijn tegen een verweerder die de hoedanigheid heeft om te antwoorden.⁹

De hoedanigheid van een rechtspersoon wordt echter steeds in hoofde van de rechtspersoon zelf beoordeeld en niet in hoofde van zijn orgaan. Met andere woorden, het is van belang voor de ontvankelijkheid van de vordering dat deze gericht is tegen de rechtspersoon die in staat is te antwoorden, en niet tegen zijn orgaan.

De BMA argumenteert dan ook ten onrechte het tegendeel in haar conclusie, maar de rechtspraak

⁹ Cass. 24 april 2003, *Pas.*, 854; Cass. 29 juni 2006, *Pas.*, 1544.

waar zij naar verwijst ziet echter op andere situaties dan de onderhavige:

1. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 11 juni 1998¹⁰, was namens een vennootschap in vereffening een voorziening in cassatie ingesteld door vereffenaars die op het ogenblik van het instellen ervan, niet langer in functie waren. Deze zaak handelt dus duidelijk over het gebrek aan hoedanigheid in hoofde van de eiser (zie hoger onder randnr.57), dat in de voorziening zelf tot uiting kwam vermits daarin de oude vereffenaars nog als vertegenwoordigers van de vennootschap werden vermeld. Deze zaak onderscheidt zich dus van onderhavige zaak waarin de BMA betoogt dat een gebrek bestaat aan hoedanigheid in haar hoofde (d.w.z. in hoofde van de verweerder) en waarin de betrokken procesakte geen opgave doet van enige vertegenwoordiging in hoofde van die verweerder.
2. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 5 mei 1997¹¹ had de eiser in cassatie een cassatievoorziening ingesteld tegen een arrest van het arbeidshof van Luik. Het Hof van Cassatie verklaarde de voorziening onontvankelijk in de mate dat de eiser deze ook had gericht tegen de *“auditeur-generaal bij het Arbeidshof”*, vermits die functie bij dat hof niet bestaat (en er dus geen persoon bestaat die dergelijke functie uitoefent). Het arrest maakt geen enkele melding van een gebrek aan hoedanigheid in de zin van art. 17 Ger.W. Hoe dan ook onderscheidt ook deze zaak zich manifest van onderhavige zaak: in de zaak voor het Hof van Cassatie werd een voorziening ingesteld tegen een partij die gewoonweg niet bestaat (hetgeen iets anders is dan een partij die bestaat maar beweerdelijk geen hoedanigheid heeft). In die zaak was evenmin aan de orde de vraag naar de vertegenwoordiging van de verweerder-rechtspersoon (laat staan de vraag of de eiser in de procesakte op die kwestie dient in te gaan).

Het middel van de BMA is ongegrond. De vorderingen van JTI en BAT zijn op ontvankelijke wijze ingesteld

III.2 Wettelijke grondslag

16.

BAT stelt bij monde van haar vijfde middel dat de Bestreden Beslissing moet worden vernietigd omdat

¹⁰ Cass. 11 juni 1998, AR C.94.0415.N, Arr.Cass. 1999, 59.

¹¹ Cass. 5 mei 1997, S.96.0086.F, Arr.Cass 1997, afl. 4, 518.

zij zou zijn gebaseerd op de verkeerde wettelijke grondslag, nu het voorblad van de Beslissing verwijst naar de toepassing van artikel IV.52, §1, 2° WER. Volgens BAT moest het College zijn beslissing gebaseerd hebben op het nieuwe artikel IV.52, §1, 2°/1 WER, ingevoerd bij de wet van 28 februari 2022 tot omzetting van de ECN+ Richtlijn, zoals gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 7 maart 2022, dat als volgt leest:¹²

*§1 Het Mededingingscollege kan bij een gemotiveerde beslissing: ...
2°/1 vaststellen dat een inbreuk op het mededingingsrecht in het verleden is begaan en in voorkomend geval een geldboete opleggen;*

In elk geval, staat volgens BAT deze wettelijke grondslag niet toe om twee aparte inbreuken vast te stellen in één beslissing en zou er sprake zijn van een motiveringsgebrek.

De BMA beschikt echter op grond van de bepalingen van Boek IV van het WER, met name artikel IV.52, § 1, eerste lid, 2° en 2°/1, en artikel IV.79, § 1, lid 1, over de bevoegdheid om inbreuken op het mededingingsrecht vast te stellen en geldboeten op te leggen. De BMA had deze bevoegdheid, met inbegrip van het vaststellen van inbreuken begaan in het verleden, al op basis van artikel IV.79, § 1, lid 1 en artikel IV.52, § 1, eerste lid, 2° en dus voor de wet van 28 februari 2022 tot omzetting van de ECN+ Richtlijn in werking trad en deze artikelen aanvulde. Het College heeft *in casu* niets anders gedaan dan gebruikgemaakt van zijn bevoegdheid op grond van deze bepalingen om een inbreuk door de tabaksfabrikanten vast te stellen voor de periode 2011-2015 en aan hen een geldboete op te leggen. De Bestreden Beslissing vindt zijn wettelijke grondslag rechtstreeks in deze artikelen van het WER. De bewering van BAT dat de BMA voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet van 28 februari 2022 tot omzetting van de ECN+ Richtlijn, geen bevoegdheid had om inbreuken uit het verleden te onderzoeken,¹³ is gebaseerd op een formalistische en foutieve interpretatie van artikel IV.54, §1, 2° WER die *a contrario* en *ex post* wordt gemaakt op basis van het nieuw ingevoerde artikel IV.54, §1, 2°/1 WER. Het onzeggen op algemene wijze aan een mededingingsautoriteit om inbreuken in het verleden vast te stellen en geldboeten op te leggen, is niet verzoenbaar met de doeltreffende toepassing van de mededingingsregels.

17.

BAT beweert ook onterecht dat het College op grond van artikel IV.52, §1, 2° WER hoogstens één

¹² Syntheseconclusie BAT, nr. 349 e.v.

¹³ Syntheseconclusie BAT, nr. 352.

inbreuk kan vaststellen aangezien het artikel bepaalt dat het College “een inbreuk op het mededingingsrecht” kan vaststellen.¹⁴ Dit gaat in tegen de *ratio legis* van de wet en tegen vaststaande beslissingspraktijk van de BMA. Daarenboven zou de toekenning van dit verweer afbreuk doen aan de waarborging van de doeltreffende toepassing door de BMA van de mededingingsregels (in het bijzonder artikel 101 VWEU) in het algemeen belang.

BAT probeert alsnog te argumenteren dat de verwijzing naar artikel IV.52, §1, 2° WER een inbreuk zou vormen op dwingende wetgeving, meer bepaald op artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandeling. Overeenkomstig artikel 3 van die wet moet de motivering de “*juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen*”. BAT beweert dat de verwijzing naar artikel IV.52, §1, 2° WER hierop een inbreuk vormt en dat de Bestreden Beslissing bijgevolg moet worden vernietigd.¹⁵ Het argument van BAT moet worden verworpen. Het betreft hoogstens een materiële vergissing zonder impact op de Bestreden Beslissing die op dit punt wel degelijk afdoende is gemotiveerd.

Het vijfde middel van BAT is ongegrond.

III.3 Grieven van de fabrikanten inzake de vermeende onjuiste opvatting van de feiten en de marktcontext door de BMA

18.

Elk van de fabrikanten houdt vol in de relevante periode volledig eenzijdig gehandeld te hebben en geen OAFG met concurrenten te hebben aangegaan. Er is volgens hen geen sprake van een “uitwisselingssysteem” maar wel van een normale commerciële dialoog tussen individuele afnemers (groothandelaren) en individuele fabrikanten.

Alle fabrikanten bespreken in hun conclusies de marktcontext en de gebeurtenissen gedurende de relevante periode (die de BMA heeft vastgesteld van januari 2011 tot en met januari 2015). Volgens de fabrikanten concludeert de BMA op basis van het bewijsmateriaal ten onrechte dat sprake is van een systematische en algemeen geaccepteerde praktijk van informatieverbreiding via afnemers (groothandelaren) aan de fabrikanten. De fabrikanten voeren aan dat de BMA daarmee op oneigenlijke

¹⁴ Syntheseconclusie BAT, nr. 355.

¹⁵ Syntheseconclusie BAT, nr. 354.

wijze een interpretatie aan gedragingen van afnemers geeft, die prijslijsten enkel incidenteel doorstuurden. De BMA negeert volgens de fabrikanten legitieme verklaringen en verliest de kenmerken van de Belgische sigarettenmarkt uit het oog die van invloed zijn op de marktwerking en concurrentiedynamiek. De fabrikanten wijzen in dat kader op:

- De wettelijk voorgeschreven verticale prijsbinding waarbij de fabrikanten de consumentenprijzen van sigaretten vaststellen. Afnemers moeten om die reden tijdig worden geïnformeerd over toekomstige prijswijzigingen; en
- het wettelijke accijnsregime met steeds hogere accijnzen voor pakjes sigaretten. Met specifieke regelgeving werd gepoogd om het tabaksverbruik in België te ontmoedigen.

19.

De marktomstandigheden leiden volgens de fabrikanten tot een atypische commerciële dynamiek tussen fabrikanten en afnemers. Afnemers oefenden druk uit op de fabrikanten om te komen tot hogere consumentenprijzen. De marge voor de afnemers was immers gekoppeld aan de consumentenverkoopprijs. Bovendien wijzen de fabrikanten erop dat de aangekondigde prijsinformatie definitief was en niet langer vertrouwelijk. Volgens de fabrikanten blijkt uit de feiten dat sprake was van een hevige concurrentiestrijd om marktaandeel te verwerven om de volumedaling van de krimpende markt inzake sigaretten op te vangen.

20.

De BMA doet het volgende gelden:

Onderzochte gedragingen

Algemeen

De tabaksfabrikanten deelden informatie over toekomstige prijzen (i.e., informatie over de consumentenverkoopprijs, de hoeveelheid sigaretten in een pakje en/of de datum waarop de prijs ingang vindt) mee aan één of meer afnemers (groothandelaren). Deze groothandelaren maakten deze informatie zo goed als onmiddellijk of minstens binnen enkele dagen over aan één of meerdere van de andere tabaksfabrikanten, die hiermee rekening hielden (en in ieder geval konden houden) bij het bepalen van hun eigen prijzen.

De onderzochte gedragingen betreffen zodoende een indirecte informatie-uitwisseling tussen de tabaksfabrikanten, via hun gemeenschappelijke groothandelaren. De groothandelaren functioneerden daarbij als tussenpersoon, die in de overgrote meerderheid van de gevallen de ontvangen prijs- en andere informatie nagenoeg automatisch en zonder nadere uitleg doorstuurden naar de concurrerende fabrikant(en).

*Het gevoerde onderzoek had, wat betreft de activiteiten van groothandelaren, voornamelijk betrekking op de groothandelaren Tabagro West CVBA (hierna “**Tabagro**”) en Timani NV (hierna “**Timani**”). Tijdens het onderzoek werd ook correspondentie teruggevonden met andere groothandelaren, zoals bijvoorbeeld Conway/The Convenience Company België NV (hierna “**Conway**”).*

De onderzochte gedragingen vonden plaats gedurende meerdere jaren. De relevante periode, zoals weerhouden in de Beslissing, loopt van januari 2011 tot en met januari 2015.

Enkele belangrijke kenmerken van de onderzochte gedragingen

Enkele belangrijke kenmerken van de onderzochte gedragingen zijn als volgt:

- De indirecte uitwisseling van prijsinformatie was een jarenlange herhaalde praktijk, waardoor elk van de tabaksfabrikanten wist of minstens behoorde te weten dat zijn prijsinformatie zou worden doorgezonden (zie nr. 0-0);*
- Geen van de tabaksfabrikanten heeft zich uitdrukkelijk verzet tegen de ontvangst van prijsinformatie van concurrenten (zie nr. 0);*
- Tabaksfabrikanten gingen soms actief op zoek naar prijsinformatie van concurrenten (zie nr. 0-0);*
- De ontvangen informatie werd gebruikt voor de bepaling van het eigen marktgedrag (zie nr. 0-0); en*
- De informatie-uitwisseling had betrekking op toekomstige prijsinformatie en bovendien waren de prijzen nog aanpasbaar (zie nr. 0-0).*

De BMA voegt ook enkele concrete voorbeelden van de onderzochte gedragingen toe, zoals opgenomen in de Beslissing, ter illustratie van de wijze waarop de tabaksfabrikanten te werk gingen.

De uitwisseling van informatie was een jarenlange herhaalde praktijk, waardoor elk van de tabaksfabrikanten wist of behoorde te weten dat zijn prijsinformatie zou worden doorgezonden

De tabaksfabrikanten ontvingen jarenlang herhaaldelijk informatie over elkaars toekomstige prijzen via hun gemeenschappelijke groothandelaren. Omgekeerd verstuurden zij eigen toekomstige prijzen aan hun groothandelaren zonder enig initiatief te nemen om de doorzending ervan aan hun concurrenten te (proberen) beperken.

*De uitwisseling van informatie tussen de tabaksfabrikanten kan als volgt worden samengevat:*¹⁶

Ontvangende fabrikant	Informatie over prijzen van				van	Tot
	BAT	ITB	JTI	PMB		
<i>BAT</i>		<i>0</i>	<i>0</i>	<i>18</i>	<i>14/2/2012</i>	<i>8/12/2014</i>
<i>ITB</i>	<i>17</i>		<i>4</i>	<i>26</i>	<i>24/1/2011</i>	<i>29/12/2014</i>
<i>JTI</i>	<i>13</i>	<i>0</i>		<i>23</i>	<i>24/1/2011</i>	<i>8/12/2014</i>
<i>PMB</i>	<i>8</i>	<i>1</i>	<i>2</i>		<i>24/1/2011</i>	<i>25/2/2014</i>

*In totaal ontvingen de tabaksfabrikanten tijdens de inbreukperiode 112 keer informatie over prijzen van hun concurrenten. Indien een fabrikant de informatie via meerdere afnemers ontving, werd dit slechts als 1 ontvangstmoment geteld.*¹⁷

Stuk 5 van de BMA bevat een chronologisch overzicht van de uitwisselingen van prijslijsten in het kader van de door het College weerhouden onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

Geen van de tabaksfabrikanten heeft zich uitdrukkelijk verzet tegen de ontvangst van prijsinformatie van concurrenten

Tijdens de weerhouden duurtijd van de inbreuk heeft geen enkele tabaksfabrikant aan de groothandelaren op ondubbelzinnige wijze meegedeeld dat hij de informatie over toekomstige prijzen van concurrenten niet wenste te ontvangen. Aldus staat het onbetwistbaar vast dat zij zich niet hebben

¹⁶ Deze tabel is opgenomen in de Beslissing (p. 169, nr. 58).

¹⁷ Het College verwijst in de Beslissing naar nr. 439 van het VVB, waar het auditoraat uitlegt dat het een conservatieve telling heeft toegepast (Beslissing, p. 167, nr. 50).

verzet tegen de ontvangst van deze informatie, noch hiervan publiekelijk afstand hebben genomen.

Na de weerhouden duurtijd van de inbreuk gebeurde dat wel. Zo stuurde BAT bijvoorbeeld op 26 mei 2015 een e-mail naar groothandelaar Timani met de boodschap: [REDACTED] geen prijslijsten of concurrentie info doorsturen per mail aub" (stuk4).

Tabaksfabrikanten gingen soms actief op zoek naar prijsinformatie van concurrenten

Minstens PMB en BAT gingen bij hun afnemers actief op zoek naar informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten, onder meer wanneer zij geruchten opvingen over mogelijke prijswijzigingen.

De ontvangen informatie werd gebruikt om het eigen marktgedrag te bepalen

De informatie die de tabaksfabrikanten verkregen over de toekomstige prijzen van concurrenten werd intern gecirculeerd en gedocumenteerd en in aanmerking genomen bij het bepalen van hun eigen markt- en prijsbeleid.

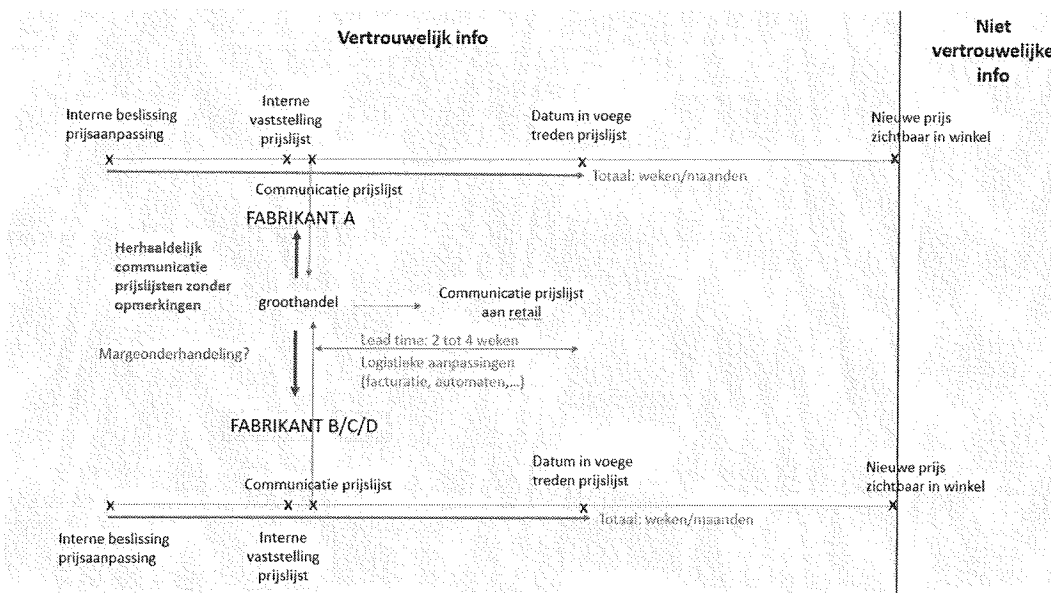
De informatie-uitwisseling had betrekking op toekomstige prijsinformatie en bovendien waren de prijzen nog aanpasbaar

De uitgewisselde informatie betrof toekomstige prijzen. Immers, de uitgewisselde prijslijsten bevatten (i) de toekomstige consumentenverkoopprijs voor de betrokken sigaretten in een bepaalde verpakking, en (ii) het tijdstip in de toekomst vanaf wanneer deze prijzen zouden worden toegepast.

De uitgewisselde informatie was daarenboven nog aanpasbaar zodat er sprake was van voorgenomen prijzen. Immers konden de prijslijsten nog worden aangepast op het ogenblik dat de fabrikant de prijsinformatie (prijslijsten) meedeelde aan de groothandelaren en deze laatsten deze informatie doorstuurden aan de concurrerende fabrikanten (zie verder, nr.121 e.v.).

Chronologisch overzicht

De gedragingen, zoals hierboven beschreven, kunnen chronologisch als volgt worden weergegeven:



Kortom, fabrikant A maakt een prijsbeslissing en stuurt deze door naar zijn groothandelaar (zie de groene pijlen op het schema), die tevens groothandelaar is voor fabrikanten B, C en D (zie ook **stuk 5**). De groothandelaar stuurt deze prijzen onmiddellijk of maximaal één of twee dagen later door naar één of meerdere concurrerende fabrikanten (fabrikanten B, C, en/of D) (zie de rode pijlen op het schema). In de meeste gevallen stuurt de groothandel de prijslijsten door zonder enige commentaar of toelichting.¹⁸

21.

Het Marktenhof overweegt als volgt:

Indien het Marktenhof de hogere voorziening in het kader van een objectief contentieux tegen de beslissing van een regulator (*in casu* de BMA) niet wil laten verworden tot een gewone hogerberoepsprocedure, moet het strikt binnen het kader van de door de BMA in de Bestreden Beslissing vastgestelde feiten blijven.

Na heroverweging blijven de conclusies uit paragraaf 26-464 van het voorstel van beslissing van de auditeur en uit paragraaf 46-59 van de Bestreden Beslissing onveranderd. Gedurende de overtreding was sprake van een (oligopolistische) markt waarin de vier fabrikanten elkaar als belangrijkste

¹⁸ Beslissing, p. 167, nr. 50.

concurrent beschouwden. Samen hadden zij een marktaandeel van ongeveer 90% op basis van aantallen sigaretten. Vanwege het accijnsregime werd de sigarettenmarkt in België gekenmerkt door een hoge mate van transparantie. Desalniettemin bestond er ruimte voor concurrentie. De fabrikanten brengen geen andere marktomstandigheden naar voren die niet al in de Bestreden Beslissing waren beschreven en zijn meegewogen. De fabrikanten voeren ook niet op afdoende wijze aan dat de marktcontext zoals beschreven in de Bestreden Beslissing, onjuist is. Niet afdoende betwist is dat de beschreven gedragingen hebben plaatsgevonden. Geen van de fabrikanten ontkent bijvoorbeeld prijsinformatie te hebben ontvangen en geen van de fabrikanten heeft zich voor de huiszoekingen verzet tegen de ontvangst van prijsinformatie van concurrenten.

22.

Volgens ITB maakt het college van de BMA een manifeste fout door te spreken over nog ‘aanpasbare prijzen’. ITB stelt terecht dat de BMA in conclusie de Bestreden Beslissing niet mag aanvullen en dus zal het Marktenhof geen rekening houden met de stelling verdedigd door de BMA in conclusies dat het enkel zou gaan om ‘voornemens’ en niet om prijzen. Uit de stukken voorgelegd aan het Marktenhof blijkt wel dat het toekomstige prijzen betrof die naar de groothandel toe na ontvangst van de informatie nog gewijzigd konden worden.

De litigieuze informatie over toekomstige prijzen die beweerdelijk via groothandelaren werd uitgewisseld tussen de vier fabrikanten vormt geen “echt openbare” informatie aangezien de concurrenten van de vier fabrikanten die niet deelnamen aan de uitwisseling via de groothandelaren van hun prijslijsten, deze informatie over toekomstige prijzen niet even snel en direct, m.a.w. met dezelfde kosten van toegang, konden bekomen als de vier fabrikanten die wel deelnamen aan de indirecte uitwisseling.

III.4 Het juridische kader en de kwalificatie van de gedragingen als OAFG

Wat is een OAFG ?

23.

Volgens artikel 101, lid 1, VWEU zijn onverenigbaar met de interne markt en verboden: alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De begrippen „overeenkomst”, „besluiten van ondernemersverenigingen” en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” dekken in subjectief opzicht samenspanningsvormen van dezelfde aard, die enkel verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren.

24.

Het Europees Hof van Justitie (hierna HJEU) heeft bij verschillende gelegenheden geoordeeld dat het begrip OAFG verwijst naar 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.

Met betrekking tot het criterium van de coördinatie heeft het HJEU uitgesproken dat de Verdragsbepalingen inzake de mededinging berusten op de voorstelling, dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid staat in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen marktdeelnemers waardoor een onderneming het marktgedrag van concurrenten beïnvloedt of hen informeert over beslissingen of afwegingen wat haar eigen marktgedrag betreft, voor zover op deze wijze mededingingsvoorwaarden kunnen ontstaan die niet met de normale voorwaarden van die markt overeenkomen.

25.

Volgens vaste rechtspraak vereist het begrip OAFG, a) behalve de afstemming tussen de ondernemingen, b) een daaropvolgend marktgedrag en c) een oorzakelijk verband tussen beide. De ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven worden vermoed – behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs – bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening te houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie, met name wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden.

Zoals het HJEU in zijn arrest *T-Mobile Netherlands e.a.* heeft geoordeeld, hangt het van het onderwerp van de afstemming en van de specifieke marktomstandigheden af, hoe vaak, met welke regelmaat en

in welke vorm concurrenten met elkaar in contact moeten treden om van een afstemming van hun marktgedrag te kunnen uitgaan.

26.

Bovendien hoeft, net als in het geval van een mededingingsverstorende overeenkomst, niet te worden gelet op de concrete gevolgen van een OAFG wanneer blijkt dat zij ertoe strekt de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen.

27.

Een OAFG berust per definitie op een vorm van consensus. Aan de mate waarin die consensus geformaliseerd dient te zijn, mogen evenwel geen al te strikte eisen worden gesteld, aangezien dit zou afdoen aan de flexibiliteit die het begrip OAFG eigen is. In het bijzonder zou wederkerigheid ook stilzwijgende instemming moeten omvatten. Of stilzwijgende instemming, en daarmee het bestaan van een consensus om samen te werken in plaats van elkaar te beconcurreren, kan worden vastgesteld, hangt af van de context waarin de mededeling wordt gedaan.

Ten eerste kan, wanneer een onderneming informatie ontvangt over een ongeoorloofd initiatief en zich daartegen niet verzet, dit berusten in het initiatief worden afgeleid uit het achterwege blijven van een reactie, mits de omstandigheden zich lenen voor de totstandkoming van een stilzwijgende overeenstemming. Het achterwegen laten van verzet tegen een ongeoorloofde mededeling is laakbaar omdat het enkele ontbreken van een reactie van de adressant onder bepaalde omstandigheden bij de andere partij of partijen de indruk wekt dat de adressant het ongeoorloofde initiatief onderschrijft en zich daarnaar zal gedragen. Om tot een bewuste deelname van de adressant aan een OAFG te kunnen concluderen, moet de context van de interactie zodanig zijn dat de adressant geacht kan worden zich te realiseren dat zijn concurrent zijn stilzwijgen zal opvatten als instemming, en zelfs bij ontbreken van een reactie op wederkerig gedrag zal rekenen.

Ten tweede kan een dergelijke interactie, wanneer de afzender van de informatie geen concurrent maar een derde is, enkel een horizontale samenspanning tussen concurrenten bewerkstelligen wanneer de adressant geacht kan worden te beseffen dat de door de derde overgebrachte informatie afkomstig is van een concurrent of ten minste ook aan een concurrent is medegedeeld. Om het bestaan van een afstemming te kunnen vaststellen, in een situatie waar zowel sprake is van een indirecte mededeling via een derde als van een ontbreken van een expliciete reactie, moet de context van de interactie zodanig zijn dat de adressant geacht kan worden zich te realiseren dat het ongeoorloofde initiatief afkomstig is van een concurrent of ten minste ook is meegedeeld aan een

concurrent of concurrenten, die zelfs bij ontbreken van een reactie op een wederkerige handelwijze zullen rekenen. Dit is de situatie die geïllustreerd werd door de BMA in de Bestreden Beslissing.

28.

In het arrest in de zaak *VM Remonts* maakte het HJEU een onderscheid tussen drie hypothesen waarin een onderneming die gebruikmaakt van de diensten van een derde partij, aansprakelijk kan worden gesteld voor een OAFG:

- wanneer zij de bedoeling had om via haar dienstverrichter (lees: de derde partij) haar commercieel gevoelige informatie aan haar concurrenten openbaar te maken;
- wanneer zij uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft goedgekeurd dat haar dienstverrichter de commercieel gevoelige informatie met de concurrenten deelt; of
- wanneer zij redelijkerwijs kon voorzien dat de dienstverrichter op wie zij een beroep doet, haar commerciële informatie met haar concurrenten zou delen en zij bereid was het risico ervan te aanvaarden.¹⁹

De vaststelling dat een tabaksfabrikant redelijkerwijs kon voorzien dat de groothandelaar zijn prijsinformatie zou delen en bereid was het risico ervan te aanvaarden, volstaat om te voldoen aan de voorwaarde van de wederkerigheid.

29.

In tegenstelling tot wat onder meer JTI en BAT²⁰ beweren, is niet vereist dat de groothandelaar de tabaksfabrikant op de hoogte brengt dat hij de prijslijsten daadwerkelijk heeft doorgegeven. Dit volgt uitdrukkelijk uit het arrest *VM Remonts*, waarop de tekst in het ontwerp van nieuwe Horizontale Richtsnoeren is gebaseerd en waarnaar het ontwerp ook verwijst:

- In paragraaf 31 van het arrest *VM Remonts* behandelt het HJEU de hypothese die *in casu* voorligt (redelijkerwijs kunnen voorzien dat de informatie zou worden gedeeld). Daarbij is niet vereist dat de derde partij de onderneming daadwerkelijk op de hoogte brengt van het delen van de informatie met een concurrent; het is voldoende dat de betrokken onderneming dit had kunnen voorzien en bereid was het risico te aanvaarden:

¹⁹ Arrest Hof van Justitie van 21 juli 2016, *VM Remonts*, zaak C-542/14, nr. 30-31.

²⁰ Synthesconclusie JTI, nr. 116-117 ; synthesconclusie BAT, nr. 271.

“31. Een onderneming die gebruikmaakt van diensten kan ook aansprakelijk worden gesteld voor een litigieuze onderling afgestemde feitelijke gedraging indien zij redelijkerwijs kon voorzien dat de dienstverrichter op wie zij een beroep doet, haar commerciële informatie met haar concurrenten zou delen en zij bereid was het risico ervan te aanvaarden.”

Ook het dispositief van het arrest *VM Remonts* bevestigt dit uitdrukkelijk: met betrekking tot de derde hypothese is geenszins vereist dat de derde partij (hier: de groothandelaar) de betrokken onderneming (hier: de tabaksfabrikant) ook op de hoogte brengt dat hij de prijslijsten daadwerkelijk heeft doorgegeven:²¹

“Artikel 101, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een onderneming in beginsel slechts aansprakelijk kan worden gesteld voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging ten gevolge van de handelingen van een onafhankelijke dienstverrichter die voor haar diensten verricht, indien aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

- 1. de dienstverrichter werkte in werkelijkheid onder het gezag of toezicht van de betrokken onderneming, of*
- 2. die onderneming was op de hoogte van de mededingingsverstoringende doelstellingen van haar concurrenten en de dienstverrichter en heeft met haar eigen gedrag willen bijdragen aan de verwezenlijking daarvan, of*
- 3. die onderneming kon de mededingingsverstoringende handelingen van haar concurrenten en de dienstverrichter redelijkerwijs voorzien en was bereid het risico ervan te aanvaarden. (eigen nadruk)”*

Het is aan de BMA onder controle van het Marktenhof om vast te stellen of deze analyse past op de omstandigheden van de onderhavige zaak.

Analyse in concreto

30.

De fabrikanten doen gelden dat (sterk samengevat) :

²¹ Arrest Hof van Justitie van 21 juli 2016, *VM Remonts*, zaak C-542/14, dispositief.

- Er in deze zaak enkel verticale bilaterale contacten waren tussen individuele groothandelaars en individuele fabrikanten;
- de doorgifte van informatie over een concurrent in een commerciële dialoog tussen individuele afnemers en fabrikanten legitiem is;
- Er in deze zaak geen enkele wederkerige contacten waren;
- De essentie van de inbreuk theorie van de BMA, die de eigen eenzijdige ontvangst van informatie betreft, over een concurrent via een groothandelaar.

Volgens de BMA betreft het:

- Een indirecte uitwisseling;
- Van toekomstige niet-openbare en vertrouwelijke prijsinformatie
- Via gemeenschappelijke groothandelaren in essentie Timani en Tabagro die zelf niet vervolgd werden.
- Die als een gangbare praktijk kan aangemerkt worden en dus niet louter incidenteel of sporadisch was.

31.

In de Bestreden Beslissing maakt het College het voorstel van beslissing in belangrijke mate tot zijn eigen beslissing (weliswaar met kruisverwijzingen) maar stelt het College meer in het bijzonder zelf vast dat er sprake is van twee OAFG's één waarbij slechts twee fabrikanten (PMB en BAT) betrokken waren en één waarbij 3 fabrikanten betrokken waren (PMB, JTI en ITB) en verder:

- Het College stelt vast dat BAT, ITB, JTI en PMB allen via hun groothandelaars prijslijsten van concurrerende fabrikanten ontvingen. Deze prijslijsten bevatten toekomstige publieksprijzen, alsook ten minste in bepaalde gevallen, de groothandelsprijzen.
- Het College oordeelt dat toekomstige prijzen als vertrouwelijk mogen beschouwd worden, in ieder geval wanneer zij zonder verwijl en zonder verdere uitleg, door een groothandelaar doorgestuurd werden naar andere fabrikanten. Het College verwijst bovendien naar de overweging van de auditeur waarin hij stelt dat alleen bewijsstukken werden weerhouden betreffende informatie die door de fabrikanten werd ontvangen voor de datum die op de prijslijsten is vermeld.
- De informatie-uitwisseling liet, volgens het college, de fabrikanten toe om vast te stellen of en hoe een andere fabrikant na een eventuele accijnsaanpassing haar prijzen naar de consument,

en desgevallend naar de groothandel, zou aanpassen en hun beleid daarop af te stemmen op een ogenblik dat die informatie nog niet zichtbaar was voor het brede publiek.

32.

Het Marktenhof overweegt na nazicht van de Bestreden Beslissing, de stukken en de dossiers meegedeeld door alle betrokkenen als volgt:

Uit de Bestreden Beslissing blijkt dat de uitwisseling van informatie tussen de tabaksfabrikanten als volgt kan worden samengevat:²²

Ontvangende fabrikant	Informatie over prijzen van				Van	tot
	BAT	ITB	JTI	PMB		
BAT		0	0	18	14/2/2012	8/12/2014
ITB	17		4	26	24/1/2011	29/12/2014
JTI	13	0		23	24/1/2011	8/12/2014
PMB	8	1	2		24/1/2011	25/2/2014

In totaal ontvingen de tabaksfabrikanten tijdens de inbreukperiode 112 keer informatie over prijzen van hun concurrenten. Indien een fabrikant de informatie via meerdere afnemers ontving, werd dit slechts als 1 ontvangstmoment geteld.²³

Gelet op de feiten van de zaak heeft het College terecht beslist dat de onderzochte gedragingen betrekking hebben op de uitwisseling van strategische, vertrouwelijke, toekomstige en aanpasbare prijsinformatie, in tegenstelling tot wat de tabaksfabrikanten beweren.

33.

Dat de tabaksfabrikanten wisten dat hun prijslijsten werden doorgestuurd aan hun concurrenten,

²² Deze tabel is opgenomen in de Bestreden Beslissing (p. 169, nr. 58).

²³ Het College verwijst in de Beslissing naar nr. 439 van het VVB, waar het auditoraat uitlegt dat het een conservatieve telling heeft toegepast (Beslissing, p. 167, nr. 50).

Die weet als BAT die prijslijst doorstuurt, dat die wordt doorgestuurd naar Philip Morris.

34.

Desondanks namen de fabrikanten geen maatregelen om te voorkomen dat de groothandelaren hun prijsinformatie zouden doorzenden naar concurrerende fabrikanten.

Tijdens de weerhouden duurtijd van de inbreuk heeft geen enkele tabaksfabrikant aan de groothandelaren op ondubbelzinnige wijze meegedeeld dat hij de informatie over toekomstige prijzen van concurrenten niet wenste te ontvangen. Aldus staat het redelijkerwijze vast dat zij zich niet hebben verzet tegen de ontvangst van deze informatie, noch hiervan publiekelijk afstand hebben genomen.

Na de weerhouden duurtijd van de inbreuk gebeurde dat wel. Zo stuurde BAT bijvoorbeeld op 26 mei 2015 een e-mail naar groothandelaar Timani met de boodschap: “[REDACTED] geen prijslijsten of concurrentie info doorsturen per mail aub” (stuk 4 BMA).

35.

Bovendien kan niet op afdoende wijze aangetoond worden dat de doorgifte van prijsinformatie door groothandelaren louter en alleen zou kaderen in “hun onderhandelingen met fabrikanten”. De BMA stelt terecht in de Bestreden Beslissing dat via de groothandelaren prijslijsten zonder commentaar, zonder motivering en zonder verwijzing naar enige marge-onderhandelingen worden doorgestuurd naar de fabrikanten. De BMA levert met een hoge graad van waarschijnlijkheid een indirect bewijs van afstemming via de vragen door de fabrikanten om prijsaankondigingen aan groothandelaren. Er was wel degelijk sprake van een ‘gangbare praktijk van uitwisseling’.

36.

De fabrikanten gingen bij hun afnemers actief op zoek naar informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten, onder meer wanneer zij geruchten opvingen over mogelijke prijswijzigingen.

Dit blijkt onder meer uit de volgende voorbeelden:

- Op 5 november 2012 vraagt BAT bij Timani een prijslijst op van PMB en ITB:²⁵ [REDACTED] *iets misgelopen met jouw laatste mail van PMI (laatste prijslijst) die ik verloren ben...:-).....kun je deze eventueel opnieuw doorsturen aub ? En heb jij een laatste prijslijst van ITB want prijzen zijn gestegen maar ik heb nergens iets gekregen.*
- Op 29 juni 2013 verstuurt BAT een e-mail naar Timani met de volgende vraag:²⁶ [REDACTED] *Heb je gisteren een prijslijst ontvangen die ik nog niet heb ...*

37.

De informatie die de tabaksfabrikanten verkregen over de toekomstige prijzen van concurrenten werd intern gecirculeerd en gedocumenteerd en in aanmerking genomen bij het bepalen van hun eigen markt- en prijsbeleid. Het gebruik van de ontvangen informatie door PMB, ITB en JTB blijkt onder meer uit de volgende voorbeelden:

- Binnen PMB worden toekomstige prijzen van concurrenten opgenomen in de *Weekly Highlights*:²⁷ *Voor de Weekly Highlights België vroeg ik me af of er aangekondigde prijslijsten van onze concurrentie beschikbaar zijn?*²⁸.

In een interne e-mail van 20 december 2013 bespreekt PMB haar prijszetting als reactie op de ontvangen prijzen van JTI:²⁹ [REDACTED]

[REDACTED]

²⁵ Beslissing, p. 169, nr. 57, verwijzend naar VVB, nr. 234.

²⁶ Beslissing, p. 167, nr. 49, verwijzend naar VVB, nr. 109.

²⁷ Beslissing, p. 168, nr. 55, verwijzend naar VVB, nr. 153.

²⁸ Vrije vertaling van: “*For the weekly highlights Belgium I am wondering if there were any announced pricelists from our competition available?*”.

²⁹ Beslissing, p. 168, nr. 55, verwijzend naar VVB, nr. 157.

³⁰ Vrije vertaling van: [REDACTED]

[REDACTED]

Bijkomend wordt nog gesteld: [REDACTED]

Hieruit blijkt met een hoge graad van waarschijnlijkheid dat Philip Morris ten onrechte volhoudt dat ze niet wist of, door wie, wanneer en aan wie prijsaankondigingen werden doorgegeven en noch of deze werden geaccepteerd door een fabrikant. Philip Morris gaat actief op zoek naar prijsinformatie. Er was wel degelijk een reden voor 'alarmbellen' en geen sprake van slechts een 'sporadische ontvangst' zoals Philip Morris ten onrechte volhoudt.

- ITB ontvangt op 30 januari 2013 via Tabagro een prijslijst van BAT. De dag nadien bepaalt het zijn reactie op deze prijslijst:³² *Ik concludeer hier volgende mogelijke gevolgen uit: Gezien zowel PMI als BAT niet direct een prijsverhoging aankondigen en margeverlies niet compenseren, zullen de grossier hun marges naar de retail laten dalen. Zeker op FCT. Waarschijnlijk +/- 0,20% Gevolg voor ITB: ook wij zullen ons standpunt van niet compenseren aanhouden.*

ITB bevestigt in een interne e-mail van 14 mei 2013 dat het de prijszetting van concurrenten actief opvolgt en ook de manier waarop het dat doet:³³ *Hoi [REDACTED] We volgen pricing voornamelijk op twee manieren op. Langs één kant volgen we de prijscommunicatie op die onze concurrenten uitsturen. De meest recente status vindt u in bijlage als PDF's en die is te vinden op Price board. Anderzijds volgen we ook de pricing op bij één van onze grootste grossiers, in het verleden zagen we namelijk dat aangekondigde prijsstijgingen ofwel veel later ofwel helemaal niet in de markt vloeiden. Die data is te vinden op Pricing file Conway. Voor toekomstige pricing en*

³¹ Vrije vertaling van: [REDACTED]

³² Beslissing, p. 168, nr. 55, verwijzend naar VVB, nr. 140 (eigen nadruk).

³³ Beslissing, p. 168, nr. 55, verwijzend naar VVB, nr. 141.

historiek van onze merken hebben we onderstaande files, niet alleen de price increase maar ook de timing is namelijk belangrijk zowel op domestic als travel retail. 2013 Belgium pricing 2013 Luxemburg pricing.

Op 2 juli 2013 wordt binnen ITB besproken hoe het zal reageren op de informatie inzake prijswijzigingen van PMB vanaf 15 juli 2013, zoals ontvangen via Timani en Tabagro:³⁴ [REDACTED] *Nu Marlboro 19's boven de Euro 5 komen en Marlboro 24's 0,50c verschil hebben met Gauloises vraag ik me af of we onze price flashes op Gauloises niet moeten herzien om de potentiële instroom van Marlboro te maximaliseren. Ik weet dat dit een belangrijke drijfveer was voor de groei van Gauloises FMC in NL vorig jaar. [REDACTED] Mag ik jullie mening?*³⁵

- Op 16 november 2013 ontvangt JTI via Timani een brief, prijslijst en EAN-codes van PMB. De informatie wordt op 17 november 2013 binnen JTI doorgestuurd naar verschillende medewerkers. [REDACTED]

JTI verwerkt de verkregen informatie vervolgens in een document “*Pricing Scenarios November 2013 v.2*”.³⁷

De citaten bevestigen zonder meer dat de betrokken personeelsleden de betrokken informatie mededingingsrechtelijk gevoelig achtten in de relatie tussen concurrenten.

38.

³⁴ Beslissing, p. 168, nr. 55, verwijzend naar VVB, nr. 143.

³⁵ Vrije vertaling van: “*Miguel/Olivier, With Marlboro 19's moving above Euro 5 and Marlboro 24's having a 0,50c difference with Gauloises I wonder if we shouldn't review our price flashes on Gauloises to maximize potential inflow from Marlboro. I know that this was a key driver to Gauloises FMC growth in NL last year. Bram/Michel: Can I have your thoughts please?*”.

³⁶ Beslissing, p. 168, nr. 55, verwijzend naar VVB, nr. 138.

³⁷ Beslissing, p. 168, nr. 55, verwijzend naar VVB, nr. 139.

De uitgewisselde informatie betrof toekomstige prijzen. Immers, de uitgewisselde prijslijsten bevatten (i) de toekomstige consumentenverkoopprijs voor de betrokken sigaretten in een bepaalde verpakking, en (ii) het tijdstip in de toekomst vanaf wanneer deze prijzen zouden worden toegepast.

39.

Op grond van het bovenstaande en de Bestreden Beslissing zelf heeft de BMA kunnen aannemen dat de fabrikanten bij de bepaling van hun marktgedrag rekening hebben gehouden met de informatie die zij hebben ontvangen (het zogenoemde bewijsvermoeden zoals dat volgt uit onder meer het arrest van het HvJEU in de zaak T-Mobile, punt 51 en het arrest van het HvJEU van 14 maart 2013 in de zaak Fresh Del Monte, T-587/08, ECLI:EU:T:2013:129, punt 565). Nu er hier geen sprake is van heimelijke bijeenkomsten, kunnen andere bewijzen dan publieke distanciëring of aangifte van de gedraging bij de autoriteiten – die hier niet aangetoond worden - het vermoeden weerleggen. Er is geen bewijs van interne distanciëring bij één of meer fabrikanten (integendeel de gekregen informatie werd doorgestuurd en verwerkt). Naar het oordeel van het Marktenhof hebben de fabrikanten het vermoeden van beïnvloeding van hun marktgedrag niet ontkracht en daarmee het bewijsvermoeden niet weerlegd. Zij hebben geen plausibele verklaring die de bewijskracht van het bewijs van de BMA aantast, gegeven voor hun gedragingen.

40.

Anders dan de fabrikanten aanvoeren, maken de uitspraken van de Engelse rechters in de hub-and-spoke (zogenaamde spaakwielkartels) zaken – die overigens dateren van vóór de arresten Eturas en VM Remonts – het voorgaande niet anders en zijn hiermee in lijn. Een spaakwielkartel vergt inderdaad een meer actieve rol van de groothandelaars die in de voorliggende zaak echter een eerder passieve rol (oneerbiedig gesteld van doorgeefluik) hadden.

41.

Sommige fabrikanten (PMB onder meer) maken gewag van een vermeende schending van de motiveringsplicht door de BMA in de Bestreden Beslissing.

Het Marktenhof merkt op dat de BMA niet zozeer zijn beoordeling van afzonderlijke bewijsmiddelen, maar veeleer de Bestreden Beslissing moest motiveren. Men mag dan bepaalde formuleringen in de Bestreden Beslissing niet geheel consequent achten, toch is de eigenlijke beslissing van het college op dit punt voldoende duidelijk en coherent gemotiveerd, en wel met de strekking dat er sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij de fabrikanten betrokken waren. Bijgevolg

snijdt de door bepaalde fabrikanten aangevoerde grief inzake de motivering in de Bestreden Beslissing inzake dit aspect van de inbreuk geen hout.

42.

Over het marktgedrag van de tabaksfabrikanten wordt terecht verwezen naar het gebruik van de ontvangen informatie door PMB, ITB en JTI en naar de actieve vraag om de informatie vanwege BAT en PMB.³⁸

43.

Het College heeft correct beslist dat het causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag is bewezen omdat uit de bewijzen blijkt dat:

- ITB, JTI en PMB van de ontvangen prijslijsten gebruikmaakten bij het bepalen van hun eigen prijzen en marktgedrag; en
- BAT, net zoals PMB, actief om prijslijsten van concurrenten verzocht, waaruit redelijkerwijze mag worden besloten dat BAT deze informatie wilde gebruiken.³⁹

44.

De BMA stelt terecht dat de markttransparantie werd verhoogd : i) de prikkel om de prijs te verlagen werd verlaagd en ii) de prikkel om de prijs te verhogen werd verhoogd. Het chronologisch voorstel van beslissing bevat meer dan 70 voorbeelden van (interne) doorsturing / gebruik bij prijszetting voor alle fabrikanten behalve BAT (hiervoor kwamen er verzachtende omstandigheden) maar het dossier toont aan dat BAT wel om prijslijsten heeft gevraagd.

In dit verband heeft het College ook verwezen naar de rechtspraak waarin het ANIC-vermoeden wordt toegepast, namelijk dat ondernemingen die hun gedrag onderling afstemmen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op deze markt worden vermoed rekening te houden met de informatie die zij hebben uitgewisseld met hun concurrenten.⁴⁰

³⁸ Beslissing, nr. 55 (p. 168), 72 (p. 172-173), 89 (p. 176) en 91 (p. 176).

³⁹ Beslissing, p. 171-172, nr. 69d, verwijzend naar voetnoot 59 en VVB, nr. 106-109 en 160.

⁴⁰ Beslissing, p. 171, voetnoot 694, verwijzend naar VVB, nr. 484 en de daarin aangehaalde rechtspraak.

45.

Conclusie: er was wel degelijk sprake van een onderling tussen de fabrikanten afgestemd gedrag (2 OAFG's). Er waren niet louter legitieme bilaterale en verticale contacten tussen individuele groothandelaars en individuele fabrikanten. In essentie twee groothandelaren gaven informatie over fabrikanten door. Ze deden dit niet louter op eigen initiatief, noch in het kader van alleen marge-onderhandeling of alleen wanneer het hen uitkwam. Het dossier bevat afdoende elementen om te concluderen a) dat de fabrikanten verwachtten om de prijslijsten van concurrenten te ontvangen en b) dat de door de groothandelaars gestuurde prijslijsten kunnen aanzien worden in de in de Bestreden Beslissing beschreven context als een impliciet verzoek tot collusie. De Bestreden Beslissing miskent de feiten en de marktcontext niet, ze steunt wel degelijk op geldend recht, en zij vervaagt niet de scheidslijn tussen eenzijdig en gecoördineerd gedrag.

De Bestreden Beslissing is op dit punt duidelijk en coherent gemotiveerd. De beide OAFG's zijn op afdoende wijze aangetoond.

III.5 De kwalificatie van de strekking van de gedragingen

Relevante juridische criteria

46.

Binnen de werkingssfeer van artikel 101 VWEU kan het mededingingsverstorende karakter van gedragingen van ondernemingen niet alleen voortvloeien uit de gevolgen ervan, maar ook uit de strekking ervan. Dit geldt evenzeer voor overeenkomsten en besluiten als voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 24). Niet elke uitwisseling van informatie tussen concurrenten strekt er noodzakelijkerwijs toe dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 81, lid 1, EG. Zie dienaangaande de conclusie van AG Kokott in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punt 37). Of een dergelijke informatie-uitwisseling reeds naar haar aard de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG te hebben, moet worden beoordeeld op basis van de inhoud en de beoogde doelen ervan, alsook de economische en juridische context waarin die uitwisseling plaatsvindt. Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27); in dezelfde zin arresten Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 37) en CB/Commissie (C-67/13

P, EU:C:2014:2204, punt 53). Bij de beoordeling van deze context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de specifieke markt of markten. Arresten Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 36) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 53). De bedoelingen van de betrokkenen vormen weliswaar geen noodzakelijk element van die beoordeling, maar kunnen hierbij wel in aanmerking worden genomen. Arresten T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 27), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 37) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 54).

47.

Wanneer op basis van de hierboven genoemde criteria blijkt dat de informatie-uitwisseling tussen concurrenten reeds naar haar aard kan worden geacht schadelijk te zijn voor de werking van de normale mededinging – met andere woorden, dat die uitwisseling op zichzelf de mededinging in voldoende mate verstoort – hoeven de concrete gevolgen ervan voor de mededinging niet te worden onderzocht en in aanmerking te worden genomen. Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 29 en 30); in dezelfde zin arresten Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punt 135), Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 34) en CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 49-52 en 57 in fine). Het volstaat in dat geval dat de informatie-uitwisseling de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen. Arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 31 en 43); in dezelfde zin arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 38).

Volgens de rechtspraak van het Hof bestaat er, behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs, een weerlegbaar vermoeden dat ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie.

Toepassing van de relevante juridische criteria op het concrete geval

48.

Volgens de fabrikanten is de Bestreden Beslissing nietig in haar geheel omdat het oordeel van het College dat de gestelde gedragingen een beperking van de mededinging naar strekking uitmaken, is aangetast door een kennelijke beoordelingsfout en een motiveringsgebrek.

49.

De BMA betwist dit en steunt hiervoor op rechtspraak van het HvJ EU en de Horizontale Richtsnoeren van de Europese Commissie, alsook op de overwegingen die door het Auditoraat in het Voorstel van Beslissing werden gemaakt.

50.

Niets wijst erop dat de BMA *in casu* de hierboven vermelde juridische criteria onjuist heeft toegepast of onzorgvuldig heeft onderzocht. Het college stelt:

“84. In zijn arrest in de Dole zaak heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een uitwisseling van informatie die de onzekerheid van de betrokkenen wegneemt over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen, geacht wordt ertoe te strekken de mededinging te beperken.

85. De Europese Commissie heeft verder in haar Horizontale Richtsnoeren aangegeven dat de uitwisseling tussen concurrenten van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen dient te worden beschouwd als een gedraging met mededingingsbeperkende strekking.⁷¹⁹ Met “voorgenomen” toekomstige prijzen bedoelt de Europese Commissie prijzen van een onderneming die, ofschoon aangekondigd, nog kunnen worden aangepast omdat de onderneming zich er niet toe verbonden heeft in de toekomst aan deze eerder aangekondigde prijzen te verkopen.

86. Het College gaat er van uit dat fabrikanten prijslijsten naar hun groothandelaren sturen in het kader van de normale informatie-uitwisseling tussen een leverancier en diens groothandelaren. Bepalend voor het College is dat de ontvangende fabrikant kon beschikken over nog vertrouwelijke commercieel gevoelige informatie die toeliet het marktgedrag van concurrenten in te schatten en daardoor de risico's van een normale concurrentie te beperken. Er is daarbij niet vereist dat de ontvangende fabrikant zijn prijzen nog niet bepaald had of nadien nog wijzigde.

87. Gelet op de rechtspraak en Richtsnoeren, de vaststelling dat de onderzochte praktijken de indirecte uitwisseling tussen concurrenten betroffen van individuele informatie over toekomstige prijzen, en op de door de auditeur in de randnummers 515-541 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing geformuleerde argumenten, hebben deze praktijken een mededingingsbeperkende strekking.

88. *Het College herinnert er aan dat een onderling afgestemde feitelijke praktijk die een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, een merkbare beperking van de mededinging vormt.*

89. *De uitwisselingspraktijk verminderde de strategische onzekerheid die normale concurrentie kenmerkt. Het College merkt overigens ten overvloede verder op dat er ten minste betreffende ITB, JTI en PMB bewijs voorligt dat zij bij hun prijs- en marktbeleid ook effectief rekening hielden met de bij ontvangst nog vertrouwelijke informatie over prijzen van concurrenten die nog niet van toepassing waren. Ook BAT had door de uitwisseling daar in ieder geval de mogelijkheid toe. En dus ook indien dat de standaard zou zijn, is een negatief gevolg voor de mededinging aangetoond van een gegevens uitwisselingspraktijk waar ook BAT aan deel nam.*

90. *Het Hof en het Gerecht hebben weliswaar in een zaak betreffende een doelbeperking in een misbruik van machtspositie zaak gesteld dat indien verweerders laten gelden, op grond van bewijsmateriaal, dat hun gedrag de mededinging niet kon beperken, de Commissie die argumenten dient te onderzoeken. Deze zaak betreft echter de toepassing van artikel 101 VWEU en een uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen of producten op een ogenblik dat de ontvangende onderneming er voor het bepalen van zijn marktgedrag rekening mee kon houden, waardoor zij het risico van een normale concurrentie konden beperken. Het is eigen aan deze vorm van mededingingsbeperking dat niet aantoonbaar is welke risico's de fabrikanten zonder deze informatie zouden hebben genomen.*

91. *Het is daarom van belang dat werd aangetoond dat de informatie werd gebruikt (ITB, JTI en PMB) of dat om deze informatie werd verzocht en zij dus werd verwacht waarbij men redelijkerwijze mag aannemen dat zij verwacht werd om er gebruik van te maken (BAT en PMB). De loutere verklaringen dat zij geen effect hadden kan het College niet als een tegenbewijs beschouwen. “*

51.

Het College heeft overeenkomstig de Europese rechtspraak een analyse uitgevoerd van (i) de inhoud en doelstellingen van de onderzochte gedragingen, (ii) de ervaring met dergelijke mededingingsrechtelijke inbreuken, en (iii) de feitelijke en juridische context van de gedragingen.⁴¹

52.

41 Beslissing, p. 176, nr. 87, verwijzend naar VVB, nr. 515-541.

In tegenstelling tot wat PMB stelt, is het voor de kwalificatie van de inbreuk als een strekkingsbeperking niet van belang of de uitwisseling direct of indirect plaatsvindt.⁴² Het is evenmin relevant of het gaat om aangenomen of voorgenomen toekomstige prijzen.⁴³

53.

De tabaksfabrikanten vermengen en herhalen in hun conclusies de voorwaarden voor het bewijzen van OAFG's met de voorwaarden om te kunnen spreken van een strekkingsbeperking.⁴⁴ De toepasselijke analyse is: eenmaal is aangetoond dat er sprake is van twee OAFG's, wat de BMA heeft gedaan, is de volgende vraag of de OAFG's een mededingingsbeperkende strekking hebben. Als de jarenlange ervaring en rechtspraak wordt toegepast op de feiten, is het antwoord op deze vraag positief zoals blijkt uit hetgeen hierboven wordt geciteerd.

III.6 De kwalificatie als één voortdurende overtreding en de duur van de betrokkenheid

54.

Het College wijdt slechts één paragraafzin aan het vermeende bestaan van een enkele voortdurende inbreuk (het Marktenhof herneemt de desbetreffende passage hieronder letterlijk):

"Gelet op de rechtspraak⁴⁵ en het feit dat de onderzochte praktijken een gedurende een hele periode herhaalde uitwisseling van informatie betreft met een zelfde strekking en tussen dezelfde ondernemingen, waar zoals eerder gesteld door de auditeur is aangetoond dat BAT en PMB er soms ook om gevraagd hebben en dat ten minste IBB, JTI en PMB er actief van gebruik maakten, oordeelt het College dat sprake is van een enkele voortdurende inbreuk, wat evenwel niet inhoudt dat de duur van de inbreuk voor alle ondernemingen dezelfde is."
(Bestreden Beslissing, §92)

⁴² Horizontale Richtsnoeren, nr. 55; zie verder nr. 244 e.v.

⁴³ Arrest van het Hof van 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie*, gevoegde zaken 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, nr. 174; ontwerp Horizontale Richtsnoeren, nr. 424, verwijzend naar arrest Gerecht van 15 december 2016, *Koninklijke Philips NV/Commissie*, zaak 762/14, nr. 134-136.

⁴⁴ Syntheseconclusie PMB, nr. 146-147.

⁴⁵ Dienaangaande verwijst de Bestreden Beslissing naar: "Arrest van het Gerecht van 8 juli 2008, zaak T-53/03, *BPB plc tegen Commissie*, punt 257 en arrest van het Gerecht van 6 februari 2014, zaak T-27/10 *AC Treuhand v Commission*, punt 238 met verwijzing naar andere rechtspraak".

Dat is uiteraard weinig, of het onvoldoende is onderzoekt het Marktenhof hieronder.

55.

Een voortdurende inbreuk: volgens de jurisprudentie van het Hof van justitie moet de autoriteiten ten minste bewijzen aanvoeren die betrekking hebben op feiten die zich zo kort na elkaar hebben voorgedaan dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze inbreuk tussen twee welbepaalde tijdstippen zonder onderbreking heeft voortgeduurd. Bovendien kan de beoordeling van de voortdurendheid niet *in abstracto* plaatsvinden, het is logisch rekening te houden met prijscycli.

56.

Het College oordeelt in deze paragraaf dat er sprake is van één enkele voortdurende inbreuk, zonder evenwel het onderscheid te maken tussen de twee OAFGs, met name die tussen ITB, JTI en PMB enerzijds en die tussen PMB en BAT anderzijds, waarvan hij het bestaan heeft vastgesteld in §76 van de Bestreden Beslissing.⁴⁶

Het College had voor ieder van hen afzonderlijk het bestaan van een enkele en voortdurende inbreuk moeten aantonen en motiveren.

57.

Nu de Bestreden Beslissing geen onderscheid maakt tussen de twee OAFGs voor wat het bestaan van een enkele en voortdurende inbreuk betreft, moet worden besloten dat het College onmogelijk, in het dispositief, tot het besluit kon komen dat enerzijds ITB, JTI en PMB betrokken waren in een enkele en voortdurende inbreuk en anderzijds PMB en BAT hebben deelgenomen aan een (andere) enkele en voortdurende inbreuk.

58.

Zelfs indien het Marktenhof van oordeel zou zijn dat het College het enkel en voortdurend karakter van de inbreuken niet afzonderlijk voor ieder van de OAFGs moest vaststellen/aantonen, *quod non*, is

⁴⁶ De verwijzingen in §92 naar BAT en PMB enerzijds en ITB, JTI en PMB anderzijds zeggen niets over hun eigenlijke betrokkenheid bij de ene of andere vastgestelde OAFG.

de vaststelling zelf van het bestaan van een enkele en voortdurende inbreuk gebrekkig gemotiveerd zodat de Bestreden Beslissing minstens op deze grond deels moet worden vernietigd.

Uit §92 van de Bestreden Beslissing, zoals hoger geciteerd, volgt dat de motivering van het College op zijn minst gezegd héél summier is. Zo komt het College tot het besluit van het bestaan van een enkele en voortdurende inbreuk enkel en alleen op basis van de verwijzing naar (het bestaan van) bepaalde rechtspraak, zonder deze echter toe te passen op de feiten in het onderhavige geval.

59.

Dit staat in schril contrast met de beslissing van de ACM waarnaar de BMA vaak verwijst en de vaste beschikkingspraktijk van de Europese Commissie inzake de beoordeling van een enkele en voortdurende inbreuk, die eruit bestaat telkens elk constitutioneel bestanddeel van een enkele en voortdurende inbreuk afzonderlijk te analyseren, teneinde tot het bestaan (of ontbreken) van een enkele en voortdurende inbreuk te besluiten.⁴⁷

Deze praktijk is in lijn met de rechtspraak inzake motivering, op basis waarvan de Europese Commissie, en, naar analogie, de nationale mededingingsautoriteiten, "*gehouden [zijn] tenminste de feiten en de overwegingen te vermelden die in het bestek van haar besluit van wezenlijk belang zijn, zodat de bevoegde rechter en de betrokken partijen kunnen weten in welke omstandigheden zij het recht van de Unie heeft toegepast*".⁴⁸

60.

De noodzaak om elk constitutioneel bestanddeel van *in casu* een enkele en voortdurende inbreuk aan te tonen, volgt ook uit de Belgische rechtspraak in de *Kinepolis/Euroscoop* zaak, die het College overigens zelf aanhaalt:

⁴⁷ Zie in die zin, bijvoorbeeld, beschikking van de Europese Commissie van 24 juli 2018, *Denon & Marantz*, AT.40469, §§84-95 waarin expliciet twee enkele en voortdurende inbreuken werden vastgesteld en waarbij de Europese Commissie voor ieder van hen aantoonde dat de voorwaarden voor het bestaan van een enkele en voortdurende inbreuk waren vervuld; zie ook meer algemeen, bijvoorbeeld, Beschikking van de Europese Commissie van 3 september 2014, *Smart Card Chips*, AT.39574, §§276-315; Beschikking van de Europese Commissie van 2 december 2021, *Forex*, AT.40135; en Beschikking van de Europese Commissie van 8 juli 2021, *Car Emissions*, AT.40178.

⁴⁸ Arrest van 16 december 2015, *Martinair v Commissie*, T-67/11, punt 25 en de daar vermelde rechtspraak.

"De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de Wet 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, derwijze dat blijkt, of minstens kan worden nagegaan of de overheid is uitgegaan van gegevens die in rechte en in feite juist zijn, of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar beslissing is kunnen komen, zodat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden (zie o.m. R.v.St. nr. 153.326, 9 januari 2006, overweging 4.3.1)." (eigen onderstreping)⁴⁹

Eveneens werd in de OP zaak gesteld dat:⁵⁰

"De uiteenzetting van de motieven van een beslissing moet toelaten aan de betrokken personen om de redenen na te gaan van de beslissing en moet tevens een gerechtelijke controle van de motieven mogelijk maken. De motiveringsplicht van de BMA houdt echter niet in dat zij punt per punt moet antwoorden op alle argumenten die worden aangehaald tijdens de procedure. De vereiste motivering bestaat uit de uiteenzetting in de beslissing van de overwegingen in rechte en feite die dienen om de beslissing te staven. De motivering moet geschikt zijn. De motivering mag kort zijn, op voorwaarde dat ze voldoende en helder is, wat in deze zaak het geval is." (eigen onderstreping en eigen nadruk)

Uit het voorgaande volgt dat het voor de betrokken partijen en het Marktenhof mogelijk moet zijn om de motieven in rechte en in feite op grond waarvan de beslissing werd genomen aan te treffen, alsook om na te gaan of de gegevens waarop de BMA zijn beslissing heeft gesteund feitelijk en juridisch juist zijn en correct werden beoordeeld. Hoewel de motivering kort mag zijn, moet deze nog steeds geschikt zijn, en aldus voldoende helder zijn voor de betrokken partijen.

61.

⁴⁹ Brussel (Marktenhof), 28 februari 2018, *Euroscop/BMA*, nr. 24.

⁵⁰ Brussel (Marktenhof), 8 januari 2020, *OP*, p. 31.

Met andere woorden had het College, volgens vaste rechtspraak⁵¹, op basis van de feiten die voorliggen, het bewijs moeten leveren van:

- Een gemeenschappelijk doel ("**totaalplan**");
- Een bijdrage aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers; en
- Kennis van de gedragingen van de andere ondernemingen.

Het College had dus *in concreto* moeten aantonen dat er een algemeen plan bestond om de mededinging te beperken waaraan de fabrikanten elk middels 2 OAFG's hebben bijgedragen en zich tegelijkertijd bewust waren van het inbreukmakend karakter van elkaars gedrag, dat *in casu* uit de ontvangst en het verwerken van prijslijsten bestond.

Het College heeft in zijn Bestreden Beslissing echter niet onder het hoofdstuk "*één enkele en voortdurende inbreuk*"⁵² de bovenstaande elementen aangevoerd, laat staan aangetoond. In ieder geval kan de vervulling van hogergenoemde voorwaarden niet worden afgeleid door betrokkenen of het Marktenhof uit andere (niet nader genoemde) paragrafen van het deel van de Bestreden Beslissing dat slaat op de beoordeling door het College (en ook niet uit het VvB).

62.

Het summiere karakter van de beoordeling door het College wordt door de BMA geweten aan het feit dat het College in de meeste gevallen in voetnoot uitvoerig verwijst naar het VvB en het door de Auditeur gevoerde onderzoek (Conclusie BMA, §338).

In casu ontbreekt echter elke verwijzing naar andere paragrafen.

63.

⁵¹ Zie: arrest van 8 juli 1999, *Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, punt 87; arrest van het Gerecht van 15 maart 2000, *Cimenteries CBR e.a v Commissie*, T-25/95 e.v., punt 4123; zie ook recent, Conclusie AG Pitruzzella van 3 juni 2020, *Sony Corporation en Sony Electronics tegen Commissie*, punt 70.

⁵² Beslissing, §92.

Bovendien tracht de BMA zelf *a posteriori in conclusies en ter zitting* deze lacune op te vullen door te stellen dat er wel een algemeen plan bestond en dat dit zou worden aangetoond door een aantal "objectieve factoren" (Conclusie BMA, §§268 e.v.), met name:

"via groothandelaren ontvangen van vertrouwelijke toekomstige prijzen van concurrenten;

het zich niet op ondubbelzinnige wijze verzetten tegen de ontvangst van deze informatie; en

het verzenden van eigen prijsinformatie aan groothandelaren, terwijl de tabaksfabrikanten wisten of redelijkerwijs hadden moeten weten dat de groothandelaren deze informatie aan concurrenten zouden doorsturen."

De BMA mag echter de procedure voor het Marktenhof niet aangrijpen om de lacunes van de Bestreden Beslissing op te vangen of te remediëren.⁵³

64.

Bijgevolg is de Bestreden Beslissing aangetast door een manifest gebrek aan motivering aangaande één van de elementen van de vastgestelde inbreuk en moet deze bijgevolg deels worden vernietigd ten aanzien van alle Fabrikanten.

65.

De volgende middelen van de fabrikanten – zoals hier geherformuleerd door het Marktenhof - zijn derhalve gegrond:

- voor BAT: middel IV.B;
- voor JTI: middel IV;
- voor ITB: middel V;
- voor PMB: middel IV.

66.

⁵³ Zie bijvoorbeeld arrest van 19 juli 2012, *Alliance One International Inc en Standard Commercial Tobacco Co. Inc. t. Commissie*, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 121 waaruit *a contrario* volgt dat de EC geen nieuwe argumenten ter ondersteuning van haar beslissing die onderworpen is aan gerechtelijke controle mag aanvoeren.

Ten overvloede merkt het Marktenhof ook op dat er nog enkele andere gebreken zijn in de Bestreden Beslissing zoals de BMA zelf (terecht) erkent in conclusies zij het in ondergeschikte orde:

- a. de duurtijd van de respectieve inbreuken van de tabaksfabrikanten: **BAT** betwist terecht de einddatum van zijn inbreuk omdat de einddatum van de inbreuk door PMB werd vastgelegd op 25 februari 2014, en BAT nadien onmogelijk alleen (zonder tegenpartij in dezelfde OAFG) een inbreuk op het kartelverbod kan hebben gepleegd.⁵⁴ Ten gevolge hiervan zou de weerhouden duurtijd van de inbreuk in hoofde van BAT maximaal 2 jaar bedragen (de periode tussen 14 februari 2012 en 25 februari 2014).
- b. PMB stelt terecht dat de BMA bij de berekening van de boete geen rekening hield met haar omzetcijfers tijdens het referentiejaar 2013 terwijl ze die nochtans wel op 9 juli 2020 had meegedeeld aan de auditeur en ook nogmaals heeft gesignaleerd aan de BMA per mail van 13 mei 2022 (stuk 9 dossier PMB). De Bestreden Beslissing gebruikt dan ook ten onrechte 2014 (waarin de omzet van PMB hoger was) als referentiejaar. De Bestreden Beslissing erkent dat *“normaliter het laatste volledige jaar waarin de onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen”* gebruikt wordt als referentiejaar voor de omzet voor het berekenen van het basisbedrag (Bestreden Beslissing ¶101). Aangezien PMB’s deelname aan de beweerdelijke inbreuk volgens de Bestreden Beslissing zou zijn geëindigd op 25 februari 2014 (Bestreden Beslissing ¶63), diende 2013 derhalve te gelden als referentiejaar.

Alle overige middelen hoeven niet onderzocht of beantwoord te worden nu zij niet kunnen leiden tot een andere conclusie.

De kosten van de procedure

67.

De kosten van de procedure waaronder een rechtsplegingsvergoeding ten belope van 1.800 EUR voor elk van de fabrikanten komen ten laste van de BMA.

⁵⁴ Syntheseconclusie BAT, nr. 276-277.

68.

BAT dient echter de kosten verbonden aan het tweede verzoekschrift ten laste te nemen nu een administratieve vergissing in hoofde van BAT daarvan de enige oorzaak is.

OM DEZE REDENEN,

HET HOF,

Rechtsdoende op tegenspraak ;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken;

Voegt de zaken gekend onder de rolnummers 2022/AR/640, 2022/AR/652, 2022/AR/659, 2022/AR/662 en 2022/AR/745 samen in het belang van een efficiënte rechtsbedeling;

Verklaart het door middel van vijf verzoekschriften ingesteld hoger beroep van de tabaksfabrikanten ontvankelijk en als volgt gegrond;

Vernietigt de beslissing van het Mededingingscollege van de BMA, BMA-2022-IO-13 van 13 april 2022 in toepassing van artikel IV.52, §1, 2° van het Wetboek van economisch recht ingevoegd door de wet van 2 mei 2019, in de Zaak MEDE-I/O-17/0020 gedeeltelijk en bevestigt de Bestreden Beslissing enkel voor wat betreft de vaststelling van een inbreuk in hoofde van de fabrikanten op artikel IV.1 WER en artikel 101 VWEU;

Zegt voor recht dat de verdere afhandeling (motivering van het eventueel voortdurend karakter, begin en einduur van de inbreuk en bepaling van eventuele boetes die proportioneel, passend en effectief moeten zijn rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmarge van de BMA) toekomt aan de BMA door een anders samengesteld college.

Beveelt conform IV.90 par. 3 derde lid WER in afwachting van een verdere beslissing van de BMA dat het betaalde bedrag van de geldboeten aan de betrokkenen wordt terugbetaald.

Veroordeelt de BMA tot de gerechtskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding van EUR 1.800 aan elk van de fabrikanten.

Veroordeelt de BMA, overeenkomstig artikel 269/2 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten tot betaling aan de Belgische Staat, FOD Financiën, van het rolrecht hoger beroep telkens ten bedrage van 400,00 euro, en tot het definitief ten laste nemen telkens van de bijdrage van € 22,00 Budgetair Fonds voor vier van de vijf verzoekschriften;

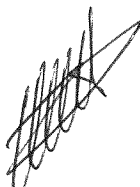
Veroordeelt BAT overeenkomstig artikel 269/2 van het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten tot betaling aan de Belgische Staat, FOD Financiën, van het rolrecht hoger beroep ten bedrage van 400,00 euro, en tot het definitief ten laste nemen van de bijdrage van € 22,00 Budgetair Fonds voor één van de vijf verzoekschriften;

Beveelt de griffie aan de Europese Commissie conform artikel 15 (2) van Verordening 1/2003 een afschrift toe te zenden van onderhavig arrest nadat de volledige uitspraak aan de partijen is betekend.

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 19^e kamer A van het hof van beroep te Brussel op 15 februari 2023,

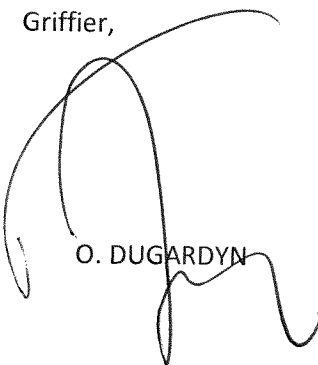
waar aanwezig waren:

Mevr. A-M. WITTERS,
Dhr. F. FOGLI,
Dhr. O. DUGARDYN,
Dhr. S. DE COOMAN,

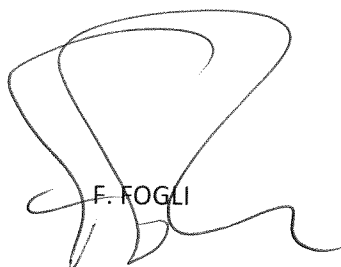


S. DE COOMAN

Raadsheer,
Raadsheer,
Plaatsvervangend Raadsheer,
Griffier,



O. DUGARDYN



F. FOGLI



A-M. WITTERS