Belgische Mededingingsautoriteit

PUBLIEKE VERSIE

Het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit

Beslissing 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

Zaak MEDE-I/O-17/0020

TABAK

Inhoud

I. Procedure 3
II. Betrokken ondernemingen 4
II.1 Philip Morris Benelux BVBA 4
II.2 Établissements L. Lacroix Fils NV 4
II.3 British American Tobacco Belgium NV 5
II.4 JT International Company Netherlands BV 5
II.5 Overige ondernemingen 5
III. Gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur 6
IV. Schriftelijke opmerkingen 131
IV.1 British American Tobacco Belgium NV 131
IV.2 Philip Morris Benelux BVBA 134
IV.3 JT International Company Netherlands BV 142
IV.4 Etablissements L. Lacroix Fils NV 149
IV.5 Vlaamse Federatie van Persverkopers 157
V. Beoordeling door het Mededingingscollege 162
V.1 Procedure 162
V.2 Marktafbakening 162
V.3 Onderzochte praktijken 163
V.4 Juridische analyse 166
VI. Aansprakelijkheid 173

VII. Sancties 173
VII.1 Toepasselijke richtsnoeren 173
VII.2 Basisbedrag van de boete 174
VII.3 Toevoeging extra bedrag 175
VII.4 Aanpassing in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden 175
VII.5 Samenvatting 176
VII.6 Wettelijk maximum voor de boete 176

I. Procedure

1. Op 8 mei 2017 werd door de auditeur-generaal van de Belgische Mededingingsautoriteit (verder "BMA") op basis van het oude artikel IV.41, §1, 2° Wetboek Economisch Recht (verder "WER") een ambtshalve onderzoek geopend met betrekking tot de prijzenpolitiek van vier fabrikanten van tabaksproducten, met name de ondernemingen Philip Morris Benelux BVBA, Établissements L. Lacroix Fils NV en haar commerciële divisie Imperial Tobacco Belgium, Japan Tobacco International Company Netherlands BV (Belgian branch), British American Tobacco Belgium NV, en van de groothandelaren Tabagro West CVBA en Timani NV.

2. Dit ambtshalve onderzoek werd geregistreerd onder nummer MEDE-I/O-17/0020 en handelt over de vermeende schending van de artikelen IV.1 WER en/of 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (verder "VWEU").

3. Het onderzoek in deze zaak werd gevoerd door de heer Carl Wettinck, die op 8 mei 2017 door de auditeur-generaal werd aangewezen als auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek en Katrijn De Vliegher en Lindsey Verbanck, beiden attaché. Overeenkomstig het oude artikel IV.29 WER werd Bert Stulens aangeduid als tweede auditeur die deel uitmaakt van de cel die wordt samengesteld voor deze zaak.

4. Van 29 mei 2017 tot en met 6 juni 2017 werden huiszoekingen uitgevoerd bij de vier betrokken fabrikanten en twee groothandelaren. Daarbij werden kopieën van papieren en digitale documenten meegenomen. Tijdens het onderzoek werden verzoeken om inlichtingen gestuurd naar de vier fabrikanten en de FOD Financiën. Voorts werden mondelinge verklaringen afgenomen van de heer Albert Vertommen (Timani NV) en de heer Ben Cauwelier (Tabagro West CVBA).

5. Na de inwerkingtreding van de wet van 2 mei 2019 houdende wijzigingen van boek I "Definities", van boek XV "Rechtshandhaving" en vervanging van boek I "Bescherming van de mededinging" van het Wetboek van economisch recht heeft de auditeur-generaal overeenkomstig artikel IV.27, §4 WER Bert Stulens aangewezen als auditeur-adviseur.

6. Op 26 april 2021 heeft de auditeur, na advies van de auditeur-adviseur, overeenkomstig artikel IV.46, §1 WER, een Mededeling van Grieven aan de betrokken ondernemingen gestuurd.

7. Op 2 augustus 2021 hebben de betrokken ondernemingen vervolgens hun antwoorden op de Mededeling van Grieven overgemaakt waarna de auditeur op 1 oktober 2021 voorliggend voorstel van beslissing heeft neergelegd bij de voorzitter.

8. Op 1 oktober 2021 heeft de auditeur een beslissing genomen over vertrouwelijkheid van passages en documenten inzake proceduredossier TABAK.

9. Op 6 oktober 2021 hebben Philip Morris Benelux BVBA, Établissements L. Lacroix Fils NV, British American Tobacco Belgium NV, JT International Company Netherlands BV en de Vlaamse Federatie van Persverkopers vertrouwelijke schriftelijke opmerkingen op het gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur geformuleerd.

10. Op 25 oktober 2021 heeft de Voorzitter het College samengesteld.

11. Op 6 december 2021 heeft de auditeur-generaal Damien Gerard te kennen gegeven niet te zullen optreden in dit dossier omwille van een belangenconflict, en heeft bijgevolg Karel Marchand aangeduid als auditeur-generaal.

12. Op 23 december 2021 heeft de Voorzitter partijen opgeroepen voor de zitting van 27 januari 2022.

13. Op 20 januari 2022 heeft de Voorzitter de partijen opgeroepen voor de zitting van 18 februari 2022.

14. Op 18 februari 2022 werden Philip Morris Benelux BVBA, Établissements L. Lacroix Fils NV, British American Tobacco Belgium NV, JT International Company Netherlands BV, Vlaamse Federatie van Persverkopers, het Auditoraat, de directeurs economische en juridische zaken gehoord door het College.

15. Op 15 maart 2022 werd de ontwerpbeslissing overgemaakt aan de Europese Commissie in toepassing van artikel 11(4) van de Verordening 1/2003. De termijn herbegon te lopen op 12 april 2022.

II. Betrokken ondernemingen

II.1 Philip Morris Benelux BVBA

16. **Philip Morris Benelux BVBA**, een vennootschap naar Belgisch recht, heeft haar maatschappelijke zetel te Borsbeeksebrug 24, 2600 Berchem[1] (ondernemingsnummer 0403.196.039). De moederonderneming van Philip Morris Benelux BVBA is Philip Morris International Inc., een vennootschap naar Amerikaans recht (Virginia).

17. Philip Morris Benelux BVBA is een volledige (100%) indirecte dochteronderneming van Philip Morris International Inc. die de holdingvennootschap is en waarvan de dochterondernemingen, verbonden ondernemingen en hun licentiehouders actief zijn in de productie en verkoop van sigaretten en andere nicotine-bevattende producten op markten buiten de Verenigde Staten.

18. Tot 1 juli 2010 opereerde de groep Philip Morris in België voor de verkoop en levering van tabak en aanverwante producten, waaronder sigaretten, via twee entiteiten: (1) een entiteit verantwoordelijk voor de verkoop, Philip Morris Benelux BVBA (tot 2010 Philip Morris Belgium BVBA genaamd); en (2) een entiteit verantwoordelijk voor backoffice diensten, waaronder HR, financiële diensten en marketing, Philip Morris Benelux Services BVBA (tot 2010 Philip Morris Benelux BVBA genaamd). Op 1 juli 2010 fuseerden beide entiteiten en werd de overblijvende entiteit Philip Morris Benelux BVBA genoemd.

19. De voornoemde entiteit Philip Morris Benelux BVBA wordt hierna verder aangeduid als “PMB”.

II.2 Établissements L. Lacroix Fils NV

20. **Établissements L. Lacroix Fils NV**, een vennootschap naar Belgisch recht, heeft haar maatschappelijke zetel te Sint-Bavostraat 66, 2610 Antwerpen (ondernemingsnummer 0404.266.702). Haar moederonderneming is Imperial Brand PLC, een vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk.

21. Établissements L. Lacroix Fils NV is een volledige (100%) indirecte dochteronderneming van Imperial Brand PLC. Établissements L. Lacroix Fils NV bestaat enerzijds uit een divisie in Mechelen die instaat voor de verkoop van tabaksproducten, Imperial Tobacco Belgium, en anderzijds uit een divisie in Wilrijk die verantwoordelijk is voor de productie van sigarettenpapier.

[1] Tot 25 maart 2019 was de maatschappelijke zetel gevestigd te Berchemstadionstraat 72, 2600 Berchem.

22. Imperial Brand PLC is een multinationale beursgenoteerde fabrikant en verkoper van tabaksproducten en e-vapour producten. Imperial Brands PLC produceert voornamelijk sigaretten en tabak van fijne snede in diverse fabrieken over de hele wereld.[2]

23. De voornoemde entiteit Établissements L. Lacroix Fils NV, bestaande uit een divisie in Mechelen en een divisie in Wilrijk, wordt hierna verder aangeduid als "ITB".

II.3 British American Tobacco Belgium NV

24. **British American Tobacco Belgium NV**, een vennootschap naar Belgisch recht, heeft haar maatschappelijke zetel te Nieuwe Gentsesteenweg 21, 1702 Dilbeek (ondernemingsnummer 0402.018.577). Haar moederonderneming is British American Tobacco PLC, een vennootschap naar Engels recht.

25. British American Tobacco Belgium NV is een volledige (100%) indirecte dochteronderneming van British American Tobacco PLC. British American Tobacco Belgium NV verkoopt producten die worden gerookt: sigaretten, RYO[3]-tabak, MYO[4]-tabak, sigaren en filterhulzen.

26. British American Tobacco PLC is de internationale moederonderneming van British American Tobacco Belgium NV en een holdingmaatschappij die een groep bedrijven controleert die volgende producten vervaardigen en op de markt brengen over de hele wereld: (i) producten die worden gerookt en (ii) producten met een potentieel verminderd risico (zijnde tabaksproducten die worden verwarmd in plaats van verbrand, producten die worden verdampt en tabaks- en niet-tabaksproducten voor oraal gebruik).[5]

27. De voornoemde entiteit British American Tobacco Belgium NV wordt hierna verder aangeduid als "BAT".

II.4 JT International Company Netherlands BV

28. **JT International Company Netherlands BV,** een vennootschap naar Nederlands recht, heeft haar maatschappelijke zetel te 1181 RM Amstelveen, Bella Donna 4, Nederland en een vestigingseenheid te Boechoutlaan 55, 1853 Grimbergen. Haar moederonderneming is de vennootschap naar Japans recht, Japan Tobacco Inc.

29. JT International Company Netherlands BV is een volledige (100%) indirecte dochteronderneming van Japan Tobacco Inc. JT International Company Netherlands BV verkoopt tabaksproducten en rookaccessoires in België, waaronder sigaretten, rooktabak, sigaren en cigarillo's.[6]

30. De voornoemde entiteit JT International Company Netherlands BV wordt hierna verder aangeduid als "JTI".

II.5 Overige ondernemingen

31. In het dossier zijn naast de vier genoemde fabrikanten nog twee andere ondernemingen betrokken. Deze ondernemingen, die afnemers van de vier fabrikanten zijn, worden niet vervolgd.

---

2 Antwoord van ITB van 21 maart 2019, p. 2.
3 Roll your own.
4 Make your own.
5 Antwoord van BAT van 11 maart 2019, p. 5.
6 Antwoord van JTI van 18 maart 2019, p. 4.

II.5.1 Tabagro West CVBA

32. **Tabagro West CVBA** (verder "Tabagro"), met maatschappelijke zetel te 8800 Roeselare, Industrieweg 45, is actief als groothandelaar van tabaksproducten en fungeert als koepel voor vier onafhankelijke groothandelaren: Volckaert, Tassenoy, Jublou en Vermeulen.

II.5.2 Timani NV

33. **Timani NV** (verder "Timani"), met maatschappelijke zetel te 2860 Sint-Katelijne-Waver, Duffelsesteenweg 46, is actief als groothandelaar van tabaksproducten[7].

III. Gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur

34. Het gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur luidt als volgt:

"III.Betrokken producten en sector

III.1 Producten

26. De onderzochte gedragingen hebben betrekking op de verkoop en distributie van sigaretten.

27. De fabrikanten brengen verschillende merken van sigaretten op de markt in België. Door de jaren heen en gedurende de inbreukperiode treden er wisselingen op in merken die ter verkoop worden aangeboden: merken worden van de markt gehaald en vervangen door een ander, nieuw merk, of een merk wordt in een andere, nieuwe, verpakking aangeboden.

28. Naast de verschillende merken worden de sigaretten ook aangeboden in verschillende soorten verpakking. Er zijn verschillende verpakkingsgrootten met verschillende inhoud en benaming (XL, small pack, regular pack, ….).

29. Pakjes sigaretten worden verkocht aan verschillende prijsniveaus. Het prijsniveau wordt onder meer bepaald door het merk, de soort of soorten van verwerkte tabak, met of zonder filter, het aantal sigaretten per pakje en de prijsstrategie van de betreffende fabrikanten.

30. PMB is fabrikant van onder meer de merken Marlboro, L&M, Next, Chesterfield, Armada, Merit, Muratti en Philip Morris.

31. BAT is fabrikant van onder meer de merken Lucky Strike, Pall Mall, Belga, Boule D'or, Rothmans, Peter Stuyvesant, Dunhill, Gladstone, Johnson, Vogue, Richmond, Tigra en Kent.

32. JTI is fabrikant van onder meer de merken Camel, American Spirit, Mayfair, B&H, Sterling, St. Michel en Winston.

33. ITB is fabrikant van onder meer de merken Gauloises, Bastos, Davidoff, Embassy, Fortuna, Gitanes, Richmond, JPS, News, NYc, Route 66, Superkings en West.

---

[7] In 2011 werden de groothandelsactiviteiten grotendeels verkocht aan Lyfra. Sindsdien beheert Timani voornamelijk sigarettenautomaten (ongeveer 1200) en belevert het nog een beperkt aantal (15-tal) winkels.

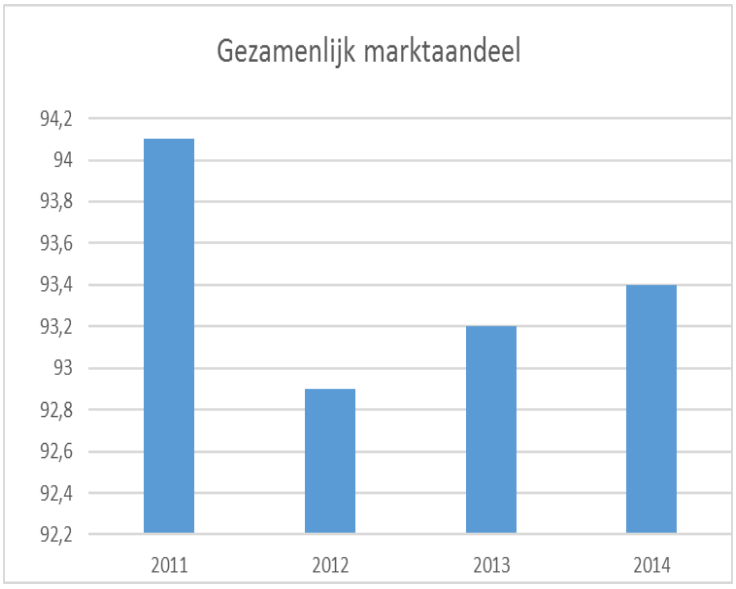
34. In de top 20 van best verkochte merken van sigaretten in België staat er slechts één merk van een andere fabrikant. De andere 19 best verkochte sigarettenmerken in België behoren allen toe aan BAT, JTI, PMB of ITB.[8]

III.2 Marktbeschrijving

III.2.1 Fabrikanten

35. De productie en verkoop van sigaretten in België is grotendeels in handen van vier tabaksfabrikanten, met name PMB, ITB, JTI en BAT.

36. Hun gezamenlijk marktaandeel in België was gedurende de ganse inbreukperiode stabiel en hoog, namelijk meer dan 90%. Hoewel er in 2012 een lichte daling van het gezamenlijk marktaandeel was, zien we op onderstaande grafiek dat het gezamenlijk marktaandeel in 2013 en 2014 opnieuw is gestegen.



Bron: grafiek BMA op basis van gegevens van Euromonitor International

37. De betrokken fabrikanten hadden gedurende de inbreukperiode elk stabiele marktaandelen. PMB is marktleider met een marktaandeel van [35-45]%, BAT volgt met een marktaandeel van [25-35]% en vervolgens zijn er ITB met een marktaandeel van [10-20]% en JTI met een marktaandeel van [5-10]%. De overige fabrikanten hebben allen marktaandelen kleiner dan 2%.[9]

38. Dit vertaalt zich ook in de ranglijst van meest verkochte merken, waarbij de top vijf respectievelijk bestaat uit drie merken van PMB (Marlboro Red, L&M en Marlboro Gold), één merk van ITB (Gauloises) en één merk van BAT (Boule d'Or).

39. Naast de vier vermelde fabrikanten zijn er nog een aantal kleinere lokale fabrikanten actief op de Belgische markt met een beperkt marktaandeel zoals Van Landewyck, Stubbe (roltabak), Flandria en een aantal private label merken.

---

8 Bron: Euromonitor International, *Passport Cigarettes in Belgium August 2015* en *Passport Cigarettes in Belgium July 2019*.

9 *Ib*.

40. PMB, ITB, JTI en BAT onderscheiden zich van de andere in België werkzame fabrikanten en/of importeurs op basis van hun marktpositie, zowel voor wat betreft de verkoopvolumes als de marktaandelen en bieden in België internationaal bekende merken aan.

41. Nagenoeg alle in België door consumenten gekochte sigaretten worden buiten België geproduceerd. PMB, ITB, JTI en BAT laten de sigaretten die ze verkopen op de Belgische markt produceren in hun buitenlandse fabrieken om ze vervolgens in België te importeren. Enkel ITB vermeldt een productiesite in België.[10]

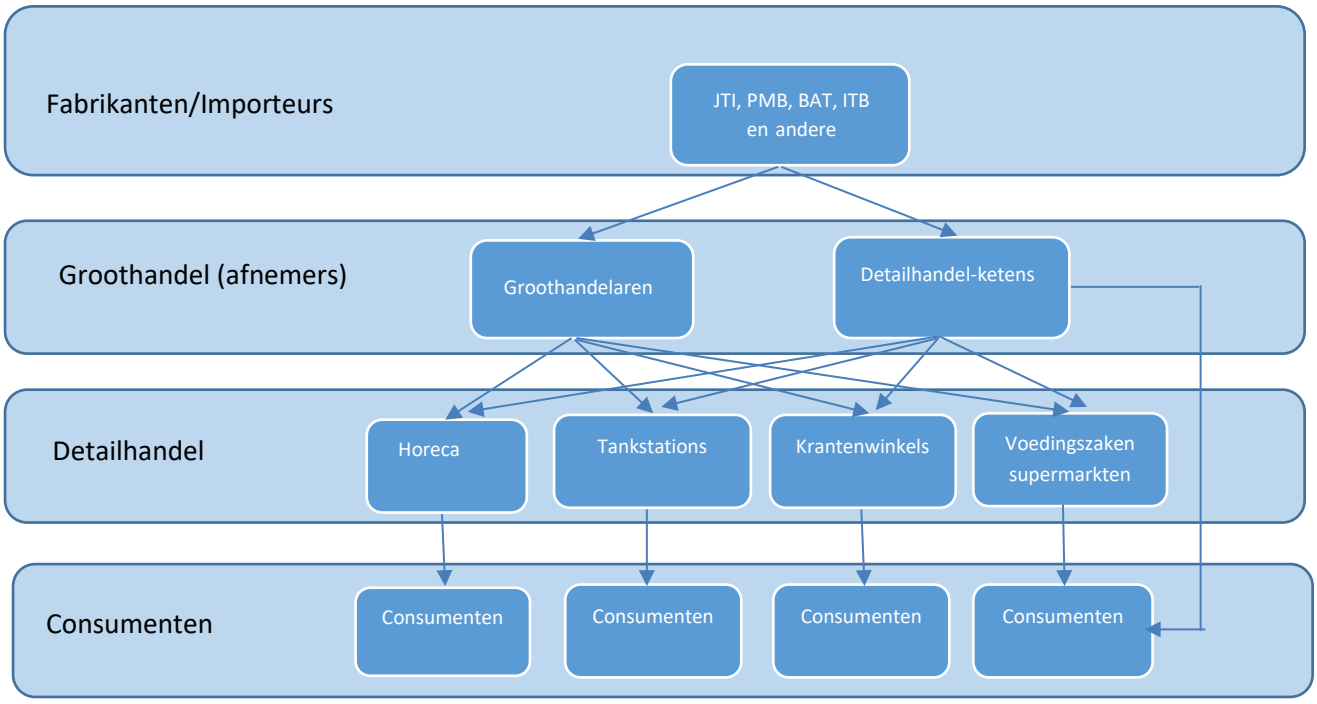
42. Behalve een aantal overnames van bestaande ondernemingen en de daar bijhorende sigarettenmerken is er de afgelopen 10 jaar geen enkele markttoetreding geweest.

43. Samenvattend kan worden gesteld dat PMB, ITB, JTI en BAT de voornaamste spelers zijn en elkaars dichtste concurrenten op de markt voor sigaretten in België.

III.2.2 Distributiekanalen

44. Tabaksproducenten verkopen hun tabaksproducten in België aan groothandelaren en in enkele gevallen aan de detailhandel. In het geval van rechtstreekse verkoop door de tabaksproducenten aan de detailhandel gaat het om verkoop aan grote detailhandel-ketens zoals Colruyt.

45. De groothandelaren en grote detailhandel-ketens zoals Colruyt verkopen/distribueren de sigaretten verder aan individuele detailhandelaren. Daarna worden de sigaretten door deze verkooppunten verkocht aan de eindconsument.



III.2.2.a Groothandel

[10] Antwoord van ITB van 15 november 2019, p. 2.

46. De distributie van sigaretten gebeurt, na de inkoop bij de fabrikanten, door de groothandel. Deze groothandelaren zijn meestal ook actief als groothandel van andere consumentengoederen, zoals bijvoorbeeld snoepgoed, drank, vers- en diepvriesproducten en producten voor telecommunicatie. Soms biedt de groothandel ook opleidingen en marketingondersteuning aan in de vorm van winkelinrichting, folders en/of advertenties.[11]

47. De groothandel verkoopt meestal een breed assortiment van goederen aan de detailhandel. Detailhandelaren kopen meestal diverse groepen van producten, zodat het vervoer en de opslag van de ingekochte goederen kan gecombineerd worden. Op deze wijze kunnen de kosten worden gedrukt en de efficiëntie verhoogd.

48. De groothandel biedt vaak sigaretten aan van verschillende merken en in verschillende uitvoeringen. Een groothandel levert doorgaans alle merken of merkvarianten die een fabrikant in zijn assortiment heeft. Fetadis is de vereniging van tabaksdistributeurs in België.

49. In de tabaksgroothandel heeft zich de voorbije decennia een consolidatiebeweging voltrokken. Ongeveer 90% van de distributie van rookwaren gebeurt door vier spelers: Conway met een marktaandeel van 35%, Lyfra Lekkerland met een marktaandeel van 28%, Trendy Foods met een marktaandeel van 17% en Tabagro met een marktaandeel van 10%.[12] *De resterende 10% is in handen van kleinere groothandelaren (waaronder Timani) alsook van Colruyt.*

III.2.2.b Detailhandel

50. De detailhandelaren worden meestal op indirecte wijze beleverd door de fabrikanten. Zoals aangegeven verkopen fabrikanten hun sigaretten immers niet direct aan de individuele detailhandelaar maar via de groothandel. Detailhandelaren kopen de sigaretten aan bij de directe afnemers (groothandel of de detailhandel-keten) en verkopen deze dan aan de eindconsument.

51. Consumenten kunnen op vele locaties sigaretten kopen, met name in supermarkten, in tankstations, in krantenwinkels, de horeca, enz.

52. Gedurende de inbreukperiode waren supermarkten en krantenwinkels de twee belangrijkste distributiekanalen voor sigaretten in België met respectievelijk [30-35]% en [25-35]% van het totale volume van verkopen.[13]

III.3 Marktomvang

53. De verkoop van sigaretten op de Belgische markt is gedurende de inbreukperiode stabiel gebleven[14]*:*

Jaar	***2011***	***2012***	***2013***	***2014***
Aantal verkochte sigaretten (miljoen sticks)	*10,715*	*11,2*	*11,01*	*10,777*

11 Bron: tijdschrift Radar, april-mei 2019, *Dossier Tabaksgroothandel*, p. 8 en 16.

12 *Ib*., p. 6.

13 Bron: Euromonitor International.

14 *Ib*.

54. Ook de omzet die hiermee werd gegenereerd, bleef stabiel gedurende de inbreukperiode[15]:

Jaar	***2011***	***2012***	***2013***	***2014***
Waarde verkoop sigaretten (miljoen EUR)	*2.664,7*	*2.902,6*	*2.984,4*	*2.953,8*

III.4 Fiscaal regime voor sigaretten

55. De prijszetting van sigaretten wordt in belangrijke mate beïnvloed door de heffing van accijnzen. De overheid heft accijnzen op tabaksproducten, meer bepaald op sigaretten, sigaren en rooktabak. De accijnzen moeten het roken ontmoedigen maar vormen ook een belangrijke inkomstenbron voor de overheid.

56. De Europese richtlijnen op dit gebied geven vorm aan de Belgische regelgeving over accijnzen op tabaksproducten. België heeft deze richtlijnen overgenomen in de nationale regelgeving en verder uitgewerkt in gedetailleerde interne richtlijnen en nota's voor de marktdeelnemers.

57. De geconsolideerde richtlijn 2011/64/EU bevat de basisstructuur van de accijnzen op tabaksproducten.[16] De accijnstarieven werden bepaald in de wet van 3 april 1997[17] en zijn sindsdien herhaaldelijk gewijzigd. In haar huidige vorm legt de wet onder meer de begrippen marktdeelnemer en afnemer vast en bepaalt zij de anti-forestalling maatregelen[18]. De wet wordt uitgevoerd in het ministerieel besluit van 1 augustus 1994 betreffende het fiscaal stelsel van gefabriceerde tabak en in het koninklijk besluit van 18 juli 2013.

58. Het belastingstelsel voor tabaksproducten bestaat in België essentieel uit twee componenten: (i) de BTW[19] en (ii) de accijnzen.

59. Accijnzen zijn indirecte belastingen op het verbruik of gebruik van bepaalde producten, zowel vervaardigd in het binnenland als afkomstig uit de lidstaten van de Europese Unie of ingevoerd uit derde landen. Er zijn twee categorieën van accijnzen: de ad valorem accijnzen die worden berekend in de vorm van een percentage van de kleinhandelsprijs (consumentenprijs) en de specifieke accijnzen en specifieke bijzondere accijnzen die worden berekend volgens het gewicht of het aantal rookwaren.

60. De tarieven verschillen naar gelang de aard van het tabaksproduct, namelijk of het gaat om Factory Made Cigarettes (verder "FMC") of andere tabaksproducten.

---

15 *Ib*.

16 De basisstructuur van de accijnzen op tabak wordt vanaf 1972 door EU-richtlijnen vastgelegd. Zij werden samengevoegd in de geconsolideerde Richtlijn 2011/64/EU van de Raad van 21 juni 2011 betreffende de structuur van de accijns op tabaksfabricaten. Oorspronkelijk stelde de Europese Commissie een absolute harmonisering van de tarieven voor, maar uiteindelijk werden slechts minimumtarieven vastgelegd.

17 Wet van 3 april 1997 betreffende het fiscaal stelsel van gefabriceerde tabak.

18 Deze maatregelen werden door de regering in 2013 ingevoerd en bepalen dat tabaksproducten die nog belast worden aan het oude tarief, slechts een beperkte tijd op de markt mogen blijven na de tariefwijzigingen.

19 Voor tabaksproducten geldt een btw-tarief van 21%.

61. De accijnzen worden voldaan door middel van accijnszegels of banderollen, in het administratieve taalgebruik fiscale kentekens[20] genoemd, waarop de kleinhandelsprijs en de hoeveelheid sigaretten worden gedrukt.

62. De fabrikanten kunnen deze fiscale kentekens bestellen bij de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen. Hun bestelling wordt ingediend onder de vorm van een bepaalde prijsklasse die betrekking heeft op een bepaalde kleinhandelsprijs en verpakkingshoeveelheid. Hierbij is geen tijdslimiet voorzien.[21] De fabrikanten kunnen de fiscale kentekens bestellen in functie van hun behoeften en rekening houdende met hun geplande productieactiviteiten en inverbruikstellingen.

63. Op het moment van de inverbruikstelling moet de fabrikant hiervan aangifte doen en moeten de verschuldigde accijnzen en BTW onmiddellijk worden betaald. De betaling van de accijnzen en BTW geschiedt bijgevolg later dan het moment van de bestelling van de fiscale kentekens of het moment van de levering ervan, doch eerder dan het moment van verkoop aan de consument.[22]

64. De regering kan de accijnstarieven op elk ogenblik aanpassen. Aanpassingen worden gewoonlijk doorgevoerd met 1 januari als ingangsdatum, maar aanpassingen kunnen ook tijdens het jaar worden doorgevoerd. Wanneer accijnzen worden aangepast, beschikken de fabrikanten en afnemers (groothandelaren) over een overgangsperiode van twee maanden om de resterende voorraad waarop de oude belasting van toepassing is te verkopen alvorens over te schakelen op producten waarop de nieuwe belasting van toepassing is.

65. Per 1 januari 2021 zijn de accijnzen voor tabaksproducten in België gewijzigd.[23]

	Tarief vóór 1 januari 2021	***Tarief vanaf 1 januari 2021***
Sigaretten	*ad valorem accijns:* *40,04 % van de kleinhandelsprijs* *ad valorem bijzondere accijns: 0,00 % van de kleinhandelsprijs* *specifieke accijns:*	*ad valorem accijns:* *40,04 % van de kleinhandelsprijs* *ad valorem bijzondere accijns: 0,00 % van de kleinhandelsprijs* *specifieke accijns:*

20 Tot 2010 moesten marktdeelnemers die tabaksproducten op de Belgische markt in verbruik stellen, de accijnzen betalen wanneer zij de fiscale kentekens (zegels) aankochten. Sinds 2011 zijn de accijnzen pas verschuldigd bij de inverbruikstelling, namelijk het moment waarop de tabaksproducten in de handel worden gebracht.
Voor elke verpakkingsinhoud met een bepaalde prijs (prijsklasse) bestaat een specifiek fiscaal kenteken. Volgens de Europese Commissie moeten echter alle productverpakkingen vrij aangevraagd en op de markt gebracht kunnen worden.

21 Er bestaat wel een geldigheidstermijn voor de fiscale kentekens. Deze moeten namelijk binnen een periode van 12 maanden (voor sigaretten) of 24 maanden (voor de andere tabaksproducten) worden aangebracht op de verpakkingen van in verbruik gestelde tabaksproducten. Deze termijn vangt aan op de datum van levering van de fiscale kentekens.

22 Antwoord van FOD Financiën van 26 augustus 2020, p. 1-5.

23 Onder tabaksproducten wordt verstaan (i) FMC, (ii) tabak van fijne snede voor het rollen van sigaretten en (iii) andere soorten rooktabak.
https://financien.belgium.be/sites/default/files/Customs/NL/PDF/Accijnzen/DA%20010.136_nota%20NL%20tariefwijzigingen%20_1%20januari%202019.pdf; Programmawet van 20 December 2020.

	6,8914 EUR per 1.000 stuks *specifieke bijzondere accijns:* *59,5777 EUR per 1.000 stuks*	*6,8914 EUR per 1.000 stuks* *specifieke bijzondere accijns:* *74,5777 EUR per 1.000 stuks*

III.5 Prijsvorming

66. Tabaksfabrikanten zijn wettelijk verplicht om de consumentenverkoopprijs[24] voor hun producten (sigaretten en/of roltabak) vast te stellen.[25] Deze prijs wordt vermeld op de accijnszegel die is aangebracht op de tabaksverpakking en is de prijs die de consument uiteindelijk betaalt.

67. De consumentenverkoopprijs bestaat voor een groot deel uit de door de overheid opgelegde BTW en accijnzen en de netto ex-fabrieksprijs (ex-factory-prijs). Door sommige marktdeelnemers wordt dit ook het net available-gedeelte genoemd.

68. De afnemers ontvangen een handelsmarge hetgeen een vast percentage van de netto ex-fabrieksprijs vormt.[26]

69. De consumentenverkoopprijs is de basis voor de factuurprijs, namelijk de prijs die de groothandelaren betalen aan de fabrikant. Eenvoudig gesteld is de factuurprijs gelijk aan de consumentenverkoopprijs min de marge van de groothandelaar.

70. De marge van de groothandelaar is het resultaat van onderhandelingen tussen de fabrikanten en elke groothandelaar. Daarnaast kan de groothandelaar soms aanspraak maken op bepaalde kortingen (volumekortingen, kortingen in geval van contante betaling, ….), afhankelijk van de geldende contractuele bepalingen.[27]

71. Groothandelaren verkopen de door hen aangekochte producten aan detailhandelaren aan de groothandelsprijs, die gelijk is aan de consumentenprijs min de marge voor de detailhandelaren. Deze marge wordt onderhandeld tussen de groothandelaar en de detailhandelaar. De fabrikant komt hierin niet tussen.

72. Detailhandelaren verkopen de door hen aangekochte producten vervolgens aan consumenten tegen de consumentenverkoopprijs die door de fabrikant is vastgesteld.

III.6 Marktafbakening

III.6.1 Productmarkt

III.6.1.a beslissingspraktijk

24 Retail Selling Price of RSP.

25 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.

26 Fictief cijfervoorbeeld: indien een fabrikant een consumentenprijs van 5 EUR per 20 sigaretten van het merk X vaststelt, is 4 EUR daarvan accijnzen en BTW en 1 EUR is netto ex-fabrieksprijs of *net available*.

27 In het fictieve voorbeeld zouden de fabrikant en de groothandelaar kunnen overeenkomen dat de groothandelaar 4,70 EUR betaalt aan de fabrikant voor het betrokken product. In dat geval is de marge van de groothandelaar 30 cent.

73. In eerdere beslissingen heeft de Europese Commissie een aparte markt weerhouden voor FMC, die wordt onderscheiden van de overige tabaksproducten zoals RYO, pijptabak, sigaren en sigarettenhulzen en vloeitjes.[28]

74. Hoewel fabrikanten zelf binnen de categorie sigaretten vaak nog een onderscheid maken op basis van samenstelling, smaak, imago, enz., heeft de Europese Commissie de vraag naar een verdere opsplitsing van deze markt in het verleden open gelaten[29] *of beschouwde zij een nadere segmentering als arbitrair en niet betekenisvol*[30]*.*

75. Een verdere opdeling van de markt voor sigaretten achtte de Europese Commissie in eerdere beslissingen niet nodig.[31]

III.6.1.b Onderzoek

76. PMB, JTI, BAT, ITB bieden elk verschillende merken en varianten van merken van sigaretten aan op de Belgische markt tegen uiteenlopende prijzen. Doorheen de jaren treden er verschillende wijzigingen in het assortiment op: sommige producten verlaten de markt en nieuwe varianten worden geïntroduceerd; per merk worden bovendien verschillende soorten verpakkingen en verpakkingsgrootten aangeboden.[32]

77. Iedere fabrikant verstuurt prijslijsten naar zijn klanten; deze prijslijsten bevatten een overzicht van alle producten en merkvarianten met vermelding van de toepasselijke prijs.

78. Iedere fabrikant vergelijkt de eigen producten en merken qua prijs, samenstelling, smaak en imago met de producten van zijn concurrenten. Elke fabrikant maakt bovendien zijn eigen segmentering voor de indeling van de aangeboden merken en merkvarianten.

79. [VERTROUWELIJK][33]

80. Hierbij wordt opgemerkt dat een merk niet noodzakelijk tot een bepaald segment behoort. De marktpositionering van een merk kan evolueren in de loop van de tijd.

III.6.1.c Conclusie

81. De auditeur is van oordeel dat er tijdens het onderzoek geen elementen naar voor zijn gekomen om af te wijken van de productmarktafbakening zoals weerhouden door de Europese Commissie en weerhoudt de markt voor sigaretten als markt waarop de onderzochte gedragingen betrekking hebben.

82. Overigens volgt uit de rechtspraak dat de markt die wordt bedoeld in een besluit van een mededingingsautoriteit houdende vaststelling van een inbreuk op artikel IV.1, lid 1 WER en/of artikel 101 VWEU, wordt bepaald door de overeenkomsten en de activiteiten van het kartel.[34]

---

28 Zie onder meer Zaak M.2779, *Imperial Tobacco/Reemtsma Cigarettenfabriken*.

29 Zaak M.4581, *Imperial Tobacco/Altadis*.

30 Zaak M. 1415, *BAT/Rothmans,* rn. 17, zaak M.2779, *Imperial Tobacco/Reemtsma Cigarettenfabriken*, rns. 11 en 14 en zaak M.3191, *Philip Morris/Papastratos*, rns. 10 en 12.

31 Zaak M.4581, *Imperial Tobacco/Altadis*, rn. 13.

32 Antwoorden van de fabrikanten op het verzoek om inlichtingen van 6 december 2018.

33 Antwoord van BAT op het verzoek om inlichtingen van 6 december 2018, bijlage 2.a bij het antwoord van 4 november 2019, p. 15.

34 Arrest van het Gerecht van 24 maart 2011, *IBP en International Building Products France/Commissie*, T-384/06, rn. 118 en arrest van het Gerecht van 27 februari 2014, *InnoLux / Commissie*, T-91/11, rn. 131.

III.6.2 Geografische markt

III.6.2.a Beslissingspraktijk

83. In eerdere beschikkingen is de Europese Commissie voor haar mededingingsrechtelijke analyse uitgegaan van een nationale markt voor sigaretten.[35] *De Europese Commissie baseerde zich hiervoor vooral op de verschillende regelgevingen die van kracht zijn in de verschillende Lidstaten met betrekking tot de verkoop van sigaretten, onder meer op het vlak van belastingen en accijnzen en op het vlak van volksgezondheid.*

III.6.2.b Onderzoek[36]

84. Het onderzoek heeft uitgewezen dat deze redenering ook voor België kan worden toegepast en de markt als nationaal kan worden beschouwd, gelet op de verschillende nationale regelgevingskaders en belastingstelsels die op tabaksproducten van toepassing zijn, de verschillende distributiestructuren, de prijsverschillen per land en de nationale organisatie van de distributie.

85. Wettelijke beperkingen maken het niet mogelijk om dezelfde producten in meerdere EU-landen te verkopen. In de grensstreken zijn er wel mogelijkheden voor Belgische consumenten om in de buurlanden aan te kopen en omgekeerd voor buitenlandse consumenten om in België aan te kopen. Deze grensaankopen leiden echter niet tot een ruimere grensafbakening dan België.

III.6.2.c Conclusie

86. De auditeur is van oordeel dat er geen reden is om af te wijken van de relevante geografische marktafbakening van de Europese Commissie en weerhoudt een nationale markt voor sigaretten.

87. Overigens kan opnieuw worden verwezen naar de rechtspraak vermeld onder III.6.1.c.

IV. Onderzochte praktijken

IV.1 Positie van de auditeur in de Mededeling van Grieven

IV.1.1 Basispatroon van de onderzochte praktijken

88. De Mededeling van Grieven heeft als voorwerp de systematische uitwisseling van informatie tussen PMB, ITB, JTI en BAT tijdens de periode van 24 januari 2011 tot en met 31 januari 2015.

89. De vier fabrikanten deelden informatie over toekomstige prijzen[37] *mee aan één of meerdere afnemers (groothandelaren). Vervolgens werd deze informatie binnen een termijn van één dag of van enkele dagen door de groothandelaar overgemaakt aan één of meerdere*

35 Zaak M.4581, *Imperial Tobacco/Altadis*, rns. 21-23, zaak M.5086, *BAT/ Skandinavisk Tobakskompagni*, rn. 22, zaak M.2779, *Imperial Tobacco/Reemtsma cigarettenfabriken*, rn. 16, zaak M.1415, *BAT/Rothmans* en zaak M. 1735, *Seita/Tabacalera*.

36 Antwoorden van de fabrikanten op vraag 11 van het verzoek om inlichtingen van 6 december 2018.

37 Met informatie over "prijzen" wordt bedoeld informatie over de consumentenverkoopprijs, de hoeveelheid sigaretten in een pakje en de datum waarop de prijs ingang vindt.

van de andere fabrikanten, met kennis daarvan door de fabrikant waarvan de prijsinformatie afkomstig was. De communicatie kon betrekking hebben op een verhoging of een verlaging van de prijs of de invoering van een nieuw product. Het kon gaan om de prijs van één soort sigaret uit het assortiment, van meerdere soorten of van het gehele assortiment van de fabrikant.

90. De contacten tussen fabrikanten aan de ene kant en groothandelaren aan de andere kant waren talrijk en verliepen voornamelijk maar niet uitsluitend via mail. Informatie over toekomstige prijzen werd door fabrikanten gecommuniceerd door middel van het versturen van prijslijsten. Deze prijslijsten bevatten niet enkel informatie over de toekomstige prijzen maar ook de EAN-codes van de producten en de datum waarop de prijs in werking zou treden.

91. In het kader van deze informatie-uitwisselingen was er, op basis van de informatie waarover de auditeur beschikt, geen direct contact tussen de fabrikanten, noch tussen de betrokken groothandelaren.

92. De uitwisseling van informatie - via de groothandelaren - tussen de vier fabrikanten verliep telkens volgens hetzelfde stramien: een fabrikant stuurt een prijslijst met aanduiding van de toekomstige prijzen, vergezeld van de datum van tenuitvoerlegging ervan, naar zijn groothandelaren die na ontvangst deze prijslijst, met kennis van deze fabrikant, doorzendt naar één of meer concurrenten van deze fabrikant.

93. De groothandelaren functioneerden als tussenpersoon van de vier fabrikanten met het oog op de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen. De groothandelaren zonden de ontvangen prijsinformatie in de overgrote meerderheid der gevallen nagenoeg automatisch en zonder nadere uitleg of motivering door aan de concurrerende fabrikant(en).

94. De fabrikanten die de informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten ontvingen van de groothandelaren gebruikten deze informatie vervolgens door middel van interne verspreiding binnen hun organisatie en/of voor de vaststelling van het eigen prijsbeleid.

IV.1.2 Hoofdkenmerken van de onderzochte praktijken

95. Hieronder worden de hoofdkenmerken van de betrokken praktijken toegelicht.

IV.1.2.a De uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen was een vaste praktijk tussen de fabrikanten

96. Uit de beschrijving van de feiten onder IV.1.3 blijkt dat een jarenlange vaste praktijk bestond van uitwisseling van prijsinformatie tussen de vier fabrikanten via de groothandelaren, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat PMB, JTI, ITB en BAT gezamenlijk meer dan 90% van de totale markt bestrijken.

97. Deze praktijk bestond erin dat de vier fabrikanten informatie over elkaars toekomstige prijzen van hun groothandelaren ontvangen en dat de groothandelaren in de overgrote meerderheid der gevallen deze informatie aan hen doorzenden zonder enige bijkomende uitleg of motivering en, omgekeerd, dat deze fabrikanten de informatie over de eigen toekomstige prijzen versturen aan hun groothandelaren zonder enig initiatief te nemen om de doorzending ervan aan hun concurrenten te beperken of te omkaderen binnen nader omschreven grenzen. Deze praktijk vond plaats op regelmatige basis over meerdere jaren.

98. Aldus wist een fabrikant of behoorde hij te weten dat de informatie over de eigen prijzen die hij aan zijn groothandelaren zond, door deze laatsten aan de andere fabrikanten zou worden doorgezonden, zoals de andere fabrikanten dit eveneens wisten of behoorden te weten wat betreft de informatie over hun prijzen.

99. Dat de informatie-uitwisseling tussen PMB, BAT, ITB en JTI een vaste praktijk was, wordt aangetoond door de jarenlange duur en de frequentie van de informatie-uitwisseling en door het feit dat het ging om dezelfde producten en steeds weer dezelfde informatie.

100. Bovendien werd bij de ontvangst en de interne verspreiding van de informatie door de ontvangende fabrikant geen of nauwelijks enige toelichting gegeven. Zo werd nagenoeg nooit gepeild naar de oorsprong van de informatie noch naar de kwaliteit of correctheid van de informatie. Dit toont aan dat de personen die de informatie ontvingen, vertrouwd en bekend waren met deze informatie en de informatie meteen konden plaatsen en begrijpen.

101. Dat het een vaste praktijk betreft, wordt bevestigd door een mail[38] van groothandelaar Conway van 25 januari 2011 aan ITB, met in bijlage een prijslijst van BAT, waarin wordt gesteld:

> *"In het verleden stuurde ik steeds nieuwe prijslijst van de andere fabrikanten naar [VERTROUWELIJK]. Ik neem aan dat ik deze naar jou ook moet doorsturen?"*

102. Ook bij ITB vinden we aanwijzingen dat het gaat om een vaste praktijk. Op 6 januari 2015 wordt een interne mail[39] verstuurd naar een groot aantal medewerkers waarin staat:

> *"It is this time of the year again where in Belgium we see almost every week price lists flying in.*
>
> *(…) [VERTROUWELIJK] made an overview of the announced prices to the trade."*

103. Een interne mail van 14 december 2013 van ITB die wordt verstuurd naar aanleiding van een ontvangen prijslijst van BAT geeft aan dat de fabrikanten zich ervan bewust zijn dat de prijslijsten door de groothandelaren worden doorgestuurd naar hun concurrenten en wijst erop dat ze deze groothandelaren gebruiken om een reactie uit te lokken bij hun concurrenten:

> *"PMI heeft nu ook BAT zijn prijslijst FMC in de markt gestuurd.*
>
> *Op basis van deze beide prijslijsten zullen wij een significant prijsvoordeel hebben op verschillende sku's.*
>
> *Uiteraard zou het kunnen dat zij reageren op middellange termijn.*
>
> *De eerste reacties uit de markt leren me echter dat zij vooral de druk bij wholesale en retail willen opdrijven, opdat wij onze prijzen zouden herzien."*

104. Dit wordt verder bevestigd door verklaringen van Tabagro en Timani die aangeven dat de fabrikanten wisten dat de prijslijsten werden doorgestuurd aan hun concurrenten:

---

38 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001493.

39 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000057.

"[Wisten zij van elkaar dat als ze hun prijslijst aan de groothandel geven, deze ook naar hun concurrenten zou gaan?] Ja, dat hij sowieso naar de kleinhandel gaat en dat er sowieso mee gewerkt wordt."[40]

"[Op het moment dat u die prijslijst doorstuurt, weet de fabrikant dan dat die prijslijst wordt doorgestuurd?] Daar ben ik zeker van. Die weet als BAT die prijslijst doorstuurt, dat die wordt doorgestuurd naar Philip Morris."[41]

105. Dat deze praktijk reeds jaren duurde, wordt ook bevestigd door Tabagro en Timani:

"Ja, zeker vanaf 2013 toen die negotiatie begon. Bij Imperial is dat al gestart in 2007 met de overschakeling op de net available."

"Waarschijnlijk al van voor 2006."[42]

"[Was dat al lang aan de gang] Ik heb niet anders geweten, wij zijn bezig van 1991."[43]

IV.1.2.b De fabrikanten gingen in bepaalde gevallen op zoek naar informatie over toekomstige prijzen van concurrenten bij hun afnemers

106. De onder IV.1.3 beschreven bewijzen tonen aan dat minstens PMB en BAT bij hun afnemers actief op zoek gingen naar informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten, onder meer wanneer zij geruchten opvingen over mogelijke prijswijzigingen.

*107. Wanneer **PMB** op 18 oktober 2011 beschikt over informatie aangaande de lancering van een nieuw product door BAT, contacteert zij één van haar groothandelaren voor bijkomende informatie:*[44]

"I will check tomorrow with one of my wholesalers, if I can have some more detailed info, folder, leaflet, trade info, pack, looks, trade activation, incentive, …"

*108. Op 5 november 2012 vraagt **BAT** bij Timani een prijslijst op van PMB en ITB*[45]*:*

"Bert, Iets misgelopen met jouw laatste mail van PMI (laatste prijslijst) die ik verloren ben...:-).....kun je deze eventueel opnieuw doorsturen aub ? "

109. Op 29 juni 2013 verstuurt BAT een mail naar Timani met de vraag[46]*:*

"Bert,
Heb je gisteren een prijslijst ontvangen die ik nog niet heb....;-)"

IV.1.2.c De fabrikanten hebben zich niet uitdrukkelijk verzet tegen het ontvangen van informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten

110. Geen enkele van de vier fabrikanten heeft op welke wijze dan ook ondubbelzinnig te kennen gegeven aan de groothandelaren dat zij de informatie over toekomstige prijzen van concurrenten niet wensten te ontvangen.

40 Verhoor Tabagro, p. 20.
41 Verhoor Timani, p. 7.
42 Verhoor Tabagro, p. 18-19.
43 Verhoor Timani, p. 6.
44 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000306.
45 Huiszoekingsdocument 1720-06_000000010.
46 Huiszoekingsdocument 1720-06_000000042.

111. Dat de fabrikanten zich niet hebben verzet tegen het ontvangen van de informatie wordt bevestigd door een verklaring van Tabagro:

> *"[Heeft u van de fabrikant die de prijslijst ontvangt ooit het verzoek gekregen om de prijslijsten niet meer door te sturen?] Er is inderdaad een voorbeeld waarbij een kleinhandel een communicatie van mij op zijn beurt naar een fabrikant had doorgestuurd. Dat was al na de huiszoeking. Die fabrikant heeft toen expliciet gezegd dat ze dat nooit meer mochten doen.*
>
> *[Maar voor de huiszoeking is dit nooit gebeurd?] Nee, integendeel."*[47]

112. De auditeur heeft aan de fabrikanten gevraagd wat hun reactie was wanneer zij informatie over toekomstige prijzen van hun concurrenten ontvingen via hun afnemers.

113. ***ITB*** *wijst erop dat deze consumentenprijzen werden vastgesteld en aan de gehele markt (bestaande uit een groot aantal entiteiten en operatoren) werden bekendgemaakt, alvorens zij desgevallend aan ITB werden meegedeeld. Deze prijsgegevens waren als zodanig niet vertrouwelijk en werden ter beschikking gesteld van de afnemers voor hun eigen aankoop- en verkoopactiviteiten.*[48]

114. ***BAT*** *stelt dat haar afnemers hun eigen redenen hebben om eventueel informatie over consumentenverkoopprijzen van concurrenten aan BAT te communiceren, zoals met het oog op commerciële onderhandelingen. Dergelijke communicatie doet volgens BAT niet noodzakelijk mededingingsrechtelijke bezwaren rijzen.*[49]

115. ***PMB*** *merkt op dat afnemers verwachten de door fabrikanten vastgestelde consumentenprijzen van sigaretten op voorhand te ontvangen, zodat zij zich logistiek en commercieel op prijswijzigingen en productintroducties kunnen voorbereiden. Nadat de vastgestelde consumentenprijzen aan afnemers zijn gecommuniceerd, is het voor fabrikanten feitelijk onmogelijk te controleren of en in welke mate deze vervolgens verder worden verspreid, aangezien de informatie op dat moment in een dermate brede kring van afnemers bekend is dat zij in feite behoort tot het publieke domein en niet langer vertrouwelijk is.*[50]

116. ***JTI*** *wijst er op dat haar afnemers gedurende deze periode vastgestelde prijzen van fabrikanten ontvingen om de nodige voorbereidingen voor de implementatie van deze prijzen op de retailmarkt te treffen. Op het moment dat afnemers deze prijzen ontvingen, waren zij niet langer vertrouwelijk.*[51]

117. Uit de antwoorden volgt dat de fabrikanten zich niet verzet hebben tegen de ontvangst van informatie over toekomstige prijzen van hun concurrenten. Uit de beschrijving van de praktijken onder IV.1.3 blijkt evenmin dat zij publiekelijk afstand namen van de ontvangst van deze informatie. Integendeel, uit het onderzoek volgt dat de fabrikanten in bepaalde gevallen zelf bij de groothandelaren op zoek gingen naar informatie over toekomstige prijzen van hun concurrenten (IV.1.2.b). Bovendien blijkt uit IV.1.2.d dat PMB, JTI en ITB deze informatie intern

---

47 Verhoor Tabagro, p. 23.
48 Antwoord van ITB van 15 november 2019, bijlage 4, p. 6.
49 Antwoord van BAT van 4 november 2019, bijlage 3, p. 6.
50 Antwoord van PMB van 15 november 2019, p. 5.
51 Antwoord van JTI van 29 november 2019, p. 5 en 6.

deden circuleren, documenteerden en in aanmerking namen bij het bepalen van hun eigen marktgedrag.

118. Op basis van bovenstaande elementen en de beschrijving van de feiten onder IV.1.3 staat vast dat de vier fabrikanten gedurende de inbreukperiode niet ondubbelzinnig te kennen hebben gegeven aan de groothandelaren dat zij geen informatie over de toekomstige prijzen van concurrenten wensten te ontvangen.

IV.1.2.d De informatie-uitwisseling betrof strategische informatie

119. De uitwisseling tussen de vier fabrikanten had betrekking op strategische gegevens (toekomstige, aanpasbare prijzen) die geïndividualiseerd en gedetailleerd op het niveau van iedere fabrikant waren.

120. Hierdoor werd voor de fabrikanten de prijsonzekerheid op de markt verminderd, waardoor zij beslissingen konden nemen op basis van specifieke gegevens over elkaars prijsintenties.

i) Uitwisseling van toekomstige prijzen

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

122. Een dergelijke uitwisseling over toekomstige prijzen, met name op een markt waarop het aanbod sterk geconcentreerd is (de vier fabrikanten controleren samen 90 % van de markt), heeft een rechtstreekse invloed op de commerciële strategie van de vier fabrikanten.

123. Het tijdens het onderzoek verzamelde bewijsmateriaal toont aan dat de betrokken fabrikanten hun voordeel hebben gehaald uit de uitgewisselde prijsinformatie aangezien zij de ontvangen informatie ook daadwerkelijk gebruikt hebben voor het bepalen van de eigen prijzen (zie in dit verband randnummers 134-160).

ii) Uitwisseling van nog aanpasbare prijzen

124. De uitgewisselde informatie was daarenboven nog aanpasbaar zodat er sprake was van voorgenomen prijzen. De fabrikant kan de op de prijslijsten vermelde consumentenverkoopprijzen nog aanpassen zolang de pakjes sigaretten niet waren geleverd door de fabrikanten aan de groothandelaren[52].[53] Met andere woorden, aanpassing van de prijslijsten was 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.

---

52 In theorie zouden de prijzen ook nog aangepast kunnen worden op het moment dat de pakjes door de groothandelaren worden geleverd aan de detailhandelaren. Echter, de kosten en de moeite die gepaard gaan met een dergelijke 'terughaal'-operatie zouden de baten mogelijks overstijgen.

53 Bovendien duurt het vaak nog enige tijd vooraleer de sigaretten aan deze nieuwe prijs in de winkel te koop zijn aangezien de winkeliers er de voorkeur aan geven eerst hun oude stock te verkopen. Daarnaast kan het ook gebeuren dat de instroom van pakjes sigaretten pas plaatsvindt weken na het moment dat de nieuwe prijzen van kracht zijn.

125. Dat de mogelijkheid van aanpassing bestond, blijkt uit het feit dat voor eenzelfde product verschillende accijnszegels (met dus verschillende consumentenverkoopprijzen) konden worden aangekocht, hetgeen ook regelmatig gebeurde. De fabrikant kan de prijs van een pak sigaretten dus ten allen tijde aanpassen als hij de juiste fiscale kentekens in voorraad heeft. Er worden frequent voorraden van fiscale kentekens aangelegd door nagenoeg alle fabrikanten.[54]

126. Dat deze aanpasbaarheid geen louter theoretische mogelijkheid was, wordt bevestigd door de groothandelaren:

> *"[aangaande aanpasbaarheid prijslijsten] Dat is effectief gebeurd. Dat waren een paar grote overwinningen zoals wij die noemen. Wij hebben een aantal keer effectief gezegd dat de aangekondigde prijs voor ons niet aanvaardbaar was. Uiteindelijk hebben ze ons dan gecompenseerd door een hogere marge te geven. Op termijn kwam er dan na drie maanden een nieuwe prijs omdat ze het niet vol konden houden."*[55]

> *"[aangaande aanpasbaarheid prijslijsten] Dat kan altijd. Je kunt iedere dag uw prijs aanpassen. Dat heeft alleen te maken met hoeveel taksbanden je hebt besteld, want die moeten betaald zijn. Die moeten uiteraard eerst weg voor je nieuwe laat maken."*[56]

127. De fabrikanten werd gevraagd of de prijzen vermeld op de prijslijsten aanpasbaar waren. Hoewel de fabrikanten aangaven dat de prijzen op de prijslijsten definitief waren, stelden ze ook dat deze prijzen nog konden worden aangepast om uiteenlopende redenen zoals accijnswijzigingen, veranderingen in productiekosten maar ook prijsaanpassingen van concurrenten. De fabrikanten behielden zich steeds het recht voor om de prijzen te wijzigen. Dit wordt ondersteund door de disclaimers op de prijslijsten die aangeven dat de prijzen steeds aanpasbaar zijn door de fabrikanten.

128. Een News Flash van ITB van 29 december 2014 bevestigt dat ook de fabrikanten ervan uitgingen dat gecommuniceerde prijzen steeds konden worden gewijzigd of aangepast[57]*:*

> *"Via de groothandelaren weten we dat PMI & FLANDRIA de intentie hebben om vanaf 2015 de onderstaande prijzen te hanteren.*
>
> *Let wel, deze prijzen zijn een indicatie en kunnen nog wijzigen."*

129. Daarenboven geeft een groothandelaar aan dat fabrikanten intermediaire prijslijsten uitstuurden om de reactie van hun concurrenten te zien:

> *"Omdat er geen informatie meer was, zag je bijvoorbeeld dat de fabrikanten prijslijsten uitstuurden intermediair, m.a.w. we wachten tot we zien wat de rest doet in de markt en dan sturen we onze definitieve prijslijst."*[58]

130. In ieder geval, zelfs bij niet-aanpasbare prijzen die fabrikanten verzonden en ontvingen, belette dit de fabrikanten die de informatie ontvingen niet hun eigen prijzen te heroverwegen en aan te passen, rekening houdend met deze informatie. De zelfstandigheidseis heeft het over

---

54 Antwoord van FOD Financiën van 26 augustus 2020, p. 2 en 5.
55 Verhoor Tabagro, p. 25.
56 Verhoor Timani, p. 9.
57 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001546.
58 Verhoor Tabagro, p. 12.

voorgenomen én aangenomen marktgedrag waarvan concurrenten niet op de hoogte mogen worden gebracht opdat er geen sprake zou zijn van verboden collusie (zie in dit verband randnummers 475-476).

iii) Uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens

131. De uitwisseling had betrekking op geïndividualiseerde gegevens per fabrikant. Zoals blijkt uit de beschrijving van de praktijken onder IV.1.3 werden er prijslijsten uitgewisseld die de individuele consumentenverkoopprijzen van de producten van de fabrikanten bevatten. Ook de datum waarop de prijsaanpassing van toepassing werd, werd vermeld.

132. De prijslijsten bevatten verder nog geïndividualiseerde informatie over de producten, zoals de hoeveelheid sigaretten per pakje, de EAN-code, de accijnzen en de BTW.

iv) De fabrikanten waren en zijn actief op dezelfde markt

133. Gedurende de gehele periode die de bewijzen omspant, waren de vier fabrikanten actief op de markt van sigaretten in België. Zij zijn op moment van verzending van deze Mededeling van Grieven nog steeds actief op deze markt.

v) Gebruik van de ontvangen informatie door de fabrikanten voor de bepaling van het eigen marktgedrag

134. De fabrikanten maakten op verschillende wijzen gebruik van de ontvangen informatie. Niet alleen werd de informatie over toekomstige prijzen van concurrerende fabrikanten intern gecirculeerd en gedocumenteerd, bovendien namen ze deze informatie in aanmerking bij het bepalen van hun eigen markt- en prijsbeleid.[59]

135. Dit blijkt met name uit de gedetailleerde beschrijving van de feiten onder IV.1.3 waarin wordt aangegeven hoe de fabrikanten de verkregen informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten incalculeerden bij het bepalen van hun eigen beleid. Hieronder volgen een aantal voorbeelden.

136. [VERTROUWELIJK].[60]

137. [VERTROUWELIJK].[61]

"[VERTROUWELIJK]"

138. Op 16 november 2013 ontvangt JTI via Timani een brief, prijslijst en EAN-codes van PMB.[62] *De informatie wordt op 17 november 2013 binnen JTI doorgestuurd naar verschillende medewerkers.*[63] *[VERTROUWELIJK].*[64]

"[VERTROUWELIJK]."

139. [VERTROUWELIJK][65]*.*

---

59 Voor BAT bevindt er zich in het onderzoeksdossier geen bewijs dat het informatie over toekomstige prijzen van concurrenten meenam bij het bepalen van haar eigen beleid.

60 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000569.

61 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000300.

62 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000080.

63 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000681.

64 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000681.

65 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000300.

*140. **ITB** ontvangt op 30 januari 2013 via Tabagro een prijslijst van BAT. De dag nadien wordt hun reactie hierop bepaald[66]:*

> *"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"*

141. ITB geeft in een interne mail van 14 mei 2013 toelichting over hoe de opvolging van de prijszetting gebeurt[67]:

> *"Hoi [VERTROUWELIJK],*
>
> *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 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"*

142. ITB ontvangt op 27 juni 2013 via Tabagro een prijslijst van BAT[68]. Er wordt vastgesteld dat BAT de prijs van Belga met 0.20 EUR verhoogt waarop men de dag nadien besluit de prijs van Bastos in juli niet te verhogen[69]:

> *"Belga moves from 6.00€ to 6.20€ / Bastos at 6.30€ (no opportunity to increase in July!)"*

143. Op 2 juli 2013 wordt binnen ITB besproken hoe men zal reageren op de aankondiging van prijswijzigingen van PMB, informatie die ITB via Timani en Tabagro ontving over een prijswijziging vanaf 15 juli 2013 die op 1 juli 2013 werd aangekondigd door PMB[70]:

> *"[VERTROUWELIJK],*
>
> *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*

66 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001077.
67 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000005.
68 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001140.
69 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000010.
70 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001149.

maximize potential inflow from Marlboro. I know that this was a key driver to Gauloises FMC growth in NL last year.

[VERTROUWELIJK]: Can I have your thoughts please?"

144. Op 20 augustus 2013 kondigt BAT een prijswijziging aan. ITB ontvangt de informatie via Tabagro en reageert als volgt[71]:

"Please find hereby the price and pack change for Lucky Strike 19 in Belgium.

Probably the LT will come back to the Pricing team to see the possible impact on our portfolio (Eg GOB 19)

Kind Regards"

145. Op 15 november 2013 stuurt PMB een nieuwe prijslijst uit, die via Timani en Tabagro bij ITB belandt. Deze prijzen worden op 17 november 2013 per mail verspreid onder diverse ITB medewerkers met daarbij de vraag wat ITB zal doen gezien een aantal wijzigingen van PMB[72]:

"L&M 24 @ 6.00€ moves to 23 @ 6.00€ (4.95€/19) GOB 24 stays @ 6.00€

Do we adapt to 23 or do we communicate one cigarette more?

L&M 28 @ 7.00€ moves to 27 @ 7.00€ (4.92€/19) GOB 28 stays @ 7.00€

Do we adapt to 27 or do we communicate one cigarette more?

…

Chesterfield 24 @ 5.80€ moves to 23 @ 5.70€ (4.70€/19) West stays in 24 @ 5.70€

Do we adapt to 23 or do we communicate one cigarette more?

Chesterfield 28 @ 6.80€ moves to 27 @ 6.70€ (4.70€/19) West stays in 28 @ 6.70€

Do we adapt to 27 or do we communicate one cigarette more?"

146. De beslissing hieromtrent ligt bij het pricing team:

"I believe the pricing team needs to reconsider what we do with this new information (23 pack and 27 pack?)."[73]

147. In het document "Memo: Adjusted FY14 Pricing Strategy" van 20 november 2013 lezen we wat ITB uiteindelijk beslist[74]:

"First PMI pricelist communicates a 30ct/19 increase for Marlboro to €5,50/19st. Considering PMI's profit objective and preference for round prices, there is a high chance it will stay at this price point and respond (if needed) to market price decreases with BB and SBB, L&M or Chesterfield.

71 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001166.
72 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000019.
73 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000019.
74 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000669.

Cash brands can follow the MB price increase and will match this increase, with the exception of Bastos (+20ct).”

148. Op 12 december 2013 ontvangt ITB via Tabagro prijsinformatie van BAT[75]. Het overweegt haar opties (aantal sigaretten aanpassen) als reactie op deze marktontwikkeling[76]:

“Changes BAT:

(…)

Lucky Strike 24 moves to 23 at 6.00€ GOB 24 at 6.00€ (can we take one stick out? Increase profit, L&M as well at 23 for 6.00€) (…)”

149. Uit de feiten beschreven in IV.1.3.vv (januari 2014) en IV.1.3.yy (februari 2014) blijkt dat ITB voorgenomen prijzen van concurrenten die zij via de groothandel ontvangt, verwerkt in een “National Price Overview Belgium”.

150. Bij ITB vinden we op 25 april 2014 volgende mail naar aanleiding van de aangekondigde prijzen van PMB op 24 april 2014 die het via Timani en Tabagro ontving[77]:

“Hello pricing team,

Good news ...PMI increases the price of L&M 19’s.

L&M is moving from 4.80€ to 5.00€.

L&M has now nice round price 5.00€ for 19, 6.00€ for 23 and 7.00€ for 27.

Remember Camel is as well moving to 5.00€ for 19’s.

I wonder if we have an opportunity to move to 5.00€ with 19’s and from 28 to 27 at 7.00€, so we keep more pressure away from our “assertive” pricing of VFM West and News. Remember as well we are behind in profit delivery and this could as well help.

Maybe useful that the pricing team makes a straight forward ROI on GOB.

How much GM could we gain with a price increase vs how much should we increase in share at current price to achieve the same.”

151. Op 6 januari 2015 wordt binnen ITB een interne mail[78] verstuurd naar een groot aantal medewerkers waarin vermeld staat dat hun pricing team rekening houdt met de prijsinformatie van haar concurrenten:

“It is this time of the year again where in Belgium we see almost every week price lists flying in.

To keep an overview and to make sure that the pricing team can make the best possible decisions [VERTROUWELIJK] made an overview of the announced prices to the trade.

In the price Board you will find the announced prices by JTI, PMI and our intentions. (…)”

---

75 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001182.
76 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000024.
77 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000050.
78 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000057.

152. ITB neemt de informatie ook op in haar News Flash, een intern document. Een voorbeeld hiervan is de News Flash van 2015 (week 2):

> *"Via de groothandelaren weten we dat JTI in 2015 de onderstaande prijzen zal hanteren."*[79]

*153. Binnen **PMB** worden toekomstige prijzen van concurrenten opgenomen in de Weekly Highlights*[80]*:*

> *"For the weekly highlights Belgium I am wondering if there were any announced pricelists from our competition available?"*
>
> *154. Informatie over toekomstige prijzen van concurrerende fabrikanten werd door PMB ook vastgelegd in brand boards of price boards. Een voorbeeld hiervan is het brand board met als titel "Cigarettes price board – Assumed prices March 2014" met vermelding van de door JTI aangekondigde prijsverhoging van 5.00/20's naar 5.00/19's. Deze informatie werd ook verder binnen PMB verspreid.*[81]
>
> *155. PMB reageert als volgt op een aangekondigde prijswijziging van BAT op 20 augustus 2013*[82]*:*
>
> > *"[VERTROUWELIJK]."*
>
> *156. In een interne mail van 22 augustus 2013 van PMB wordt verder gereageerd*[83]*:*
>
> > *"As discussed, let's proceed with preparations for the Scenario 1, IMS in early November.*
> >
> > *[VERTROUWELIJK]*
> >
> > *I will share this [VERTROUWELIJK]."*
> >
> > *Kind regards,*
> >
> > *[VERTROUWELIJK]"*
>
> *157. In een interne mail van 20 december 2013 bespreekt PMB haar prijszetting als reactie op de ontvangen prijzen van JTI*[84]*:*
>
> > *"[VERTROUWELIJK],*
> >
> > *Further to our phone discussion, below please see the Belgium pricing plan: (…)*
> >
> > *[VERTROUWELIJK](…)"*
>
> *158. Bijkomend wordt nog gesteld:*
>
> > *"[VERTROUWELIJK]."*
>
> *159. Op basis van bovenstaande elementen en de beschrijving van de feiten onder IV.1.3 staat vast dat PMB, JTI en ITB gedurende de inbreukperiode informatie over toekomstige prijzen van concurrerende fabrikanten documenteerden, intern deden circuleren en in aanmerking namen bij het bepalen van hun eigen markt- en prijsbeleid.*

---

79 Huiszoekingsdocument 1720-04_00002023.
80 Huiszoekingsdocument 1720-01-00000187.
81 Huiszoekingsdocument 1720-01-00000138.
82 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000411.
83 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000023.
84 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000559.

160. Zoals reeds aangegeven, bevindt er zich voor BAT in het onderzoeksdossier geen bewijs dat het informatie over toekomstige prijzen van concurrenten in aanmerking nam bij het bepalen van haar eigen markt- en prijsbeleid.

IV.1.3 Chronologische beschrijving van de onderzochte praktijken

Periode 24/1/11 – 18/10/11

IV.1.3.a BAT – 24 januari 2011: prijzen per 1 februari 2011

161. Op 24 januari 2011 stuurt BAT een mail aan haar klanten met in bijlage een prijslijst voor sigaretten per 1 februari 2011.[85] In de mail wordt vermeld dat de meeste producten in prijs zullen stijgen. Door recente marktevoluties en de daaraan gelinkte strategische beslissingen zal daarnaast een beperkt aantal SKU's in prijs dalen, met name Lucky Strike & Vogue.

*162. Op 24 januari 2011 ontvangt **JTI** deze prijslijst van BAT via Timani.[86]*

*163. Ook **PMB** ontvangt de prijslijst van BAT op 24 januari 2011 via Timani.[87] Op dezelfde dag wordt de informatie verder doorgestuurd binnen PMB met het verzoek om dit verder te communiceren aan de betrokken personen.*

*164. **ITB** ontvangt de prijslijst van BAT via mail van Adicar op 24 januari 2011.[88] Deze informatie wordt op 24 januari 2011 verder doorgestuurd binnen ITB.[89]*

165. ITB ontvangt deze prijslijst op 25 januari 2011 ook via Conway.[90] De mail van Conway naar ITB vermeldt:

> *"In het verleden stuurde ik steeds nieuwe prijslijst van de andere fabrikanten naar [VERTROUWELIJK]. Ik neem aan dat ik deze naar jou ook moet doorsturen? In bijlage vind je de nieuwe prijslijsten van BAT".*

166. De mail van Conway wordt vervolgens op 25 januari 2011 ook intern doorgestuurd binnen ITB.

IV.1.3.b PMB – 17 februari 2011: prijzen per maart 2011

167. Op 17 februari 2011 stuurt PMB een mail aan haar relaties met als bijlage onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per maart 2011.[91] In de brief worden aanpassingen aan de verpakking en prijs van verschillende producten vermeld.

*168. Op 21 februari 2011 ontvangt **ITB** deze prijslijst van PMB via Cobeltab.[92]*

*169. Op 21 februari 2011 ontvangt ook **JTI** deze prijslijst van PMB via Cobeltab.[93]*

170. [VERTROUWELIJK]:

85 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000776.
86 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000776.
87 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000303.
88 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000984.
89 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001834.
90 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001493.
91 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001837.
92 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001837.
93 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000778.

"[VERTROUWELIJK]."

IV.1.3.c BAT – 14 maart 2011: prijzen per mei 2011

171. Op 14 maart 2011 stuurt BAT een mail aan haar klanten met de aankondiging van de lancering van de nieuwe versie Lucky Strike Red 24 aan een prijs van 5,50 EUR.[94] In bijlage stuurt BAT een presentatie met de voorstelling van het product waarin de lancering wordt aangekondigd voor mei 2011.

*172. Op 14 maart 2011 ontvangt **JTI** van Timani de informatie over de nieuwe versie Lucky Strike Red 24.[95]*

PMB – 22 maart 2011: prijzen per 1 april 2011

173. Op 22 maart 2011 stuurt PMB een mail aan haar relaties met als bijlage onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per april 2012.[96] Er wordt een uitbreiding aangekondigd van het L&M assortiment met een nieuwe verpakking. Vanaf week 12 zal de L&M Original Label en de L&M Blue beschikbaar zijn in verpakkingen van 30 sticks aan de prijs van 6,60 EUR.[97]

174. Op 29 maart 2011 verstuurt PMB nog een mail aan haar klanten met een aantal updates in verband met prijswijzigingen en enkele packwijzigingen, alsook de timing wanneer zij denkt dat dit de markt zal instromen.[98]

*175. Op 22 maart 2011 ontvangt **JTI** deze nieuwe prijslijst van PMB via Timani.[99]*

*176. Ook **ITB** ontvangt de prijslijst van PMB op 22 maart 2011 via Timani. Op dezelfde dag wordt de prijslijst verder doorgestuurd naar verschillende medewerkers binnen ITB.[100] In een mail van 23 maart 2011 wordt gevraagd om informatie verder door te sturen binnen ITB[101]:*

"[VERTROUWELIJK],

Very quick and good info gathering. Well done.

To all, remember my question from CAP meeting:

Open your ears and eyes and look for info on timing L&M 28 arrival at new price (6.20€) in market.

[VERTROUWELIJK], please cascade info L&M 30 to field managers."

177. ITB wil de eigen "trade terms" vergelijken met die van de concurrentie[102]:

"[VERTROUWELIJK],
Ik wacht nog altijd op een vergelijking onze trade terms en die van competitie. Ik merk in mail hierbij dat we deze informatie hebben. Wanneer zet je deze allemaal samen en presenteer je dit?"

94 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000779.
95 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000779.
96 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000780.
97 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000780.
98 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000990.
99 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000780.
100 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000897.
101 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000897.
102 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001464.

178. Er volgt nog een mail op 23 maart 2011[103]:

> *"Hoi [VERTROUWELIJK],*
> *Kan jij onze trade terms eens vergelijken met onze voornaamste concurrenten. Er bestaat ergens een vergelijkend tabelletje met PMA, JTI, BAT, en ITB. Kan je dat eens even up daten.*
> *Laat je mij weten tegen wanneer je dit klaar hebt?"*

179. Op 29 maart 2011 ontvangt ITB via Timani de bijkomende informatie van PMB in verband met prijswijzigingen en packwijzigingen.[104] Deze informatie wordt op 30 maart 2011 verder doorgestuurd binnen ITB.[105]

180. Binnen ITB wordt er gevraagd om bijkomende informatie te verzamelen[106]:

> *"Salut [VERTROUWELIJK],*
> *Merci beaucoup pour l'information.*
> *Pourrais-tu checker que L&M 28 reste à 6.00. PMI avait annoncé 6.20.*
> *Merci car c'est très important pour nous."*

IV.1.3.e BAT – 29 maart 2011: prijzen per 1 april 2011

181. Op 29 maart 2011 stuurt BAT een mail aan haar klanten met als bijlage een aangepaste prijslijst voor sigaretten per 1 april 2011. BAT kondigt aan dat hun nieuwe verkoopsvoorwaarden vanaf 1 april 2011 ingaan.[107]

*182. Op 29 maart 2011 ontvangt **PMB** deze prijslijst van BAT via Timani.[108] De nieuwe prijslijst wordt op 29 maart doorgestuurd binnen PMB.*

*183. Ook **JTI** ontvangt op 29 maart 2011 deze nieuwe prijslijst van BAT via Timani.[109]*

*184. Op 31 maart 2011 beschikt ook **ITB** over de nieuwe prijslijst van BAT.[110] Deze wordt op dezelfde dag rondgestuurd naar verschillende medewerkers binnen ITB.*

IV.1.3.f BAT – 24 en 25 mei 2011: prijzen per 1 juli 2011

185. Op 24 en 25 mei 2011 stuurt BAT een mail aan haar klanten met als bijlage een aangepaste prijslijst voor sigaretten per 1 juli 2011.[111]

*186. Op 24 mei 2011 ontvangt **ITB** deze nieuwe prijslijst van BAT via Timani.[112] Op 25 mei 2011 wordt de nieuwe prijslijst verder doorgestuurd binnen ITB.[113]*

---

103 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000945.
104 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000990.
105 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001841.
106 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001287.
107 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000788.
108 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000305.
109 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000788.
110 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001903.
111 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00000994 en 1720-03_00000568.
112 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000994.
113 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001848.

*187. Op 25 mei 2011 ontvangt **JTI** de nieuwe prijslijst per mail via Domino.[114] De informatie wordt op 25 mei 2011 intern doorgestuurd bij JTI. [VERTROUWELIJK].[115]*

"[VERTROUWELIJK]."

IV.1.3.g BAT – 21 juni 2011: prijzen per midden september 2011

188. Op 21 juni 2011 stuurt BAT een mail aan haar klanten met de aankondiging dat Vogue vanaf midden september in prijs zal dalen naar 4,80 EUR. Het formaat van Vogue zal wijzigen naar een pakje van 19 sticks.[116] In bijlage stuurt het een leaflet van Vogue waarop de prijs en de EAN code vermeld staan.

*189. Op 21 juni 2011 ontvangt **JTI** de informatie over de prijswijziging per mail via Domino.[117] Deze informatie wordt dan op 22 en 23 juni 2011 verder doorgestuurd naar verschillende medewerkers van JTI.[118]*

190. [VERTROUWELIJK][119]:

"[VERTROUWELIJK]"

IV.1.3.h PMB – 2 augustus 2011 en 12 augustus: prijzen per 22 augustus (week 34)

191. Op 2 augustus 2011 stuurt PMB een brief naar haar klanten met de aankondiging van de lancering van een aantal nieuwe producten met vermelding van de prijs:[120]

"(…) La famille Chesterfield s'agrandit par l'introduction de 4 nouveaux emballages

c.à.d. Chesterfield Red KS Box 24' et 29' + Chesterfield Blue KS Box 19' et 24'.

Ces emballages seront présents sur le marché dans le courant de la semaine 34.(…)

Chesterfield Classic Red KS Box 19' change en Chesterfield Red KS Box 19'

Next Full Flavor KS Box 23' change en Next Full Flavor KS Box 24' (€ 5→ € 5.10)

Next Full Flavor KS Box 28' change en Next Full Flavor KS Box 29' (€ 5.90→ € 6.10)"

192. Op 12 augustus 2011 stuurt PMB een mail aan haar relaties met onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per september 2011 in bijlage.[121] In de brief worden dezelfde wijzigingen aangekondigd.[122]

*193. Op 12 augustus 2011 stuurt Timani de informatie van PMB met betrekking tot de nieuwe lanceringen en de nieuwe prijslijst door naar **ITB**.[123]*

114 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000568.
115 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000568.
116 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000806.
117 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000806.
118 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000569.
119 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000569
120 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000911.
121 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001000.
122 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001000.
123 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001000.

*194. Minstens op 16 augustus 2011 beschikt **JTI** over de informatie met betrekking tot de nieuwe lanceringen.*[124] *Op die datum wordt de informatie verder doorgestuurd naar verschillende medewerkers van JTI.*[125]

IV.1.3.i.BAT – 18 oktober 2011: prijzen per november 2011

195. In oktober 2011 kondigt BAT de lancering aan van een nieuw merk, Lucky Strike additive free kSD 19/10p, aan een prijs van 4,60 EUR per pakje.[126]

*196. Minstens op 18 oktober 2011 beschikt **PMB** over de informatie betreffende de lancering van dit nieuwe product. PMB gaat bij de groothandel actief op zoek naar bijkomende informatie over dit nieuwe product.*

> *"Dear All,*
>
> *BAT launched 2 new brands and informed already since last week wholesalers with these 2 new variants 1cigs/1 OTP brand*
>
> *Today they send a last update including pictures and some more info, what I haven't seen or received already*
>
> *But the following brands will be on the market in the next coming days*
>
> *1)LUCKY STRIKE ADDITIVE FREE KSF 19/10P BE (B) LIP*
>
> *Price of a pack 4,60€ (…)*
>
> *Last minute adapted price" for strategical reasons now on 4,60€, earlier new price communicated last week was 4.50€ (…)*
>
> *I will check tomorrow with one of my wholesalers, if I can have some more detailed info, folder, leaflet, trade info, pack, looks, trade activation, incentive,…"*

197. Op 24 oktober 2011 is PMB in het bezit van een presentatie van BAT over dit nieuwe product en wordt deze informatie doorgestuurd naar verschillende medewerkers binnen PMB.[127]

> *"Dear all,*
>
> *for your info some extra info of the 2 new launches of BAT*
>
> *It's in the cigs category of a pack of 19's-> Lucky Strike Additive Free 19 at 4.60€*
>
> *(…)*
>
> *both variant are different from other cigarettes or OTP variants, with Lucky Strike Additive free BAT has in its portfolio "the First" cigarette where no additives are used in the production process. And they also take into account the ecological aspect."*

124 Het is niet duidelijk hoe JTI deze informatie heeft verkregen.
125 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000911.
126 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000306.
127 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000306.

Periode 14/2/12 – 1/12/12

IV.1.3.j.PMB – 14 februari 2012: prijzen per april 2012

198. Op 14 februari 2012 stuurt PMB een mail aan haar relaties met als bijlage onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per april 2012 waarbij een prijsaanpassing van verschillende producten wordt aangekondigd.[128]

*199**. ITB** ontvangt de nieuwe prijslijsten op 15 februari 2012 van Tabagro.*[129]

*200. Op 14 februari 2012 ontvangt **BAT** de prijslijst van PMB via Timani.*[130]

IV.1.3.k BAT – 11 juni 2012: prijzen per 15 juni 2012

201. Op 11 juni 2012 stuurt BAT een mail aan haar klanten met in bijlage een aangepaste prijslijst voor sigaretten per 15 juni 2012.[131]

*202. Op 12 juni 2012 stuurt Trendy Foods deze informatie door naar **JTI**.*[132]

IV.1.3.l BAT – 22 juni 2012: prijzen per 1 juli 2012

203. Op 22 juni 2012 stuurt BAT een mail aan haar klanten met in bijlage de prijslijst geldig vanaf 1 juli 2012 in functie van de beschikbare stock.[133] *Op de prijslijst wordt melding gemaakt van de lancering van een nieuw product (Pall Mall Additive Free aan 4,20 EUR) en van volgende prijsaanpassingen:*

> *"(…)*
>
> *Pall Mall New Orleans 100's aan 4,20 €*
>
> *Pall Mall Alaska aan 4,20 €*
>
> *Kent Futura aan 5,10 €*
>
> *Dunhill Red aan 5,30 €*
>
> *Vogue Superslims aan 5,10 €*
>
> *Peter Stuyvesant Red 24, Blue 24 & Silver 24 aan 6,20 €*
>
> *Johnson Filter & Plain aan 6,50 €*
>
> *Richmond RS Filter aan 6,50 €"*

*204. Op 22 juni 2012 ontvangen **ITB** en **JTI** deze prijslijst via Timani.*[134]

205. Op 25 juni 2012 wordt de prijslijst binnen JTI verder doorgestuurd.[135]

IV.1.3.m PMB – 20 juni 2012: prijzen per 5 juli 2012

128 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001010.
129 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001010.
130 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000074.
131 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000830.
132 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000830.
133 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001029.
134 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001029 en 1720-03_00000833.
135 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000844.

206. Op 20 juni 2012 stuurt PMB een mail naar haar klanten om hen eraan te herinneren dat bepaalde producten aan nieuwe prijs of verpakking de markt zullen instromen. Er wordt ook verwezen naar een prijslijst met nieuwe prijzen die reeds in mei 2012 werd verstuurd.[136]

207. In de mail wordt vermeld dat Next Menthol KS Box 19 zal instromen aan een prijs van 4,20 EUR.

208. Op 27 juni 2012 stuurt PMB opnieuw een mail naar haar klanten met vermelding van een aantal nieuwe lanceringen[137]*:*

> *"Onze L&M Familie breidt zich uit met een Menthol variant; L&M Cool Stripe Mnt KS CSP 19's aan €4.60"*

209. Op 24 juni 2012 stuurt Tabagro de mail van PMB van 20 juni 2012 door naar ***ITB****.*[138] *De mail die PMB op 27 juni 2012 verstuurde, wordt op 28 juni 2012 door Timani naar ITB verstuurd.*[139]

IV.1.3.n PMB – 9 juli 2012: prijzen per 16-23 juli 2012

210. Op 9 juli 2012 stuurt PMB een mail aan haar relaties met onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per 16-23 juli.[140] *In de brief worden volgende prijsaanpassingen voor sigaretten vermeld*[141]*:*

> *"Next Full Flavor KS Box 19's stijgt in prijs van € 4.00 naar € 4.20*
>
> *Next Full Flavor KS Box 24's stijgt in prijs van € 5.10 naar € 5.30*
>
> *Next Full Flavor KS Box 29's stijgt in prijs van € 6.10 naar € 6.40*
>
> *Next Fine Flavor KS Box 19's stijgt in prijs van € 4.00 naar € 4.20*
>
> *Chesterfield Red KS OPK 19's stijgt in prijs van € 4.00 naar € 4.2"*

211. Op 9 juli 2012 ontvangt ***ITB*** *deze nieuwe prijslijst via Timani.*[142] *Op 10 en 11 juli 2012 wordt deze informatie verder doorgestuurd binnen ITB.*[143] *Op 10 juli 2012 stuurt ook Tabagro de prijslijst van PMB per mail door naar ITB.*[144]

212. Op 10 juli 2012 wordt de nieuwe prijslijst van PMB doorgestuurd naar verschillende medewerkers van ***JTI***[145] *met volgende opmerking:*

> *"[VERTROUWELIJK]."*

IV.1.3.o BAT – 18 juli 2012 en 27 juli 2012: prijzen per 1 augustus 2012

136 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001031.
137 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001032.
138 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001031.
139 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001032.
140 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001039.
141 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001039.
142 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001039.
143 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000946.
144 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001040.
145 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000573. Hoewel JTI op de hoogte is van de prijzen van concurrenten, is het niet duidelijk wanneer of van wie zij deze info gekregen heeft.

213. Op 18 juli 2012 stuurt BAT een mail aan haar klanten met in bijlage een prijslijst geldig vanaf 1 augustus 2012 in functie van de beschikbare stock.[146] *Op de prijslijst wordt melding gemaakt van volgende lanceringen en prijsaanpassingen:*

> *"LANCERING NIEUWE PRODUCTEN:*
>
> *• Lucky Strike Red 29 aan 6,70 €*
>
> *(…)*
>
> *In de loop van de maand augustus geldt er een prijsaanpassing van:*
>
> *Dunhill International 20 aan 5,90 €*
>
> *Kent Surround SKS 19 aan 5,20 €*
>
> *Kent Surround Menthol 19 aan 5,10 €*
>
> *Kent Neo 19 aan 5,10 €*
>
> *Kent Infina 19 aan 5,10 €*
>
> *Peter Stuyvesant Red 100's 20 Soft aan 6,30 €"*

214. Op 27 juli 2012 stuurt BAT opnieuw een mail aan haar klanten met in bijlage de prijslijst voor augustus 2012.[147]

*215. Op 18 juli 2012 ontvangt **ITB** de prijslijst per 1 augustus 2012 van Timani.*[148] *Ook op 27 juli 2012 stuurt Timani deze mail met prijslijst opnieuw onmiddellijk door naar ITB.*[149]

*216. Op 18 juli 2012 beschikt **JTI** over de informatie van de lancering van Lucky Strike Red 29.*[150] *Op 30 juli 2012 beschikt JTI over de prijslijst van BAT die werd verstuurd op 27 juli 2012. Op die dag wordt de prijslijst doorgestuurd naar verschillende medewerkers binnen JTI.*[151] *Op 30 juli 2012 wordt de prijslijst nog eens doorgestuurd binnen JTI.*[152]

IV.1.3.p PMB – 10 augustus 2012: prijzen per september 2012

217. Op 10 augustus 2012 stuurt PMB een mail aan haar relaties met onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per september 2012 in bijlage.[153] *In de brief wordt melding gemaakt van een prijswijziging voor Next Full Flavor KS Box 29's; deze stijgt in prijs van 6,40 EUR naar 6,60 EUR.*[154]

*218. Op 10 augustus 2012 ontvangt **ITB** de mail met prijslijst van Timani.*[155]

IV.1.3.q PMB – 6 september 2012: prijzen per oktober 2012

146 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001041.
147 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001044.
148 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001041.
149 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001044.
150 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000914.
151 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000850.
152 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000574. Hoewel JTI op de hoogte is van de prijzen van concurrenten, is het niet duidelijk wanneer of van wie zij deze info gekregen heeft.
153 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001046.
154 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001046.
155 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001046.

219. Op 6 september 2012 stuurt PMB een mail aan haar relaties met onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per oktober 2012 in bijlage.[156] *In de brief wordt een prijswijziging vermeld van volgende sigaretten*[157]*:*

> *"(…)*
>
> *Philip Morris KS RCB 19 stijgt in prijs van €5.00 naar €5.10*
>
> *Philip Morris Select Tobaccos KS RCB19 stijgt in prijs van €5.00 naar €5.10*
>
> *Philip Morris One KS RCB 19 stijgt in prijs van €5.00 naar €5.10"*

220. Op 7 september 2012 stuurt Tabagro de mail met de brief en de prijslijst door naar ***ITB****.*[158] *Op 14 september 2012 ontvangt ITB de prijslijst nog een keer via Timani.*[159]

221. Op 7 september 2012 beschikt ook ***JTI*** *over de nieuwe prijslijst van PMB. Op die datum wordt de prijslijst doorgestuurd naar verschillende medewerkers binnen JTI met als vermelding*[160]*:*

> *"[VERTROUWELIJK]."*

222. Als reactie hierop volgt nog een interne mail[161]*:*

> *"[VERTROUWELIJK]."*

223. Hierop wordt als volgt gereageerd[162]*:*

> *"[VERTROUWELIJK]."*

224. Met als reactie[163]*:*

> *"[VERTROUWELIJK]!"*

IV.1.3.r BAT – 1 oktober 2012: prijzen per november 2012

225. Op 1 oktober 2012 stuurt BAT een mail naar haar klanten met de aankondiging van de lancering van een nieuw product, de Lucky Strike Additive Free Blue 19.[164] *In bijlage sturen ze een korte presentatie met onder meer de vermelding van de prijs van dit nieuwe product en de technische fiche.*[165]

226. Op 1 oktober 2012 stuurt Timani de mail met de aankondiging van het nieuwe product en de presentatie door naar ***ITB****.*[166]

IV.1.3.s PMB – 5 oktober 2012: prijzen per november 2012

156 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001050.
157 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001050.
158 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001050.
159 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001054.
160 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000854.
161 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000854.
162 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000859.
163 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000861.
164 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000001.
165 Huiszoekingdocument 1720-06_00000001.
166 Huiszoekingdocument 1720-06_00000001.

227. Op 5 oktober 2012 stuurt PMB een mail aan haar relaties met in bijlage onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per november 2012.[167] *In haar brief vermeldt PMB dat Philip Morris One 100 RCB 19 in prijs stijgt van 5,10 EUR naar 5,20 EUR.*[168]

228. Op 8 oktober 2012 stuurt Tabagro de mail met nieuwe prijslijst door naar ***ITB****.*[169]

IV.1.3.t PMB – 31 oktober 2012: prijzen per eind november 2012

229. Op 30 oktober 2012 stuurt PMB een mail aan haar klanten met de aankondiging van de lancering van een nieuw product en de prijs[170]*:*

> *" Eind november 2012 zal Philip Morris Benelux BVBA de Marlboro familie uitbreiden met een nieuwe Marlboro variant in het LTN segment, meer bepaald Marlboro Touch 19's aan 5,00€ die in eerste instantie (…)"*

230. Op 31 oktober 2012 ontvangt ***JTI*** *de mail van PMB met de geplande lancering en prijs via Timani.*[171] *Op dezelfde dag wordt de informatie verder doorgestuurd naar verschillende medewerkers binnen JTI.*[172]

231. Ook ***BAT*** *ontvangt via Timani op 31 oktober 2012 deze mail van PMB.*[173]

IV.1.3.u PMB – 31 oktober 2012: prijzen per december 2012

232. Op 31 oktober 2012 stuurt PMB een mail aan haar relaties met onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per december 2012[174]*. In haar brief gaat PMB onder meer in op de prijswijziging van verschillende producten.*[175]

> *"Sigaretten*
>
> *Philip Morris Select Tobaccos 100 RCB 19 stijgt in prijs van €5.10 naar €5.20*
>
> *Next Full Flavor Red KS Box 19's stijgt in prijs van €4.20 naar €4.30*
>
> *Next Full Flavor Red KS Box 24's stijgt in prijs van €5.30 naar €5.40*
>
> *Next Fine Flavor KS Box 19's stijgt in prijs van €4.20 naar €4.30*
>
> *Next Menthol KS Box 19's stijgt in prijs van €4.20 naar €4.30*
>
> *Chesterfield Red KS Box 19's stijgt in prijs van €4.20 naar €4.30"*

233. Op 31 oktober 2012 ontvangen ***JTI*** *en* ***BAT*** *de prijslijst van PMB via Timani.*[176]

234. Op 5 november 2012 stuurt BAT een mail naar Timani met de vraag om de prijslijst van PMB nog eens door te sturen[177]*:*

---

167 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001063.
168 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001063.
169 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001063.
170 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000005.
171 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000005.
172 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000123.
173 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000006.
174 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000007.
175 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000007.
176 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000007 en 1720-06_00000008.
177 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000010.

"Bert
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."

235. Timani reageert als volgt[178]:

"De lijsten van ITB komen altijd met de post."

236.Op 5 november 2012 stuurt Timani de informatie nog eens door naar BAT.[179]

IV.1.3.v BAT – 27 november 2012: prijzen per 1 december 2012

237. De prijslijst van BAT met prijzen per 1 december 2012 vermeldt volgende wijzigingen[180]:

"(…) Verandering van de consumentenprijzen / verpakkingen

Pall Mall Alaska 19 box aan € 4,30

Pall Mall San Francisco 19 box aan € 4,30

Pall Mall NO 24 box aan € 5,40

Pall Mall NO 120 gram aan € 10,60"

*238. Minstens op 27 november 2012 beschikt **JTI** over de prijslijst van BAT. Op die datum wordt de prijslijst ook doorgestuurd naar verschillende medewerkers van JTI.[181]*

Periode 14/1/13 – 17/12/13

IV.1.3.w PMB – 14 januari 2013: prijzen per februari 2013

239. Op 14 januari 2013 stuurt PMB een mail aan haar relaties met een brief en een prijslijst voor sigaretten per 1 februari 2013. In haar brief vermeldt PMB dat de nieuwe taxatie, geldig vanaf 1 februari 2013, wordt toegepast op premium en medium sigaretten. Verder verwijst het naar een prijswijziging voor een aantal producten: Chesterfield Red 100 Box 19 stijgt in prijs van 4.00 EUR /19 naar 4.30 EUR /19 en Chesterfield Blue KS Box 19 stijgt in prijs van 4.00 EUR /19 naar 4.30 EUR /19.[182]

*240**.BAT** ontvangt de prijslijst van PMB op 14 januari 2013 van Timani.[183]*

*241**. JTI** beschikt minstens op 14 januari 2013 over de informatie betreffende PMB. Op 14 en 16 januari 2013 wordt de informatie over de prijzen van PMB intern doorgestuurd.[184] JTI verkrijgt de informatie over de prijzen van PMB van Tabagro op 15 januari 2013.[185]*

IV.1.3.x BAT – 30 januari 2013: prijzen per 1 februari 2013

178 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000010.
179 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000009.
180 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000864.
181 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000864. Het is niet duidelijk hoe JTI aan deze informatie komt.
182 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000014.
183 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000014.
184 Huiszoekingsdocumenten 1720-03-00000870 en 1720-03-00000872.
185 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000872.

242. Op 30 januari 2013 stuurt BAT een mail aan haar klanten met daarbij een prijslijst geldig vanaf 1 februari 2013.[186]

*243**. ITB** ontvangt deze nieuwe prijslijst via Tabagro op 30 januari 2013.*[187] *Op diezelfde dag wordt de prijslijst intern doorgestuurd binnen ITB.*[188] *Op 31 januari 2013 wordt in een interne mail binnen ITB de overgemaakte informatie besproken en een eigen standpunt bepaald:*[189]

> *"Hallo,*
>
> *Gelieve hierbij de nieuwe prijslijst BAT te vinden. Je zult geen aankondiging van prijsverhoging merken maar wel de toepassing van de nieuwe februari accijns. Op eerste zicht zal BAT de nieuwe accijns op oude prijs toepassen en geen compensatie doorvoeren.*
>
> *[VERTROUWELIJK], check je eens of er eventueel toch een compensatie is maar via A&P of iets anders.*
>
> *Enkele impacten van de accijns op de BAT portfolio:*
>
> *FMC:*
>
> *Lucky Strike 19's: van 8% marge naar 7,98%*
>
> *Lucky Strike 24: van 7,84% marge naar 7,77%*
>
> *Belga: van 7,68% naar 7,64%*
>
> *FCT:*
>
> *Pall Mall van 10,45% naar 10,17%*
>
> *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*
>
> *Grossiers zullen nu ook zo snel mogelijk moeten overschakelen naar systeem op available voor retail*
>
> *Gevolg voor ITB: de training naar onze reps en FM ivm accijns en trade terms moet zo snel mogelijk (eind feb.) doorgaan."*

IV.1.3.y BAT – 19 februari 2013: prijzen per 1 maart 2013

244. Op 19 februari 2013 verstuurt BAT een mail naar haar klanten met in bijlage de prijslijst voor sigaretten voor maart 2013.[190]

186 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001308.
187 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001308 .
188 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001309.
189 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001077.
190 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001086.

*245. Op 25 februari 2013 ontvangt **ITB** deze prijslijst per mail via Tabagro.[191] Op 26 februari 2013 wordt de prijslijst van BAT intern doorgestuurd binnen ITB.[192]*

IV.1.3.z PMB – 20 februari 2013: prijzen per 11 maart 2013

246. Op 20 februari 2013 stuurt PMB een mail aan haar relaties met onder meer een brief en een prijslijst sigaretten per 11 maart 2013.[193] In haar brief gaat PMB onder meer in op de prijswijziging van verschillende producten en de wijziging van verpakking, prijs en EAN-codes van Marlboro 24's (alle varianten).[194]

*247. Op 25 februari 2013 verkrijgt **ITB** deze prijslijst van PMB per mail via Tabagro.[195]*

IV.1.3.aa BAT – 6 maart 2013: prijzen per april 2013

248. Op 6 maart 2013 stuurt BAT een mail aan haar klanten met daarbij een prijslijst voor sigaretten geldig vanaf 1 april 2013.[196]

*249. Op 6 maart 2013 ontvangt **JTI** een mail van Timani met in bijlage de prijslijst van BAT.[197]*

*250**. PMB** ontvangt de prijslijst van BAT via Timani op 6 maart 2013.[198]*

*251. Tenslotte ontvangt ook **ITB** op 6 maart 2013 de prijslijst van BAT via Tabagro.[199] Op die dag wordt de prijslijst binnen ITB verder verspreid:[200]*

"Hello all,

Please find hereby the latest price list of BAT Belgium. This list will be effective as of April.

Changes are:

FMC:

No changes announced yet

Pall Mall MTS July 2012

LS 19: 4.70€ *GOB 19: 4.70€*

LS additive free: 4.80€

Dunhill: 5.30€ *Davidoff: 5.20€*

Belga: 6.00€ *Bastos: 6.30€"*

IV.1.3.bb PMB – 29 maart 2013: prijzen april 2013

191 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001086.
192 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001313.
193 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001089.
194 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001089.
195 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001089.
196 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000022.
197 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000023.
198 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000022.
199 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001315 en 1720-04_00001093.
200 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001103.

252. Op 29 maart 2013 verstuurt PMB een mail naar haar klanten om hen eraan te herinneren dat bepaalde producten aan nieuwe prijs of verpakking de markt zullen instromen. Er wordt ook verwezen naar een prijslijst met de nieuwe prijzen die in maart werd verstuurd.[201]

253. Op 29 maart 2013 verstuurt ***ITB*** *een interne mail waarin de informatie die PMB verstuurde, is opgenomen.*[202]

254. Op 31 maart 2013 ontvangt ITB de mail van PMB via Tabagro.[203] *De informatie wordt op 1 april 2013 binnen ITB verder doorgestuurd.*[204]

255. Op 31 maart 2013 ontvangt ***JTI*** *de mail van PMB via Tabagro.*[205]

IV.1.3.cc PMB – 29 maart 2013: prijzen per 1 mei 2013

256. Op 29 maart 2013 verstuurt PMB een mail naar haar relaties met een brief, een prijslijst sigaretten per 1 mei 2013, EAN-codes en de portfolio.[206] *Er wordt melding gemaakt van een nieuwe lancering die zal plaatsvinden in mei:*

> *"Vanaf week 18 (begin mei) zullen wij Chesterfield Menthol KS Box €4.30/19 lanceren zodat [VERTROUWELIJK]."*

257. Op 19 april 2013 verstuurt PMB opnieuw een mail naar haar relaties met een brief, een prijslijst sigaretten per 1 mei 2014, EAN-codes en de portfolio.[207] *Er wordt onder meer melding gemaakt van een nieuwe lancering die zal plaatsvinden in mei.*

258. ***ITB*** *ontvangt op 31 maart 2013 van Tabagro de prijzen die PMB op 29 maart 2013 verstuurde aan haar klanten.*[208]

259. Op 29 maart 2013 verstuurt Timani deze prijslijst per mail naar ***BAT*** *en* ***JTI****.*[209]

260. ITB ontvangt op 19 april 2013 de prijslijst en de brief met aangekondigde lancering via mail van Timani.[210] *Op dezelfde dag ontvangt ITB de informatie ook via Tabagro.*[211] *De prijzen van PMB worden vervolgens op 22 april 2013 per mail verspreid onder diverse ITB medewerkers.*[212]

261. Op 19 april 2013 verstuurt Timani deze prijslijst per mail naar BAT en JTI.[213]

IV.1.3.dd BAT – 16 april 2013: prijzen per 1 mei 2013

201 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001108.
202 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001316.
203 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001108.
204 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001317.
205 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000740.
206 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001108.
207 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001124.
208 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001108.
209 Huiszoekingsdocumenten 1720-06-00000027 en 1720-06-00000028.
210 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001120.
211 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001124.
212 Huiszoekingsdocument 1720-04-00000003.
213 Huiszoekingsdocumenten 1720-06-00000033 en 1720-06-00000034.

262. BAT communiceert op 16 april 2013 prijzen per 1 mei 2013.[214] Op die dag stuurt zij een mail naar haar klanten met daarbij onder meer een prijslijst.[215] Er wordt een verandering in consumentenprijs en verpakking aangekondigd:

> *"Vogue Superslims 19 box wordt Vogue LL Bleue 19 Box aan € 5,00"*

263. Verder kondigt BAT de lancering aan van Vogue LL Frisson Menthe 19 Box (5,00 EUR).

*264**. ITB** ontvangt deze prijslijst van BAT op 16 april 2013 via Tabagro.[216] De prijzen van BAT worden vervolgens op dezelfde dag per mail verspreid onder diverse ITB medewerkers.[217]*

*265. Op 16 april 2013 verstuurt Timani deze prijslijst per mail naar **PMB** en **JTI**.[218]*

IV.1.3.ee PMB – 8 mei 2013: prijzen per 1 juni 2013

266. Op 8 mei 2013 verstuurt PMB een mail naar haar relaties met een brief, een prijslijst sigaretten per 1 juni 2013, EAN-codes en de portfolio.[219] In haar brief kondigt PMB de lancering aan van L&M Additive Free Red KS 6,00 EUR/24. Dit product zal beschikbaar zijn vanaf week 25.[220]

267. Op 6 juni 2013 is er een interne mail binnen ITB waaruit blijkt dat PMB informatie naar haar klanten verzond over het tijdstip waarop bepaalde nieuwe producten of nieuwe verpakkingen de markt zullen instromen.[221] Marlboro Touch KS BOX 19 SLI (5 EUR) wordt verwacht op 19 juni 2013.

*268. Op 8 mei 2013 verstuurt Timani deze prijslijst per mail naar **BAT** en **JTI**.[222]*

*269. Op 8 mei 2013 ontvangt **ITB** de prijslijst per mail via Timani.[223] ITB ontvangt op 9 mei 2013 de prijslijst en de brief met aangekondigde lancering via mail van Tabagro.[224] De prijzen van PMB worden vervolgens op 14 mei 2013 per mail verspreid onder diverse ITB medewerkers.[225]*

270. In een interne mail van 14 mei 2013 van ITB wordt volgende vraag gesteld[226]:

> *"Kan ik een up to date 1 page overzicht krijgen van huidige prijzen in Belgie en Luxemburg en degenen die vanaf juli gelden. Alleen de belangrijkste sku's van ons en key competitors op 1 pagina graag. [VERTROUWELIJK] zal je iets sturen wat we in NL gebruiken. Hoeft niet hetzelfde te zijn. Gewoon wat jullie gebruiken."*

271. In het daaropvolgende antwoord wordt toelichting gegeven over hoe de opvolging van de prijszetting gebeurt[227]:

---

214 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001111.
215 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001111.
216 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001111.
217 Huiszoekingsdocumenten 1720-04-00000002 en 1720-04-00001118.
218 Huiszoekingsdocumenten 1720-06-00000032 en 1720-06-00000031.
219 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001130.
220 Huiszoekingsdocument 1720-04-00000004. Week 25 is van 17/06/2013 t.e.m. 23/06/2013.
221 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001319.
222 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000036 en 1720-06_00000037.
223 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001126.
224 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001130.
225 Huiszoekingsdocument 1720-04-00000004.
226 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000005.
227 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000005.

"Hoi [VERTROUWELIJK],

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 PDFs 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 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"

IV.1.3. ff PMB – 21 juni en 24 juni 2013: prijzen per 1 juli 2013

272. Op 21 juni 2013 stuurt PMB een mail aan haar relaties met in bijlage een brief met de aankondiging van een aantal wijzigingen in prijzen van sigaretten per 1 juli 2013:[228]

"Marlboro Box 19's (alle varianten met uitzondering van Marlboro Red Box, Marlboro Gold Box en Marlboro Gold Fine Touch) stijgen in prijs van €5.00/19 naar €5.20/19

Marlboro 100's Box 19's (alle varianten) stijgen in prijs van €5.20/19 naar €5.40/19

L&M 19's (alle varianten) stijgen in prijs van €4.70/19 naar €4.90/19

L&M Original Label KS Box 24's stijgt in prijs van €5.70/24 naar €6.00/24

Chesterfield Blue Box 24's stijgt in prijs van €5.40/24 naar €5.80/24

Philip Morris 19's (alle varianten) stijgen in prijs van €5.20/19 naar €5.40/19

Philip Morris 100's Box 19's stijgen in prijs van €5.30/19 naar €5.50/19

NB L&M Original Label KS Box 24's zal op korte termijn L&M Original Label KS Box 25's vervangen, die beschikbaar blijft tot uitputting van de voorraad. Hierna zullen de orders automatisch worden omgezet naar L&M Original Label 24's."[229]

273. Op 24 juni 2013 stuurt PMB opnieuw een mail aan haar relaties met in bijlage een brief met de aankondiging van een aantal wijzigingen in prijzen van sigaretten per 1 juli 2013.[230]

274. Op 3 juli 2013 stuurt PMB een mail naar haar klanten met een overzicht van de producten die eerstdaags aan nieuwe prijs of verpakking de markt zullen instromen waarbij per product de prijs en de verwachte instroomdatum worden vermeld.[231] *Zij verwijst hierbij naar de nieuwe prijslijst die eind juni 2013 werd rondgestuurd.*

228 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000038.

229 De andere bijlagen bij de mail zijn de prijslijsten sigaretten en tabak, EAN-codes en portfolio's.

230 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001136.

231 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000046.

*275. Op 21 juni ontvangen **BAT**, **ITB** en **JTI** de prijslijst van PMB met prijzen per 1 juli 2013 via mail van Timani.*[232]

276. Op 23 en 24 juni 2013 wordt de prijsinformatie van PMB verder doorgestuurd binnen ITB.[233]

277. ITB ontvangt op 25 juni de prijslijst met prijzen per mail via Tabagro.[234] *Op dezelfde datum wordt deze prijslijst binnen ITB opnieuw doorgestuurd naar verschillende medewerkers.*[235]

278. Bij mail van 25 juni 2013 brengt Tabagro ITB ervan op de hoogte dat PMB in dezelfde week nog een nieuwe prijslijst met de verhoging van de Marlboro Red Box en Marlboro Gold Box naar 5,20 EUR voor 19 zal versturen.[236] *Ook deze informatie wordt verder doorgestuurd binnen ITB met de vermelding:*

> *"(…) Hopefully this will calm down the excise discussions."*
>
> *Notice as well they have now communicated the new tax levels in their communication, you can notice that there will be 3 different tax levels applicable in one price list (July 12, Feb 13 and GM (or July 13))"*

*279. Op 3 juli 2013 stuurt Timani de mail van PMB van 3 juli 2013 door naar **BAT** en **ITB**.*[237]

280. Op 3 juli 2013 wordt de informatie over de instroom van nieuwe prijzen en verpakkingen van PMB verder doorgestuurd binnen ITB. [238]

IV.1.3.gg BAT – 27 juni 2013: prijzen per 1 juli 2013

281. BAT communiceert op 27 juni 2013 prijzen voor sigaretten per 1 juli 2013.[239] *Op die dag stuurt zij een mail naar haar klanten met daarbij onder meer een prijslijst. Er wordt een verandering in consumentenprijs en verpakking aangekondigd.*[240]

*282**. ITB** ontvangt op 27 juni 2013 de prijslijst met de aangekondigde prijswijzigingen via mail van Tabagro.*[241] *Op 28 juni 2013 wordt de prijslijst binnen ITB doorgestuurd naar verschillende medewerkers.*[242]

283. Volgende opmerking wordt gemaakt[243]*:*

"Please find hereby the price list of BAT Belgium.

> *Changes are:*
>
> *FMC:*

232 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000038, 1720-04_00001133 en 1720-06_00000038.
233 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000008.
234 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001136.
235 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000009.
236 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000009.
237 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000046 en 1720-04_00001323.
238 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001323.
239 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001140.
240 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001321.
241 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001140.
242 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001321.
243 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000010.

Pall Mall still at old MTS July 12 (4.30€) Will they still move to MTS from Feb (4.50€) with anti-forestalling system in place?

Lucky Strike 24 moves to 6.00€ Alignment with L&M, GOB and Camel

Lucky Strike 29 longer at 6.70€ Will they still move to 7.00€ (GOB, L&M) or move immediately above MTS July of 7.10€?

Belga moves from 6.00€ to 6.20€ Bastos at 6.30€ (no opportunity to increase in July!)"

*284. Op 28 juni 2013 verstuurt Timani deze prijslijst per mail naar **JTI.**[244] Op dezelfde dag ontvangt JTI de prijslijst via Tabagro.[245] Op 3 juli 2013 wordt deze informatie verder doorgestuurd binnen JTI.[246]*

IV.1.3.hh PMB – 1 juli 2013: prijzen per 15 juli 2013

285. Op 1 juli 2013 stuurt PMB een mail naar haar relaties met een brief, een prijslijst sigaretten per 15 juli 2013, EAN-codes en de portfolio.[247] In de brief kondigt PMB een aantal prijswijzigingen aan:[248]

"(…) WIJZIGING PRIJZEN

Marlboro Red Box 19's stijgt in prijs van €5.00/19 naar 5.2€0/19

Marlboro Gold Box 19's stijgt in prijs van €5.00/19 naar 5.20€/19

WIJZIGING VERPAKKING en EAN codes

Marlboro 25 's (alle varianten) gaan van 6.50€/25 naar 6.50€/24."

286. Op 8 juli 2013 stuurt PMB een mail naar haar klanten met een overzicht van de producten die de komende dagen aan nieuwe prijs of verpakking de markt zullen instromen waarbij per product de prijs en de verwachte instroomdatum worden vermeld.[249] Zij verwijst hierbij naar de nieuwe prijslijst die begin juli 2013 werd rondgestuurd.

*287. Op 1 juli 2013 stuurt Timani de prijslijst van PMB per mail door naar **ITB**.[250] Op dezelfde dag ontvangt ITB de prijslijst ook van Tabagro.[251] Deze informatie wordt verder doorgestuurd binnen ITB met volgende opmerking[252]:*

"Hello,

Please find "another" price list from PMI.

244 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000041.
245 Huiszoekingsdocument 1720-03_00001050.
246 Huiszoekingsdocument 1720-03_00001050.
247 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001146.
248 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001146.
249 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001152.
250 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001146.
251 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001145.
252 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001147.

GOOD NEWS …we have confirmation that Marlboro will increase (as of 15 July) from 5.00€ to 5.20€ with their 19 packs. Notice as well the Marlboro 25 pack change to 24. Staying at the round price of 6.50€

Marlboro 19: 5.20€ (273.68€/000)

Marlboro 24: 6.50 (270.83€/000)

You can notice that Marlboro 24 is price per stick less expensive than the 19's. We see as well that the price gap with mid-price has reduced.

Now:

Marlboro 24 @ 6.50€ (270.83€/000) vs Gauloises 24 @ 6.00€ (250€/000) à difference 20.83€/000

Before:

Marlboro 25 @ 6.50€ (260€/000) vs Gauloises 24 @ 5.70€ (237.5/000) à difference 22.5€/000

This reason and probably the long term 5.00€ pricing has resulted in a grow in MS for Marlboro over the last year.

Total market

DESCRIPTION_BF	*MAT - 1*	*MAT*	*Diff*
Marlboro	*24,92%*	*25,92%*	*1,00%*

Domestic market

DESCRIPTION_BF	*MAT - 1*	*MAT*	*Diff*
Marlboro	*25,88%*	*26,88%*	*1,00%*

"

288. Als reactie op deze mail wordt binnen ITB besproken hoe om te gaan met prijslijsten die worden doorgestuurd door de groothandel[253]*:*

"Hallo [VERTROUWELIJK],

Ik heb met [VERTROUWELIJK] besproken dat hij de mail met prijslijst naar jou en mij "Forward".

253 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001148 en 1720-04_00001820.

Op deze manier zie je van wie ze komt (welke groothandel en dus nooit fabrikant) en kun jij een klassement hiervan aanleggen. Daarna zal ik alle overbodige info eruit halen en de prijslijst met comments doorsturen in de organisatie.

Groeten"

289. Op 2 juli 2013 wordt binnen ITB besproken hoe te reageren op de aankondiging van prijswijzigingen van PMB[254]:

"[VERTROUWELIJK],

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.

[VERTROUWELIJK]: Can I have your thoughts please?"

*290. Op 1 juli 2013 stuurt Timani deze prijslijst van PMB per mail naar **BAT** en **JTI.**[255] Op 1 juli 2013 ontvangt JTI de prijslijst van PMB ook via Tabagro waarop deze intern wordt doorgestuurd.[256] Op 3 juli 2013 wordt de prijslijst nogmaals binnen JTI doorgestuurd naar verschillende medewerkers.[257]*

*291. Op 10 juli 2013 wordt de informatie met betrekking tot de instroom van nieuwe prijzen en verpakkingen in de markt door Timani doorgestuurd naar **ITB**, **BAT** en **JTI**.[258]*

292. Op 10 juli 2013 wordt de informatie met betrekking tot de instroom van nieuwe prijzen en verpakkingen van PMB in de markt intern doorgestuurd binnen ITB.[259]

IV.1.3. ii PMB – 17 juli 2013: prijzen 1 augustus 2013

293. Op 17 juli 2013 verstuurt PMB een brief naar haar klanten met als bijlage een prijslijst sigaretten per 1 augustus 2013, EAN-codes en de portfolio.[260] In de brief wordt een prijswijziging aangekondigd:

"Wijziging prijzen sigaretten

L&M Original Label KS Box 29's stijgt in prijs van 7.00€/29 naar 7.30€/29

L&M Blue Label KS Box 29's stijgt in prijs van 7.00€/29 naar 7.30€/29 "

*294. Op 17 juli 2013 ontvangt **BAT** de prijslijst van PMB per mail via Timani.[261]*

*295**. ITB** ontvangt de prijslijst ook op 17 juli 2013 per mail via Tabagro.[262] Op 29 juli 2013 wordt de prijslijst binnen ITB doorgestuurd naar verschillende medewerkers.[263]*

254 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001149.
255 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000037 en 1720-06_00000044.
256 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000877.
257 Huiszoekingsdocument 1720-03_00001047.
258 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001152 en 1720-06_00000047 en 1720-03_00000882.
259 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001325.
260 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000014.
261 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000048.
262 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001153.
263 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000014.

"Hello,

Please find hereby the PMB Belgium price list for August.

Changes:

FMC:

L&M 29 move from 7.00€ to 7.30€ GOB 29 will move from 7.00€ to 7.20€ à 0.10€ potential extra increase (but check other benchmark Camel 29, announced 7.20€, and LS 29, nothing announced yet)"

*296. Op 17 juli 2013 ontvangt tenslotte ook **JTI** de prijslijst van PMB via Timani.*[264]

IV.1.3. jj BAT – 30 juli 2013: prijzen 1 augustus 2013

297. BAT stuurt op 30 juli 2013 een mail naar haar klanten met een aangepaste prijslijst voor sigaretten voor augustus 2013:[265]

"Verandering van de consumentenprijzen / verpakkingen

Vogue Bleue 19 Box wordt Vogue Bleue 20 box aan € 5,20

Boule D'or Red 25 soft aan € 6,40

Vogue Menthe 19 Box wordt Vogue Menthe 20 box aan € 5,20

Johnson Filter 25 Soft aan € 6,70

Pall Mall Blue 24 Box aan € 5,80

Johnson Plain 25 Soft aan € 6,70

Kent Surround Silver 19 box aan € 5,20

Pall Mall Red Pouch 30 aan € 2,90

Kent Surround Silver 100's 19 box aan € 5,40

Pall Mall Blue Pouch 30 aan € 2,90

Kent Surround Silver 24 box aan € 6,50

Pall Mall Red Tin 160 aan € 15,40

Kent Surround Silver Menthol 19 box aan € 5,20

Pall Mall Blue Dutch Blend Pouch 50 aan € 4,80

Kent Neo 19 box aan € 5,20

Fleur Roisin Pouch 50 aan € 6,10

Kent Infina 19 box aan € 5,20

Winfield Red Tin 170 aan € 16,40

Kent Futura 19 box aan € 5,20

264 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000049.
265 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001155.

Winfield Blue Tin 170 aan € 16,40

Richmond Filter 25 Soft aan € 6,60

Pall Mall Red Volume Tin 120 aan € 11,60

Peter Stuyvesant Red 24 box aan € 6,40

Pall Mall Red Volume Bucket 250 aan € 24

Pall Mall Red Volume Bucket 650 aan € 62,40

Lucky Strike Optimized Tin 130 aan € 12,8"

*298. Op 30 juli 2013 ontvangt **ITB** de prijslijst van Tabagro.[266] De prijslijst wordt op dezelfde dag verder doorgestuurd binnen ITB.[267]*

IV.1.3.kk PMB – 5 augustus 2013: prijzen per september 2013

299. Op 5 augustus 2013 stuurt PMB een mail aan haar relaties met onder meer een brief en een prijslijst per september 2013.[268] Er worden volgende wijzigingen aangekondigd:

"LANCERING

Marlboro Red KS Box 30 aan een prijs van € 8.00/30.

Marlboro Gold Original KS Box 30 aan een prijs van € 8.00/30.

Deze producten zullen beschikbaar zijn vanaf week 36.

WIJZIGING PRIJZEN

Chesterfield Red KS Box 19's stijgt in prijs van € 4.30/19 naar €4.60/19

Chesterfield Red KS Box 24's stijgt in prijs van €5.40/24 naar €5.80/24

Chesterfield Red KS Box 29's stijgt in prijs van €6.60/29 naar €7.10/29

Chesterfield Blue KS Box 19's stijgt in prijs van €4.30/19 naar €4.60/19

Chesterfield Menthol KS Box 19's stijgt in prijs van €4.30/19 naar €4.60/19

UIT ASSORTIMENT vanaf eind augustus

Chesterfield Red 100 Box 19's wordt uit assortiment genomen"

300. Op 27 augustus 2013 verstuurt PMB informatie naar haar klanten over het tijdstip waarop bepaalde producten aan nieuwe prijs of verpakking de markt zullen instromen.[269] Hierbij wordt verwezen naar de prijslijst die werd verstuurd in augustus 2013.

301. Op 24 september 2013 verstuurt PMB opnieuw informatie naar haar klanten over het tijdstip waarop bepaalde producten aan nieuwe prijs of verpakking de markt zullen instromen.[270]

266 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001155.
267 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001326.
268 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001158.
269 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000051.
270 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000053.

*302**. ITB** ontvangt op 6 augustus 2013 via Timani per mail de prijzen van PMB.[271] Op 6 augustus 2013 stuurt Tabagro eveneens de mail van PMB door aan ITB.[272]*

*303. Ook **JTI** ontvangt op 6 augustus 2013 via Timani de prijzen van PMB.[273]*

*304. Op 27 augustus 2013 ontvangen **BAT** en **JTI** de informatie van PMB over de instroom van producten aan nieuwe prijs of verpakking via Timani.[274]*

*305. Op 24 september 2013 ontvangen **BAT**, **JTI** en **ITB** ook de volgende informatie van PMB over de instroom van producten aan nieuwe prijs of verpakking via Timani.[275] Op dezelfde dag wordt de informatie verder doorgestuurd binnen ITB.[276]*

IV.1.3.II BAT – 9 augustus 2013: prijzen per 10 augustus 2013

306. BAT stuurt op 9 augustus 2013 een mail naar haar klanten met als bijlage een prijslijst geldig vanaf 10 augustus 2013.[277]

*307**. ITB** ontvangt op 9 augustus 2013 de prijslijst van BAT per mail via Tabagro.[278]*

IV.1.3.mm BAT – 20 augustus 2013: prijzen per eind september 2013

308. Op 20 augustus 2013 kondigt BAT een prijs- en verpakkingswijziging aan voor Lucky strike 19: 20 sigaretten per pakje aan 5 EUR, verkrijgbaar vanaf eind september.[279]

*309. Op 20 augustus 2013 ontvangt **ITB** de informatie over de prijs- en verpakkingswijziging per mail van Tabagro.[280]*

310. Op 22 augustus 2013 wordt deze informatie intern binnen ITB doorgestuurd:[281]

> *"Please find hereby the price and pack change for Lucky Strike 19 in Belgium.*
>
> *Probably the LT will come back to the Pricing team to see the possible impact on our portfolio (Eg GOB 19)*
>
> *Kind Regards,*
>
> *Ps: sorry if you receive this a second time as some of you might already have received this by [VERTROUWELIJK]."*

*311. Op 21 augustus 2013 beschikt **PMB** over de informatie in verband met de geplande prijs- en verpakkingswijziging voor Lucy Strike. Deze informatie wordt verwerkt in een brandboard en op die datum intern bij PMB doorgestuurd.[282] Er wordt een mogelijke reactie besproken:*

> *"[VERTROUWELIJK]."*

---

271 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001159.
272 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001158.
273 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000050.
274 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000051 en 1720-06_00000052.
275 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000053, 1720-06_00000054 en 1720-04_00001329.
276 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001329.
277 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001162.
278 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001162.
279 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001165.
280 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001165.
281 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001166.
282 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000411. Het is onduidelijk van wie PMB deze informatie heeft gekregen.

312. In een mail van 22 augustus 2013 wordt verder gereageerd[283]:

> *"As discussed, let's proceed with preparations for the Scenario 1, IMS in early November.*
>
> *[VERTROUWELIJK].*
>
> *I will share this [VERTROUWELIJK].*
>
> *Kind regards,*
>
> *[VERTROUWELIJK]"*

IV.1.3.nn PMB – 30 augustus 2013: september 2013

313. Op 30 augustus 2013 stuurt PMB een mail naar haar klanten om hen te informeren over de stand van zaken in het kader van de nakende anti-forestalling. Hierin staat onder meer volgende informatie[284]:

> *"(…) Het overgrote deel van onze producten is reeds overgegaan naar de nieuwe bandprijzen conform de nieuwe taxatie 1/7/2013 en met GM code. Hierop zijn enkele uitzonderingen terug te vinden die iets later de markt zullen instromen na 30/8/2013, afhankelijk van de huidige verkoop, zie onder de producten met de respectievelijke verwachte datum, huidige en nieuwe bandprijs.*
>
> *Cigarettes:*
>
> *L&M Original Label 29's @ 7,00€: 3/9/2013 => 7,30€*
>
> **Chesterfield Red 19's @ 4,30€: >16/9/2013 => 4,60€*
>
> **Chesterfield Red 24's @ 5,20€: > 16/9/2013 => 5,80€*
>
> *Chesterfield Red 29's @ 6,60€: 20/9/2013 => 7,10€*
>
> **Chesterfield Blue 19's @ 4,30€: >16/9/2013 => 4,60€(…)"*

314. Op 24 september 2013 stuurt PMB een mail naar haar klanten met een overzicht van de producten die eerstdaags aan nieuwe prijs of verpakking de markt zullen instromen waarbij per product de prijs en de verwachte instroomdatum worden vermeld.[285] Het verwijst hierbij naar de nieuwe prijslijst die eind augustus 2013 werd rondgestuurd.

315. Er wordt melding gemaakt van volgende producten: Chesterfield red KS box 29 (7,10 EUR), Chesterfield bleu KS box 19 (4,60 EUR), Chesterfield red KS box 19 (4,60 EUR) en Chesterfield red KS box 24 (5,80 EUR).

*316. **ITB** ontvangt de mail van PMB over anti-forestalling op 1 september 2013 via Tabagro.[286] De informatie wordt op 2 september 2013 verder doorgestuurd naar verschillende medewerkers van ITB.[287]*

---

283 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000023.
284 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001167.
285 Huiszoekingsdocument 1720-06_00000053.
286 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001167.
287 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001328.

*317. Op 24 september 2013 stuurt Timani de mail van 24 september 2013 van PMB met informatie over nieuwe prijzen en verwachte instroom in de markt door naar **BAT**, **JTI** en **ITB**.*[288]

318. Op 24 september 2013 wordt deze informatie binnen ITB doorgestuurd naar verschillende medewerkers met als opmerking [289]*:*

> *"MI start delivery of new GM codes and prices on Chesterfield as of Friday*
>
> *@ [VERTROUWELIJK], is this an extra argument to still deliver some non GM this week."*

IV.1.3.oo PMB – 11 oktober 2013: prijzen per november 2013

319. Op 11 oktober 2013 stuurt PMB een mail aan haar relaties met een brief en een prijslijst sigaretten per november 2013.[290] *In haar brief gaat PMB onder meer in op de wijziging van verpakking, prijs en EAN-codes van verschillende producten*[291]*:*

> *"(…)*
>
> *1. SIGARETTEN*
>
> *WIJZIGING VERPAKKING, PRIJS en EAN CODES*
>
> *L&M Original Label KS Box 19's wijzigt in prijs en verpakking van 4.90€/19 naar 5.00€/20*
>
> *L&M Blue Label KS Box 19's wijzigt in prijs en verpakking van 4.90€/19 naar 5.00€/20*
>
> *UIT ASSORTIMENT in de maand oktober*
>
> *Marlboro Gold Advance 19's is beschikbaar tot uitputting voorraad (…)"*

*320. Op 11 oktober 2013 ontvangt **ITB** deze prijslijst via Tabagro.*[292] *Op dezelfde datum wordt de informatie verder doorgestuurd naar verschillende medewerkers van ITB.*[293]

*321**. BAT** en **JTI** ontvangen deze prijzen van PMB op 11 oktober 2013 via Timani.*[294]

IV.1.3.pp PMB – 29 oktober 2013: prijzen per 15 november 2013

322. Op 29 oktober 2013 stuurt PMB een mail aan haar relaties met een brief en een prijslijst sigaretten per 15 november 2013. In haar brief gaat PMB onder meer in op de wijziging van verpakking, prijs en EAN-codes van verschillende producten:[295]

> *"(…)*
>
> *SIGARETTEN*

WIJZIGING VERPAKKING, PRIJS en EAN CODES

288 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000053 en 1720-06_00000054 en 1720-04_00001168.
289 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001168.
290 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001169.
291 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000016.
292 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001169.
293 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000016.
294 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000055 en 1720-06_00000056.
295 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001170.

- *L&M Original Label KS Box 29's wijzigt in prijs en verpakking van €7.30/29 naar €7.00/28's*
- *L&M Blue Label KS Box 29's wijzigt in prijs en verpakking van €7.30/29 naar €7.00/28's*
- *Chesterfield Red KS Box 29's wijzigt in prijs en verpakking van 7.10€/29 naar €6.80/28's*

Deze nieuwe verpakkingen zullen beschikbaar zijn vanaf week 47 – 48."

*323. **ITB** ontvangt de prijzen van PMB op 29 oktober 2013 via Timani.[296] Op diezelfde dag wordt de informatie over de prijzen van PMB verder doorgestuurd binnen ITB waarbij ook wordt verwezen naar de eigen producten van ITB[297]:*

" (…) We received following info through the wholesalers.

As expected PMB changes L&M and Chesterfield from 29 to 28 (week 47).

** L&M moves from 29 @ 7.30€ to 28 @ 7.00€ GOB will move in January to 28 @ 7.00€*

** Chesterfield moves from 29 @ 7.10€ to 28 @ 6.80€ All our VFM Maxi packs will move to 28 @ 6.80€ in December.(…)"*

*324. **JTI** en **BAT** ontvangen op 29 oktober 2013 eveneens de prijzen van PMB via Timani.[298]*

IV.1.3.qq BAT – 14 november 2013: prijzen per december 2013

325. Op 14 november 2013 stuurt BAT een mail naar haar klanten met in bijlage de prijslijst voor december 2013.[299]

*326. Op 15 november 2013 ontvangt **ITB** via Tabagro deze prijslijst van BAT.[300] Op 17 november 2013 wordt deze intern doorgestuurd binnen ITB.[301]*

IV. 1.3.rr PMB – 15 november 2013: prijzen per januari 2014

327. Op 15 november 2013 stuurt PMB een mail aan haar relaties met een brief en een prijslijst sigaretten per 1 januari 2014. In haar brief gaat PMB onder meer in op de wijziging van verpakking, prijs en EAN-codes van verschillende producten.[302]

*328. **ITB** ontvangt deze prijzen van PMB op 16 november 2013 via Timani.[303] Op 17 november 2013 stuurt Tabagro de mail van PMB eveneens door aan ITB.[304] De prijzen van PMB worden vervolgens op 17 november 2013 per mail verspreid onder diverse ITB medewerkers:[305]*

"Please find hereby the price list for PMI FMC Belgium (January 2014).

296 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001170.
297 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001172.
298 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000078 en 1720-06_00000077.
299 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001173.
300 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001173.
301 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001331.
302 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001175.
303 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001175.
304 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001176 en 1720-04_00001137.
305 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000019.

Notice that these timings can change based on the publication of the official excise rates.

FMC:

Marlboro 19's from 5.20€ to 5.50€ Davidoff 19 moves to 5.50€

Marlboro 19's SKS from 5.40€ to 5.60€

Marlboro 24 @ 6.50€ moves to 23 @ 6.50€ (5.36€/19)

Marlboro 30 @ 8.00€ moves to 29 @ 8.00€ (5.24€/19)

L&M 20 @ 5.00e moves to 19 @ 5.00€ GOB 19 moves to 4.80€

L&M 24 @ 6.00€ moves to 23 @ 6.00€ (4.95€/19) GOB 24 stays @ 6.00€

Do we adapt to 23 or do we communicate one cigarette more?

L&M 28 @ 7.00€ moves to 27 @ 7.00€ (4.92€/19) GOB 28 stays @ 7.00€

Do we adapt to 27 or do we communicate one cigarette more?

Chesterfield 19 @ 4.60€ moves to 4.80€ West moves to 4.50€

Chesterfield 24 @ 5.80€ moves to 23 @ 5.70€ (4.70€/19) West stays in 24 @ 5.70€

Do we adapt to 23 or do we communicate one cigarette more?

Chesterfield 28 @ 6.80€ moves to 27 @ 6.70€ (4.70€/19) West stays in 28 @ 6.70€

Do we adapt to 27 or do we communicate one cigarette more?

No communication yet on FCT."

329. Bij het doorsturen vermeldt ITB het volgende:

"I believe the pricing team needs to reconsider what we do with this new information (23 pack and 27 pack?).

Based on the outcome the GAP strategic team needs to decide how we will communicate our pricing to consumers "[306]

330. In een andere interne mail van ITB wordt het volgende vermeld[307]*:*

"All,

Please also bear in mind that we do not have 22s capacity so any move we make now needs to also be considered in line with our (and our competitions) next potential move. We need to think one step ahead in order to ensure a continued competitive edge."

306 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000019.

307 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000021.

331. ITB verwerkt de informatie op 20 november 2013 in een document met als titel "Memo: Adjusted FY14 Pricing Strategy".[308] Hierin wordt onder meer het volgende vermeld:

> *"First PMI pricelist communicates a 30ct/19 increase for Marlboro to €5,50/19st. Considering PMI's profit objective and preference for round prices, there is a high chance it will stay at this price point and respond (if needed) to market price decreases with BB and SBB, L&M or Chesterfield.*
>
> *Cash brands can follow the MB price increase and will match this increase, with the exception of Bastos (+20ct)."*

*332. Op 16 november 2013 ontvangt **JTI** de brief, prijslijst en EAN-codes van PMB van Timani.[309] De informatie wordt op 17 november 2013 binnen JTI doorgestuurd naar verschillende medewerkers.[310] [VERTROUWELIJK][311]:*

> *"[VERTROUWELIJK]."*

333. [VERTROUWELIJK][312]:

[VERTROUWELIJK]

[VERTROUWELIJK]

*334. Op 16 november 2013 ontvangt **BAT** de brief, prijslijst en EAN-codes van PMB van Timani.[313]*

IV.1.3.ss BAT – 12 december 2013: prijzen per januari 2014

335. BAT stuurt op 12 december 2013 een mail naar haar klanten met daarbij de prijslijst sigaretten voor januari 2014.[314]

*336**. ITB** ontvangt deze prijzen van BAT op 12 december 2013 via een mail van Tabagro.[315] Op 16 december 2013 ontvangt ITB deze prijslijst nog een keer via Timani.[316]*

337. De prijslijst wordt binnen ITB verder doorgestuurd via mails van 12 december 2013[317] en 14 december 2013, waarbij ook volgende opmerking wordt geformuleerd[318]:

> *"PMI heeft nu ook BAT zijn prijslijst FMC in de markt gestuurd.*
>
> *Op basis van deze beide prijslijsten zullen wij een significant prijsvoordeel hebben op verschillende sku's. Uiteraard zou het kunnen dat zij reageren op middellange termijn.*
>
> *De eerste reacties uit de markt leren me echter dat zij vooral de druk bij wholesale en retail willen opdrijven, opdat wij onze prijzen zouden herzien.*

308 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000669.
309 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000080.
310 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000681.
311 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000681.
312 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000300.
313 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000079.
314 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001182.
315 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001182.
316 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001183.
317 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001332.
318 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000024.

[VERTROUWELIJK].

Changes BAT:

(…)

Lucky Strike 24 moves to 23 at 6.00€ GOB 24 at 6.00€ (can we take one stick out? Increase profit, L&M as well at 23 for 6.00€) (…)"

338. Volgend op de prijscommunicatie van BAT bespreekt ITB in een interne mail van 15 december 2013 de eigen prijszetting:[319]

"[VERTROUWELIJK]

[VERTROUWELIJK]. Hierin vinden wij dat de consumentenprijzen in verhouding relatief laag zijn en dat we daarom voorzichtig om gaan met de geboden ruimte onder het nieuwe accijnssysteem. Om de afstand tussen FMC en MYO te verkleinen ipv te vergroten zijn we daarom conservatief met onze aanpassingen in FMC die de afgelopen wellicht te hoog zijn geweest. Vandaar onze kleine beweging "terug" op een paar VFM varianten. Als we op termijn zien dat de prijzen van MYO relatief omhoog gaan, dan kan ook FMC weer groeien. Let wel, wij zijn geen voorstander van FCT accijns aanpassingen. De accijns is nu al eenmalig fors verhoogd.

[VERTROUWELIJK]."

*339**. JTI** ontvangt op 16 december 2013 via een mail van Timani de prijzen van BAT.*[320]

IV.1.3.tt JTI – 17 december 2013: prijzen per januari 2014

340. Op 17 december 2013 stuurt JTI een mail[321] *naar Tabagro met in bijlage een prijslijst voor sigaretten per 1 januari 2014. De prijswijziging is het gevolg van de nieuwe taxatie vanaf 1 januari 2014. Naast prijswijzigingen zijn er ook een aantal verpakkingswijzigingen en is er één product dat van de markt zal verdwijnen:*

- *"Verpakkingswijziging :*

Camel 19 (Filters – Blue – Orange & Silver) wijzigen naar een box 20.

Camel 24 (Filters – Blue) wijzigen naar een box 23.

Camel 29 (Filters – Blue) wijzigen naar een box 27.

Winston 24 (Classic – Blue) wijzigen naar een box 23.

Winston 29 (Classic – Blue) wijzigen naar een box 27.

- *Verlaat ons assortiment: Ronson box 29 verlaat ons assortiment na uitputting van de voorraad."*

*341. Op 17 december 2013 ontvangt **ITB** deze prijzen van JTI via Tabagro.*[322] *Dezelfde dag wordt de mail van Tabagro met in bijlage de prijslijst van JTI intern doorgestuurd binnen ITB.*[323]

319 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001858.
320 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000082.
321 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001186.
322 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001186.
323 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001335.

*342. Op 18 december 2013 verwerkt **PMB** de informatie van JTI in een document met als titel "BE CIG Brandboard 2014 incl. JTI". Dit document wordt op 18 december 2013 intern verspreid via mail binnen PMB.*[324]

343. In een interne mail van 20 december 2013 wordt de prijszetting van PMB besproken en wordt onder meer het volgende vermeld:

> *"[VERTROUWELIJK],*
>
> *Further to our phone discussion, below please see the Belgium pricing plan: (…).*
>
> *[VERTROUWELIJK] (…)"*

344. Als reactie hierop volgt nog verder[325]*:*

> *"[VERTROUWELIJK]"*

Periode 11/1/14 – 29/12/14

IV.1.3.uu JTI – 11 januari 2014: prijzen per week 5/6 2014 (27/01/2014-02/02/2014)

345. Op 9 januari 2014 stuurt JTI een mail[326] *naar Tabagro met in bijlage informatie aangaande de lancering van een nieuw product, Camel Option Box 19. Dit product zal gelanceerd worden aan 4,90 EUR en zal beschikbaar zijn in week 5 of 6 van 2014.*

*346. Op 11 januari 2014 ontvangt **ITB** de informatie met betrekking tot dit nieuwe product van Tabagro.*[327]

IV.1.3.vv PMB – januari 2014 en 13 februari 2014: prijzen per februari 2014 en 3 maart 2014

347. Op 10 januari 2014 laat PMB tijdens een informeel contact aan Tabagro weten voornemens te zijn een nieuwe prijslijst uit te brengen voor februari 2014.[328]

348. Op 17 januari 2014 stuurt PMB een mail naar haar relaties met een brief, een prijslijst voor februari 2014 en EAN-codes.[329] *De brief vermeldt het volgende:*

> *"Hierbij ontvangt u een aangepaste prijslijst en EAN-codes voor de Sigaretten van Philip Morris Benelux BVBA voor de Belgische markt.*
>
> *Volgende aanpassingen zijn gemaakt:*
> *SIGARETTEN*
>
> *WIJZIGING VERPAKKING, PRIJS en EAN CODES*
>
> - *Marlboro Flavor Mix 19's wijzigt in prijs van €5.50/19's naar €5.20/19's*
> - *Alle L&M 19's varianten wijzigen in prijs van €5.00/19's naar €4.80/19's*
> - *Alle Chesterfield 19's varianten wijzigen in prijs van €4.80/19's naar €4.70/19's*

324 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000136.
325 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000559.
326 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001189.
327 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001189.
328 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001645.
329 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001657.

LANCERING

- *L&M additive Free 19's aan een prijs van €4.70/19's*

Deze nieuwe verpakkingen zullen beschikbaar zijn vanaf mid februari 2014, na uitputting van de huidige voorraad. Alle producten zijn voorzien van de nieuwe AN code. "

349. Op 13 februari 2014 communiceert PMB aan de groothandel dat het vanaf 17 februari 2014 stopt met de leveringen van de L&M Additive Free 24's variant en dat de nieuwe variant L&M Additive Free 19's beschikbaar zal zijn en geleverd kan worden vanaf 3 maart 2014 (4,70 EUR).[330] Er wordt eveneens verwezen naar de prijslijst van februari 2014 waar deze lancering reeds werd vermeld.

*350. Op 11 januari 2014 ontvangt **ITB** van Tabagro het bericht dat PMB het voornemen heeft een nieuwe prijslijst uit te brengen voor februari 2014 als reactie op de aangekondigde prijszetting. In deze mail wordt verwezen naar specifieke producten:[331]*

"Beste,

Naar aanleiding van een informeel contact gisterenavond met iemand van PMB is mij bevestigd dat er nog voor februari een nieuwe prijslijst zal komen voor FMC als reactie op de aangekondigde prijssettings. De Chesterfield zou zakken naar 4,70 € /19 (cfr. Prijssetting Pall Mall met uitzondering van PM38).

Alle aangekondigde prijzen op de prijslijst van begin december komen wel in de markt. De goed-roterende Marlboro referenties (vb. Red/Gold 19 aan 5,5 €) komen allemaal volgende week binnen bij de groothandel.

Begin volgende week zou ook een logistieke lijst worden overgemaakt met de data waarbij de AN varianten beschikbaar worden."

351. Deze informatie wordt op 11 januari 2014 binnen ITB verder verspreid.[332]

352. Op 17 januari 2014 ontvangt ITB van Tabagro de prijslijst en begeleidende brief met prijzen voor sigaretten per 1 februari 2014. Deze informatie wordt doorgestuurd naar verschillende medewerkers van ITB.[333] Op 20 januari 2014 wordt de informatie nogmaals intern doorgestuurd met volgende opmerking:[334]

" Please find hereby an adapted price list from PMI.

Changes vs last communication:

Chesterfield will not increase to 4,80€ but to 4,70€

L&M 19 will not increase to 5,00€ but to 4,80€ "

330 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001194, 1720-06-00000089, 1720-06-00000090 en 1720-03-00000706.

331 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001645.

332 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001645 en 1720-04_00001341.

333 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001657.

334 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000784.

*353. Op 13 februari ontvangen **ITB**, **JTI** en **BAT** via Timani de mail van PMB met het bericht van de lancering van L&M Additive Free 19's aan 4,70 EUR vanaf 3 maart 2014.*[335]

*354. Minstens op 19 februari 2014 beschikt **ITB** ook over de informatie dat er Chesterfield 19's aan 4,70 EUR en L&M 19's aan 4,80 EUR op de markt zullen worden gebracht. Er wordt op 19 februari 2014 immers een mail verstuurd binnen ITB met een bijlage "National Price Overview Belgium" waarin een overzicht wordt gegeven van de verschillende producten van de concurrenten met een prijsvergelijking januari 2014 met een (vermoedelijke) prijszetting in april 2014.*[336] *Hierbij worden reeds de prijzen Chesterfield en L&M vermeld voor april 2014.*[337]

IV.1.3.ww BAT – januari/ februari 2014: prijzen per januari/februari 2014

355. Ten laatste op 22 januari 2014 communiceert BAT haar nieuwe prijsstrategie aan de winkels gelegen in de grensstreek.[338] *Het geeft daarbij een overzicht van de wijzigingen in het gamma januari/februari 2014.*

*356. Op 22 januari 2014 beschikt **PMB** over een communicatie van BAT aan de border shops met betrekking tot de prijsstrategie van BAT. Het bevat een overzicht van de wijzigingen van het gamma van BAT januari/februari 2014.*[339]

357. In een interne presentatie van 24 januari 2014 vermeldt PMB[340]*:*

> *"There were rumours among wholesale that BAT would match PMI's price/content in Fine-cut and would reduce Pall Mall Additive Free to €4.50/19s to match Imperials' West and News prices."*

358. Op 5 februari 2014 wordt een interne mail verstuurd binnen PMB met een kort verslag over prijsaanpassingen van BAT, dit naar aanleiding van een bezoek aan Trendy Foods en Tabagro:[341]

> *"Dear All,*
>
> *Today 5/2/2014, during my visits at Wholesaler Trendy Foods via Pierre Yves Dequinze and Tabagro West Volckaert via Ben Cauwelier, I was informed around some updates on the market as of mid-February 2014.*
>
> *In attachment you will find some more details about the update."*

359. Het verslag bevat een aantal geplande prijsaanpassingen van BAT voor midden februari:[342]

> *"MARKET INFO February 2014*
>
> *BAT updates as of Mid-February 2014*
>
> *Change of prices - packaging's*

335 Huiszoekingsdocumenten 1720-03-00000706, 1720-04_00001194, 1720-06-00000089 en 1720-06-00000090.
336 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001865.
337 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001865.
338 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000217.
339 Huiszoekingsdocumenten 1720-01_00000217, 1720-01_00000223 en 1720-01_00000220.
340 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000374.
341 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000250.
342 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000250.

Cigs Lucky Strike Red 19 @ € 5,00

Pall Mall Additive Free 19 Box @ €4,50

New Launches Cigs

Pall Mall Blue 38 Mega Box@ €8,90"

360. Op 7 februari 2014 worden deze prijswijzigingen opgenomen in een interne presentatie van PMB[343]:

"BAT issued a new price list for both cigarettes and fine cut reducing selected skus pricing (see updated price board and comparison table included in this report)

- *Cigs*
    - *Lucky Strike 20's (instead of 19's) at € 5.00*
    - *Pall Mall Additive Free 19's at € 4.50"*

IV.1.3.xx ITB – 7 februari 2014: prijs per (onbekend)

361. Op 7 februari 2014 brengt ITB de groothandel op de hoogte van het feit dat voor een aantal producten de prijzen nog een paar weken gelijk zullen blijven en dat de eerder aangekondigde prijzen pas daarna zullen worden toegepast.[344]

*362. Op 10 februari 2014 werd binnen **PMB** een interne mail verstuurd met de melding dat ITB info heeft verstuurd naar de groothandel:*

"Some Updated info was send by ITB to the wholesaler last Friday"[345]

363. In bijlage bij deze mail werd een document gevoegd genaamd "UPDATED MARKET INFO FEBRUARY 2014"[346]. Volgens de technische gegevens van dit document is dit een intern rapport van PMB. Met betrekking tot ITB bevat dit document volgende info:

"ITB info send to WS 7/2/2014

We'll inform you that the references here under with excise code AN will stay for a couple of weeks longer on the market on the current price

After this, earlier communicated prices will become active

Gauloises Blondes Bleu 19 @ €4,70

Fortuna Red 24 @ €5,80

Fortuna Red 28 @ €6,80

West Red 28 @ €6,80

News Red 28 @ €6,80"

IV.1.3.yy BAT – ten laatste 11 februari 2014: prijzen per week 10 2014 (3/3/14 - 9/3/14)

343 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000378.
344 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000634.
345 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000634.
346 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000634.

364. Ten laatste op 11 februari 2014 informeert BAT groothandelaar Huyghebaert NV over de introductie van een nieuw product Pall Mall San Francisco 38's.[347]

*365. Op 11 februari 2014 stuurt **PMB** intern een mail*[348] *met volgende info:*

> *"My contact, [VERTROUWELIJK] of Huyghebaert NV, informed me today of a new launch of "Pall Mall San Francisco 38's", on a price of € 8,90 as of week 10."*

366. Dezelfde informatie wordt op 17 februari 2014 nogmaals intern binnen PMB doorgestuurd met de melding[349]*:*

> *"Competition info"*

*367. Op 19 februari 2014 beschikt ook **ITB** over de informatie dat er Pall Mall 38's aan 8,90 EUR op de markt zullen worden gebracht. Op 19 februari 2014 wordt immers een mail verstuurd binnen ITB met een bijlage "National Price Overview Belgium" waarin een overzicht wordt gegeven van de verschillende producten van de concurrenten met een prijsvergelijking januari 2014 met een (vermoedelijke) prijszetting in april 2014.*[350] *Hierbij wordt reeds de prijs van 8,90 EUR voor Pall Mall 38's vermeld voor april 2014. Hierbij wordt volgende opmerking gegeven:*

> *"This document is intended to promote discussion and debate regarding our future commercial strategy, including our future pricing decisions. As part of these discussions it is necessary and appropriate to consider the current and likely future activities of our competitors.*
>
> *Where this document makes statements regarding the future activities of our competitors, including their future pricing decisions, this is based on our independent research, assumptions and "best guess" as to any such future activities. Unless we refer to a source which demonstrates that we have actual knowledge of a particular activity, it should be assumed that such information is an assumption made by us to inform our discussions and decision making."*

IV.1.3.zz JTI – 25 februari 2014: prijzen per maart 2014

368. JTI stuurt op 25 februari 2014 informatie naar haar groothandelaren m.b.t. prijswijzigingen en wijzigingen in verpakkingen van sigaretten.[351]

*369. Op 25 februari 2014 stuurt Tabagro de prijslijst van JTI door naar **ITB**.*[352] *Deze mail wordt vervolgens diezelfde dag intern doorgestuurd naar andere personeelsleden van ITB met de melding:*[353]

> *"Hierbij nieuwe prijslijst JTI maart"*

347 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000252.
348 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000252.
349 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000219.
350 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001865.
351 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001195.
352 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001195.
353 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001347.

370. Op 10 maart 2014 is er een interne mail binnen ITB waarbij deze prijslijst wordt doorgestuurd met volgende vermelding[354]:

> *"Hierbij de laatste prijslijst van JTI.*
>
> *Veranderingen:*
>
> *FMC:*
>
> *Camel 19 gaat toch niet naar 20 en wordt 19 aan 5.00€ GOB 19 4.80€/19*
>
> *Zoals verwacht zal Winston 19 niet naar 4.80€ gaan maar naar 4.70€"*

371. Op basis van de verkregen informatie past ITB ook haar "BeLux Price overview" aan. Op 11 maart 2014 wordt intern binnen ITB een mail verstuurd met volgende vermelding[355]:

> *"Dear all,*
>
> *The BeLux price overview has been updated and is available here.*
>
> *Price change highlights (expected inflow in April/May)*
>
> *· Camel increased in price from €5/20st to €5/19st.*
>
> *· Camel B/W increased with +10ct to €4,90/19st (not in price overview)*
>
> *· Winston and B&H move from €4,80 to €4,70 for 19st.*
>
> *(…)"*

*372. Op 25 februari 2014 lezen we in een interne mail[356] van **PMB** dat JTI aan haar groothandelaren informatie heeft toegestuurd met betrekking tot prijswijzigingen en wijzigingen in verpakking van haar sigaretten. Er wordt ook vermeld dat PMB deze informatie heeft gekregen van Tabagro:*

> *"Some updated info was send by JTI to the wholesaler on Tuesday 25/2 with some updates on prices and or pack changes of their cigarette brands. I was informed with this info by Ben Cauwelier of Tabagro West."*

373. In het document in bijlage[357] bij deze mail wordt vermeld dat deze nieuwe prijzen en verpakkingen vanaf maart 2014 zullen worden toegepast:

> *"JTI updates as of March 2014*
>
> *Change of prices due to packsize changes Cigs*
>
> *Camel Filters changes from 20 Box @ € 5,00 to 19 Box @ € 5,00*
>
> *Camel Orange changes from 20 Box @ € 5,00 to 19 Box @ € 5,00*
>
> *Camel Blue changes from 20 Box @ € 5,00 to 19 Box @ € 5,00*
>
> *Camel Silver changes from 20 Box @ € 5,00 to 19 Box @ € 5,00*
>
> *Change of prices*

354 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000030.
355 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001525.
356 Huiszoekingsdocumenten 1720-01_00000256 en 1720-01_00000639.
357 Huiszoekingsdocumenten 1720-01_00000256 en 1720-01_00000639.

Camel Black 19 Box increases from € 4,80 to € 4,90

Camel White 19 Box increases from € 4,80 to € 4,90

Winston Classic 19 Box decreases from € 4,80 to € 4,70

Winston Blue 19 Box decreases from € 4,80 to € 4,70

Benson & Hedges American Red 19 decreases from € 4,80 to € 4,7"

374. Bovenvermelde mail van 25 februari 2014 wordt dezelfde dag verder binnen PMB doorgestuurd met een aantal bijkomende opmerkingen. Men vermeldt hier ook de vaststelling dat een eerder aangekondigde prijs van JTI nooit werd toegepast[358]:

"Also the Camel 27's was spotted in market at €7.00/27s, so also on this variant the announced 'intermediate price' of €7.30/29s never hit the market."

375. De verkregen informatie wordt niet enkel intern doorgestuurd maar wordt ook bijgehouden in een brand board[359]:

"In attachment you can find the brand board containing the latest status."

376. Vervolgens wordt bovenvermelde mail nogmaals intern doorgestuurd met als bijkomende info dat eerder aangekondigde (lage) prijzen voor Camel dan toch niet worden toegepast[360]:

"FYI, some pretty good news: Camel goes up across the board early March.

The intermediate (low) prices, e.g. 4.80/19s and 7.30/29s never got released."

377. In een interne presentatie[361] van PMB van 28 februari 2014 genaamd "Pricing follow-up" worden bovenvermelde prijswijzigingen nogmaals herhaald:

"New Price List communicated by JTI with the following changes:

- *Camel from €5.00 /20s to €5.00/19s*
- *Winston from €4.80 /19s to €4.70 /19s"*

IV.1.3.aaa PMB – 24 april 2014: prijzen per 1 mei 2014

378. Op 24 april 2014 communiceert PMB prijzen per 1 mei 2014. Op die datum stuurt zij een mail met als bijlage een brief, een overzicht van haar portfolio en een prijslijst aan haar relaties.[362] De brief vermeldt wijzigingen voor volgende producten:

"L&M Original Label KS Box 19's stijgt in prijs van 4.80€ naar € 5.00/19

L&M BlueLabel KS Box 19's stijgt in prijs van 4.80€ naar € 5.00/19

L&M Cool Stripe Mint KS Box 19's stijgt in prijs van 4.80€ naar € 5.00/19"

358 Huiszoekingsdocumenten 1720-01_00000642, 1720-01_00000138 en 1720-01_00000561.
359 Huiszoekingsdocumenten 1720-01_00000642, 1720-01_00000138 en 1720-01_00000561.
360 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000561.
361 Huiszoekingsdocument 1720-01_00000348.
362 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001200.

*379. Op 24 april 2014 ontvangt **ITB** deze prijzen van PMB via Tabagro.[363] Zij ontvangt op dezelfde dag deze informatie ook via Timani.[364] Op 25 april 2014 wordt de informatie over de prijzen van PMB intern doorgestuurd naar het pricing team met volgende opmerking[365]:*

> *"Hello pricing team,*
>
> *Good news ...PMI increases the price of L&M 19's.*
>
> *L&M is moving from 4.80€ to 5.00€. L&M has now nice round price 5.00€ for 19, 6.00€ for 23 and 7.00€ for 27.*
>
> *Remember Camel is as well moving to 5.00€ for 19's.*
>
> *I wonder if we have an opportunity to move to 5.00€ with 19's and from 28 to 27 at 7.00€, so we keep more pressure away from our "assertive" pricing of VFM West and News.*
> *Remember as well we are behind in profit delivery and this could as well help.*
>
> *Maybe useful that the pricing team makes a straight forward ROI on GOB.*
>
> *How much GM could we gain with a price increase vs how much should we increase in share at current price to achieve the same."*

380. Op dezelfde dag wordt de informatie over de prijzen van PMB nog verder doorgestuurd binnen ITB.[366]

*381. Ook **BAT** en **JTI** ontvangen op 24 april 2014 de prijzen van PMB via Timani.[367]*

382. In een interne mail van JTI van 25 april 2014 wordt een mogelijke prijswijziging van L&M 19's van 4,80 EUR naar 5,00 EUR verder intern doorgestuurd[368]:

> *"[VERTROUWELIJK]."*

IV.1.3.bbb PMB – 5 mei 2014: prijzen per 19 mei 2014

383. Op 5 mei 2014 communiceert PMB de lancering van twee nieuwe producten Marlboro Touch (6mg en 8 mg) aan een prijs van 5,20 EUR, beschikbaar vanaf week 21, 19 mei 2014. PMB verstuurt hiervoor een mail naar haar relaties met onder meer een brief en een prijslijst.[369]

*384. Op 5 mei 2014 ontvangt **ITB** het bericht van de nieuwe lancering van PMB per 19 mei 2014 via Timani.[370] Deze informatie wordt op 8 mei 2014 verder intern doorgestuurd binnen ITB.[371]*

IV.1.3.ccc PMB – 2 juni 2014: prijzen per juli 2014

363 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001200 en 1720-04_00001668.
364 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001197.
365 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000050.
366 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000050.
367 Huiszoekingsdocumenten 1720-06-00000094 en 1720-06-00000095.
368 Huiszoekingsdocument 1720-03-00000629.
369 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001671.
370 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001671.
371 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001672.

385. Op 2 juni 2014 kondigt PMB de lancering aan van een nieuw product (Chesterfield Red KS Box 38 Special Edition) aan de prijs van 8,90 EUR. Op die datum stuurt zij een prijslijst sigaretten per juli 2014 naar haar relaties.[372]

*386. Op 2 juni 2014 ontvangt **ITB** deze prijzen van PMB via Tabagro.*[373] *Op 3 juni 2014 wordt de informatie over de prijzen van PMB intern doorgestuurd naar verschillende medewerkers van ITB met volgende opmerking*[374]*:*

> *"Hallo,*
>
> *(…)*
>
> *Je zult ook merken in de brief dat de Chesterfield 2x19 aan 8.90€ aangekondigd is als een " Special edition" met tijdelijk karakter.*
>
> *Gezien de marge die ze hierop geven en onze verhoging verwacht ik dat dit niet lang in de markt zal zijn."*

*387**. BAT** en **JTI** ontvangen op 2 juni 2014 de prijzen van PMB via Timani.*[375]

IV.1.3.ddd PMB – 8 december 2014: prijzen per januari 2015

388. Op 8 december 2014 verstuurt PMB een prijslijst geldig vanaf januari 2015 naar haar relaties.[376]

*389. Timani verstuurt deze prijslijst op dezelfde dag, 8 december 2014, naar **ITB**.*[377]

390. Ook Tabagro ontvangt deze info via PMB.[378] *Tabagro stuurt deze nieuwe prijslijst van PMB op 9 december door naar ITB.*[379]

391. Op 6 januari 2015 wordt een mail[380] *verstuurd naar een groot aantal medewerkers binnen ITB waarin staat:*

> *"It is this time of the year again where in Belgium we see almost every week price lists flying in.*
>
> *To keep an overview and to make sure that the pricing team can make the best possible decisions [VERTROUWELIJK] made an overview of the announced prices to the trade.*
>
> *In the price Board you will find the announced prices by JTI, PMI and our intentions.*
>
> *We have no info yet from BAT. Here it are the current prices."*

392. Het hierboven vermelde Price Board is toegevoegd in bijlage.

---

372 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001203.
373 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001203.
374 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000032.
375 Huiszoekingsdocumenten 1720-06-00000096 en 1720-06-00000097.
376 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001700 en 1720-04_00001216.
377 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001700.
378 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001217.
379 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001217.
380 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000057.

393. Op 29 december 2014 vinden we bij ITB een News Flash terug met daarin volgende melding[381]:

> *"Via de groothandelaren weten we dat PMI & FLANDRIA de intentie hebben om vanaf 2015 de onderstaande prijzen te hanteren. Let wel, deze prijzen zijn een indicatie en kunnen nog wijzigen."*

394. De vermelde prijzen zijn dezelfde als degene die ITB voordien reeds had ontvangen van Tabagro en Timani.

*395. Timani stuurt de nieuwe prijzen van PMB op 8 december 2014 ook door naar **JTI**[382] en **BAT**[383].*

IV.1.3.eee JTI – 29 december 2014: prijzen per januari 2015

396. Op 29 december 2014 stuurt JTI een prijslijst met prijzen per januari 2015 naar Tabagro.[384]

*397. Op 30 december 2014 vinden we bij **ITB** een mail van Tabagro met vermelding:*

> *"Wij hebben gisteren een tweede prijslijst ontvangen met betrekking tot januari 2015. Dit maal van de firma JTI (Camel, Winston,…)"[385]*

398. Als bijlage bij deze mail gaat de prijslijst van JTI, geldig vanaf januari 2015.[386]

399. Op 30 december 2014 wordt deze info doorgestuurd binnen ITB.[387]

400. Op 5 januari 2015 worden deze nieuwe prijzen van JTI opnieuw doorgestuurd binnen ITB, met volgende vermelding[388]:

> *"Hierbij de nieuwe prijslijst van JTI verkregen via groothandel"*

401. Verder in deze mail wordt ook een overzicht gegeven van de prijswijzigingen met daarnaast aangegeven hoe de prijzen van JTI zullen aangepast worden:[389]

"Price changes:

Camel Natural gaat van 5.50€ naar 5.00€	*GOB natural van 4.80€ naar 5.20€*
Camel 19 gaat van 5.00€ naar 5.30€	*GOB 19 van 5.00€ naar 5.20€*
Camel 23 gaat van 6.00€ naar 6.30€	*GOB 23 van 6.00€ naar 6.20€*
Camel 27 gaat naar 26 pack en blijft op 7.00€	*GOB 27 van 7.00€ naar 7.30€*
Winston gaat na de tijdelijke prijs van 4.80€ naar 5.00€ naar 4.90€	*JPS, West 19 van 4.70€*

381 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001546.
382 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000062.
383 Huiszoekingsdocument 1720-06-00000061.
384 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001710.
385 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001710.
386 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001710.
387 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001711.
388 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001712 en 1720-04_00000040.
389 Huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001712 en 1720-04_00000040.

Winston 23 gaat van 5.70€ naar 6.00€ *West 23 van 5.70€ naar 5.90€*

Winston 27 gaat naar 28 aan 7.00€ *West 27 van 6.50€ naar 6.80€*

B&H 20's gaat van 5.70€ naar 6.00€ *L&B aan 6.00€*

Mayfair 20's gaat van 5.20€ naar 5.50€ *John Player SKS aan 5.40€*

Sterling 20's gaat van 5.00€ naar 5.30€ *JPS Blue 20's aan 5.20€"*

402. In de tweede week van 2015 wordt dit ook vermeld in een News Flash binnen ITB:[390]

> *"Via de groothandelaren weten we dat JTI in 2015 de onderstaande prijzen zal hanteren."*

IV.1.4 Betrokkenheid per partij

403. De betrokken fabrikanten hebben gedurende de inbreukperiode verschillende keren via hun afnemers informatie over toekomstige prijzen ontvangen van hun concurrenten. Hierna wordt een overzicht gegeven van het aantal keren dat iedere fabrikant informatie ontving en van welke fabrikant deze informatie afkomstig was.

Feitelijke betrokkenheid PMB

404. PMB heeft gedurende de inbreukperiode verschillende keren informatie over toekomstige prijzen van BAT, JTI en ITB ontvangen. Het aantal ontvangsten per jaar en per concurrent van wie de informatie afkomstig is, wordt weergegeven in onderstaande tabel.

	BAT	*JTI*	*ITB*
2011	*3*	*0*	*0*
2012	*0*	*0*	*0*
2013	*3*	*1*	*0*
2014	*2*	*1*	*1*

405. De eerste keer dat PMB informatie over een concurrent (in casu BAT) ontvangt, is op 24 januari 2011. De laatste keer is op 25 februari 2014.

406. Hieruit kan worden afgeleid dat PMB gedurende de inbreukperiode 11 keer informatie over concurrenten heeft ontvangen. Daarnaast hebben haar concurrenten gedurende de inbreukperiode 29 keer informatie over PMB ontvangen. In totaal komt dit neer op 40 ontvangst- en verzendmomenten in hoofde van PMB gedurende de inbreukperiode.

Feitelijke betrokkenheid BAT

407. BAT heeft gedurende de inbreukperiode verschillende keren informatie over toekomstige prijzen van PMB ontvangen. Het aantal ontvangsten per jaar en per concurrent van wie de informatie afkomstig is, wordt weergegeven in onderstaande tabel.

	PMB	*JTI*	*ITB*
2011	*0*	*0*	*0*

390 Huiszoekingsdocument 1720-04_00002023.

2012	*3*	*0*	*0*
2013	*11*	*0*	*0*
2014	*4*	*0*	*0*

408. De eerste keer dat BAT informatie over een concurrent (in casu PMB) ontvangt, is op 14 februari 2012. De laatste keer is op 8 december 2014.

409. Hieruit kan worden afgeleid dat BAT gedurende de inbreukperiode 18 keer informatie over concurrenten heeft ontvangen. Daarnaast hebben haar concurrenten gedurende de inbreukperiode 23 keer informatie over BAT ontvangen. In totaal komt dit neer op 41 ontvangst- en verzendmomenten in hoofde van BAT gedurende de inbreukperiode.

<u>Feitelijke betrokkenheid JTI</u>

410. JTI heeft gedurende de inbreukperiode verschillende keren informatie over toekomstige prijzen van PMB en BAT ontvangen. Het aantal ontvangsten per jaar en per concurrent van wie de informatie afkomstig is, wordt weergegeven in onderstaande tabel.

	PMB	*BAT*	*ITB*
2011	*3*	*5*	*0*
2012	*4*	*4*	*0*
2013	*12*	*4*	*0*
2014	*4*	*0*	*0*

411. De eerste keer dat JTI informatie over een concurrent (in casu BAT) ontvangt, is op 24 januari 2011. De laatste keer is op 8 december 2014.

412. Hieruit kan worden afgeleid dat JTI gedurende de inbreukperiode 36 keer informatie over concurrenten heeft ontvangen. Daarnaast hebben haar concurrenten gedurende de inbreukperiode 4 keer informatie over JTI ontvangen. In totaal komt dit neer op 40 ontvangst- en verzendmomenten in hoofde van JTI gedurende de inbreukperiode.

<u>Feitelijke betrokkenheid ITB</u>

413. ITB heeft gedurende de inbreukperiode verschillende keren informatie over toekomstige prijzen van PMB, JTI en BAT ontvangen. Het aantal ontvangsten per jaar en per concurrent van wie de informatie afkomstig is, wordt weergegeven in onderstaande tabel.

	PMB	*BAT*	*JTI*
2011	*3*	*3*	*0*
2012	*6*	*3*	*0*
2013	*12*	*10*	*1*
2014	*5*	*1*	*3*

414. De eerste keer dat ITB informatie over een concurrent (in casu BAT) ontvangt, is op 24 januari 2011. De laatste keer is op 29 december 2014.

415. Hieruit kan worden afgeleid dat ITB gedurende de inbreukperiode 47 keer informatie over concurrenten heeft ontvangen. Daarnaast hebben haar concurrenten gedurende de

inbreukperiode 1 keer informatie over ITB ontvangen. In totaal komt dit neer op 48 ontvangst- en verzendmomenten in hoofde van ITB gedurende de inbreukperiode.

Feitelijke betrokkenheid van de vier fabrikanten

416. Voor alle ondernemingen samen geeft dit volgend totaalbeeld:

	PMB	*BAT*	*JTI*	*ITB*
Ontvangen	*11*	*18*	*36*	*47*
Verzonden	*29*	*23*	*4*	*1*
Totaal	*40*	*41*	*40*	*48*

IV.1.5 Geografische omvang van de onderzochte praktijken

417. De onderzochte praktijken van PMB, ITB, JTI en BAT hadden tot doel het verminderen van de onzekerheid aangaande hun toekomstig prijsgedrag in België. Bijgevolg hebben de onderzochte praktijken betrekking op het gehele Belgische grondgebied.

IV.1.6 Duur van de onderzochte praktijken

418. Uit het bewijsmateriaal dat werd besproken in IV.1.3 volgt dat de praktijken plaatsvonden van 24 januari 2011 tot en met 31 januari 2015.

419. Bijgevolg heeft de vastgestelde inbreuk een duur van vier jaar.

IV.2 Parallelle zaak in Nederland: boetebesluit van 27 mei 2020

420. In hun antwoord op de Mededeling van Grieven verwijzen partijen naar de parallelle zaak in Nederland.[391]

421. In haar recent besluit van 27 mei 2020 legde de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("ACM") boetes op aan vier grote sigarettenfabrikanten. De ACM oordeelde dat deze ondernemingen, die behoren tot de ondernemingsgroepen waartoe ook de partijen in de huidige procedure behoren, het Nederlandse en Europese kartelverbod hebben overtreden door de prijzen van de sigaretten die zij in Nederland op de markt brachten op elkaar af te stemmen.[392]

422. De ACM kwam tot dit besluit op basis van gelijkaardige feiten en gedragingen als aan de orde in de huidige procedure voor de BMA:

> *"1. Met dit besluit legt de ACM boetes op aan vier grote sigarettenfabrikanten, van in totaal 82,1 miljoen euro. Deze ondernemingen hebben het Nederlandse en Europese kartelverbod overtreden door de prijzen van de sigaretten die zij in Nederland op de markt brachten op elkaar af te stemmen. De overtreding vond plaats vanaf medio juli 2008 tot eind juli 2011.*
>
> *(…)*

391 Zie bvb. Antwoord BAT, blz. 4 en Antwoord PMB, blz. 62.

392 Besluit te vinden via volgende link: https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-09/82-miljoen-euro-boete-voor-vier-sigarettenfabrikanten-die-concurrentie-vervalsten.pdf.

3. Wat deze zaak bijzonder maakt, is dat de ACM voor de eerste keer indirecte informatieuitwisseling tussen concurrerende ondernemingen beboet. Partijen kregen inzicht in elkaars prijsgedrag via hun afnemers (met name groothandels en detailhandelsketens). Dit is een verboden concurrentieverstorende praktijk, omdat het de partijen in staat stelde om hun eigen prijzen van te voren af te stemmen op die van concurrenten.

(…)

De overtreding: indirecte uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie

8. Het onderzoek van de ACM toont aan dat partijen in de periode juli 2008 tot en met juli 2011 concurrentiegevoelige informatie over de toekomstige prijs van een pakje sigaretten van concurrerende sigarettenfabrikanten in ontvangst hebben genomen en hebben gebruikt bij het bepalen van het eigen prijsbeleid, terwijl zij wisten of konden vermoeden dat hun eigen prijsinformatie bij concurrenten terecht zou komen. In die periode was een herziening van de prijzen regelmatig aan de orde, bijvoorbeeld omdat de overheid een accijnsverhoging afkondigde, of als de fabrikanten zelf overgingen tot de introductie of herpositionering van een (nieuwe) variant in hun assortiment.

9. Partijen ontvingen deze informatie niet rechtstreeks van elkaar, maar van afnemers met wie zij een handelsrelatie hadden. Het was gedetailleerde informatie, vaak in de vorm van prijslijsten en soms ook in de vorm van presentaties en fiches. Zoals gezegd, bepalen fabrikanten de consumentenprijzen. Maar voordat een pakje sigaretten in de nieuwe verpakking met de nieuwe prijs in de winkelschappen ligt, moeten fabrikanten, afnemers en winkeliers de nodige aanpassingen doen en dat kost tijd. Daarom is het nodig dat fabrikanten hun afnemers tijdig over een voorgenomen wijziging informeren. Dat mag ook. Echter, de fabrikanten eisten niet van hun afnemers dat zij vertrouwelijk met de verstrekte informatie omgingen. Ook weigerden de fabrikanten de informatie die zij van hun afnemers over concurrenten ontvingen niet. Het was zelfs algemeen gangbaar dat de afnemers de informatie die zij van de ene fabrikant kregen, doorspeelden aan andere fabrikanten met wie zij eveneens een handelsrelatie onderhielden. Omdat fabrikanten op deze manier steeds informatie van de andere drie ontvingen, moeten ze hebben geweten dat ook hun eigen concurrentiegevoelige informatie bij de anderen terecht kwam. De ACM vond bewijs dat de fabrikanten zich hiervan bewust waren.

10. Partijen hechtten belang aan de verkregen informatie en verspreidden die binnen hun organisatie. Als een onderneming informatie over het prijsbeleid van concurrenten ontvangt, mag je er volgens de rechtspraak van uitgaan dat die onderneming daarmee bij het nemen van beslissingen over de eigen prijsstelling rekening houdt. Dat is precies wat de ACM in het geval van de sigarettenfabrikanten ziet gebeuren: de informatie werd daadwerkelijk benut. De ACM constateert dat de fabrikanten wachtten op de informatie, erom vroegen of zelfs erop aanstuurden om deze te verkrijgen. Dit betekent overigens niet dat alle fabrikanten steeds precies dezelfde prijswijzigingen doorvoerden. Het betekent wel dat partijen ervoor zorgden dat hun marktgedrag voor de anderen steeds voorspelbaar bleef, zodat de onderlinge concurrentie werd gedempt – het was "concurreren met de handrem erop."

(…)

129. De prijsinformatie was nog niet openbaar op het moment dat de fabrikanten hun afnemers prijsinformatie stuurden. De informatie die hier gedeeld werd, is van wezenlijk andere aard dan informatie die in normale omstandigheden in een markt verzameld kan worden. Consumenten konden pas van prijzen, prijsaanpassingen of introductie van nieuwe merken of varianten kennisnemen op het moment dat het pakje sigaretten met de nieuwe consumentenverkoopprijs in de winkelschappen lag. Zonder de gedragingen zouden ook fabrikanten, net als consumenten, pas op het moment dat producten in de schappen lagen elkaars (prijs)aanpassingen kennen. De informatie die fabrikanten hun afnemers stuurden, betrof derhalve prijsinformatie die de consument in de toekomst zou gaan betalen. De ACM duidt de prijsinformatie daarom aan als 'toekomstig'.

Nadere duiding van informatiestromen

130. Alle vier de fabrikanten hebben toekomstige prijsinformatie aan afnemers verzonden en toekomstige prijsinformatie van elkaar ontvangen via afnemers.

(…)

391. Het resultaat van de verschillende communicatiemomenten was dat strategische informatie over toekomstige prijzen en toekomstige prijsbewegingen van de ene fabrikant belandde bij één of meer andere fabrikanten en vice versa, terwijl deze informatie vertrouwelijk en concurrentiegevoelig was.

392. Deze informatie was in de gegeven context van grote waarde voor de fabrikanten. Zoals vastgesteld in hoofdstuk 4 van dit besluit konden fabrikanten marktaandeel van andere fabrikanten winnen door prijsverlagingen ten opzichte van andere fabrikanten door te voeren of bijvoorbeeld door in geval van accijnsverhogingen deze verhogingen niet volledig door te berekenen aan de consument waar andere fabrikanten dat wel deden. Ook kon men marktaandeel winnen met introducties van nieuwe varianten of nieuwe verpakkingen. Omdat de prijs voor een pakje sigaretten overal in Nederland hetzelfde was, waren prijswijzigingen vanaf het moment dat deze zichtbaar waren in de winkelschappen, pas zichtbaar voor de andere fabrikanten. Het bewijsmateriaal zoals weergegeven in paragraaf 5.3 van dit besluit laat zien dat de fabrikanten door de informatie die zij van hun afnemers over hun concurrenten ontvingen op de hoogte raakten van voorgenomen prijswijzigingen van concurrenten nog vóór dat deze prijzen zichtbaar waren in de winkelschappen. Hierdoor konden zij nauwkeuriger en sneller hun prijsstrategie aan die van hun concurrenten aanpassen. (…)

393. Omdat fabrikanten zowel verzender als ontvanger van de desbetreffende informatie waren, moet het voor hen duidelijk zijn geweest dat hun informatie via afnemers bij concurrenten terecht kon komen. Zij moeten ook hebben geweten dat de kans daarop reëel was, gelet op het feit dat zij met enige regelmaat concurrentiegevoelige informatie doorgestuurd kregen van afnemers en in ontvangst namen. (…)

(…)

412. De informatie was van grote waarde voor de fabrikanten, gegeven de marktomstandigheden waarin zij opereerden (zie paragraaf 4.7 van dit besluit). Als gevolg van restricties op het gebied van reclame, is prijs een zeer belangrijke concurrentieparameter. Met prijsverlagingen of het niet volledig doorberekenen van accijnsverhogingen, zullen fabrikanten proberen marktaandeel te winnen ten koste van de andere fabrikanten. Wat in de sigarettenmarkt de prijsconcurrentie extra versterkt, is dat alle fabrikanten te maken hebben met een zogeheten lead time. Zoals beschreven in randnummers 61 en 62, 112 en 113 van dit besluit gaat er enige tijd overheen voordat prijswijzigingen ook daadwerkelijk in de winkel te zien zijn, omdat voor het produceren van de bijbehorende pakjes sigaretten allerlei handelingen nodig zijn (met name ingegeven door wet- en regelgeving). Deze vertraging zorgt er in normale marktomstandigheden voor dat fabrikanten extra geprikkeld zijn om hun scherpste prijs neer te zetten. Zij weten namelijk dat het enige tijd zal duren voordat concurrenten kunnen reageren. In die periode kunnen zij profiteren van hun eigen scherpe prijzen. Anderzijds weten zij ook dat het enige tijd zal duren voordat ze zelf kunnen reageren op nieuwe prijzen van concurrenten.

413. De algemeen aanvaarde praktijk van informatiedeling zorgde ervoor dat de fabrikanten niet hoefden te wachten op het moment waarop prijswijzigingen in de winkel zichtbaar waren. Hierdoor nam de onzekerheid tussen fabrikanten over elkaars toekomstig prijsgedrag wezenlijk af en konden fabrikanten eerder hun prijsstrategie afstemmen op elkaars voorgenomen gedrag."

423. Tijdens zijn onderzoek heeft de auditeur eveneens vastgesteld dat de partijen op regelmatige wijze indirect - via hun groothandelaren - informatie hebben uitgewisseld over hun toekomstige prijzen voor tabaksproducten met als doel de onzekerheden te verminderen over elkaars prijsgedrag.

424. De ACM oordeelde dat tussen de vier fabrikanten sprake was van onderling afgestemde feitelijke gedragingen die een mededingingsbeperking naar strekking en één enkele voortdurende inbreuk vormden.

425. Zoals hierna zal blijken, komt de BMA in de onderhavige zaak tot hetzelfde besluit.

IV.3 Antwoord van de partijen op de Mededeling van Grieven

IV.3.1 De uitwisseling van prijsinformatie tussen de fabrikanten via de groothandel was geen gangbare praktijk

426. Partijen betogen dat er geen sprake was van een jarenlange vaste praktijk van uitwisseling van prijsinformatie tussen de fabrikanten via de groothandelaren, maar enkel van het sporadisch doorzenden door groothandelaren op eigen initiatief van prijsinformatie aan concurrerende fabrikanten.[393] De beschreven informatiestroom zou onvolledig en onregelmatig zijn waarbij deze onregelmatigheid net het eigen belang van de afnemers bij het doorsturen van de prijslijsten aantoont.

393 Antwoord ITB, rns. 662-673; Antwoord BAT, rns. 90-104, en 171; Antwoord JTI, rns. 14 en 73-120; Antwoord PMB, rns. 10 en 99-104.

IV.3.2 De uitwisseling van informatie heeft geen betrekking op toekomstige en evenmin op aanpasbare prijzen

427. ITB voert aan dat de uitgewisselde informatie niet toekomstig of aanpasbaar is maar vaststaand en definitief.[394] *De prijslijsten zouden hoogstens betrekking hebben op actuele of huidige prijzen, maar geenszins op "toekomstige prijzen". Het feit dat de prijslijsten volledig zijn en een datum van inwerkingtreding bevatten, zou bevestigen dat de daarin opgenomen consumentenprijzen vaststaan en definitief zijn en de producten aan die prijzen zullen worden verkocht, hetgeen onverenigbaar is met de stelling dat de prijzen op de prijslijsten desalniettemin aanpasbaar of voorgenomen zijn.*[395] *Wat de "niet-aanpasbaarheid" van de prijzen betreft, stelt ITB o.m. dat zij niet zomaar onbeperkt accijnszegels kon inslaan en dat heeft zij ook niet gedaan,*[396] *en verder dat de vaststaande en definitieve prijzen de groothandelaren in staat moesten stellen om vanaf dat moment hun systemen aan te passen, bestellingen in te plannen en de kleinhandelaars in te lichten, inclusief m.b.t. de impact die de nieuwe prijzen op hun marge zouden hebben;*[397] *het productieproces van sigaretten maakt het evenmin mogelijk om op korte termijn prijswijzigingen door te voeren.*[398]

428. Op vergelijkbare wijze voert BAT aan dat de prijslijsten van fabrikanten informatie bevatten over "vastgestelde" (definitieve) nieuwe prijzen, niet over "toekomstig" prijsgedrag. Dat de verzonden prijslijsten definitief zijn vastgelegd, en dus niet aanpasbaar noch voorgenomen zijn, blijkt uit het feit dat het noodzakelijk was de groothandels (en retailers) tijdig op de hoogte te stellen van nieuwe prijsbeslissingen zodat zij voldoende tijd hebben om de gewijzigde prijzen in hun systemen in te voeren en over de marges kunnen onderhandelen met hun afnemers. [VERTROUWELIJK].[399]

429. JTI stelt ook dat de uitgewisselde informatie geen betrekking heeft op "toekomstige prijzen" omdat haar prijslijsten moeten worden gezien als een aanbod aan haar afnemers en de groothandelaren en detailhandelaren vóór de inwerkingtreding van de prijzen moeten worden geïnformeerd om hen toe te laten hun systemen aan te passen.[400] *JTI stelt verder dat er geen sprake is van "aanpasbare" informatie voor de inwerkingtreding aangezien zij zich door de gecommuniceerde prijslijsten committeerde: de prijslijsten golden als een aanbod waarbij een bindende overeenkomst tot stand komt door aanvaarding van het aanbod;*[401] *het zou gaan om definitieve meegedeelde prijzen.*[402]

430. Tenslotte, zonder te betwisten dat de uitgewisselde informatie toekomstige prijzen betreft, stelt ook PMB dat haar prijsaankondigingen niet slechts voornemens maar definitief en bindend zijn waartoe zij zich heeft gecommitteerd en waarop afnemers vertrouwden.[403]

394 Antwoord ITB, titel 7.1.
395 Antwoord ITB, rns. 575 -578,
396 Antwoord ITB, rn. 584.
397 Antwoord ITB, rns. 6, 158, 600.
398 Antwoord ITB, rns. 96-133.
399 Antwoord BAT, rns. 106-129.
400 Antwoord JTI, rn. 135.
401 Antwoord JTI, rn. 139.
402 Antwoord JTI, rn. 10.
403 Antwoord PMB, rn. 139.

IV.3.3 De uitwisseling van informatie heeft geen betrekking op niet-openbare prijzen

431. ITB, BAT en PMB voeren aan dat de uitgewisselde prijsinformatie openbare - niet langer vertrouwelijke - informatie is zodra een fabrikant (als gevolg van de accijnswetgeving en de wettelijke verticale prijsbinding[404]) de vastgestelde consumentenprijzen (prijslijsten) communiceerde aan zijn groothandelaren die op hun beurt de talrijke retailers informeerden.[405] Op deze wijze waren hun prijzen toegankelijk voor alle relevante marktspelers waaronder ook concurrerende fabrikanten die niet bij de informatie-uitwisseling betrokken waren[406] en werden zij algemeen beschikbare informatie.[407] Vanaf de verplichte prijscommunicaties aan hun groothandelaren hadden de fabrikanten niet langer controle wanneer en aan wie de groothandelaren de informatie doorstuurden,[408] noch konden zij de verspreiding ervan tegengaan (afnemers behandelden de prijsaankondigingen als openbare informatie).[409] De prijsinformatie was niet langer vertrouwelijk vanaf het ogenblik dat ze aan de groothandelaren en bijgevolg aan de gehele stroomafwaartse markt werd bekendgemaakt.[410] Ook volgens JTI waren haar prijslijsten definitieve communicaties aan de gehele markt en dus breed bekend.[411]

IV.3.4 De duur van de inbreuk werd verkeerd ingeschat

432. BAT voert aan dat de auditeur ten onrechte stelt dat de inbreuk van 24 januari 2011 tot 31 januari 2015 heeft geduurd, terwijl BAT pas voor het eerst op 14 februari 2012 een prijslijst van een concurrent via een afnemer ontving. Aangezien BAT vanaf de door de auditeur gestelde aanvang van de vermeende inbreuk langer dan een jaar geen prijsinformatie van haar concurrenten via haar groothandelaren heeft ontvangen, dient volgens BAT de auditeur de duur van de inbreuk voor BAT bij te stellen naar drie jaar.[412]

433. JTI stelt dat haar eerste bij de andere fabrikanten terechtgekomen prijslijst slechts op 17 december 2013 werd verstuurd, dus bijna drie jaar na de aanvang van de inbreukperiode.[413]

434. Volgens ITB is de duur van haar betrokkenheid hoogstens een momentopname in 2014 aangezien er maar één indirect bewijs is dat haar prijslijst bij een concurrent is terechtgekomen.[414]

435. PMB tenslotte geeft aan dat het in de periode van 18 oktober 2011 tot 6 maart 2013 geen enkele prijsaankondiging van een concurrent ontving en dat bijgevolg de startdatum van 24 januari 2011 niet kan standhouden.[415]

IV.4 Analyse van de auditeur

404 Antwoord ITB, rn. 611.
405 Antwoord ITB, rn. 611 en antwoord BAT, rn. 130-131.
406 Antwoord ITB, rn. 612.
407 Antwoord BAT, rn. 136.
408 Antwoord ITB, rns. 613-615.
409 Antwoord PMB, rn. 142.
410 Antwoord ITB, rn. 618.
411 Antwoord JTI, rn. 10.
412 Antwoord, BAT, rns. 285-290.
413 Antwoord JTI, rn. 296.
414 Antwoord ITB, rn. 809.
415 Antwoord PMB, rn. 165.

IV.4.1 Er bestond een vaste praktijk van uitwisseling van prijsinformatie tussen de fabrikanten via de groothandel

436. Op grond van zijn onderzoek is de auditeur tot de vaststelling gekomen dat gedurende de inbreukperiode die zich situeert tussen 24 januari 2011 en 31 januari 2015, er een vaste praktijk bestond tussen de vier fabrikanten om via de groothandelaren niet-openbare informatie over hun toekomstige prijzen onderling uit te wisselen en dat zij deze informatie hebben gebruikt bij het bepalen van hun eigen prijspolitiek op de markt.

437. De auditeur merkt op dat, anders dan de partijen betogen, uit het gevoerde onderzoek blijkt dat het gaat om een jarenlange gangbare praktijk van uitwisseling van prijsinformatie, waarbij via de groothandel concurrentiegevoelige, strategische informatie bij concurrenten terechtkwam. De groothandelaren zonden de prijslijsten door aan de andere fabrikanten omdat dit gebruikelijk was en niet, zoals partijen beweren, op eigen initiatief in het kader van margeonderhandelingen (zie verder de analyse in randnummers 640-642).

438. Zoals blijkt uit het gevoerde onderzoek en het overzicht in IV.1.3 kwam de informatie over toekomstige prijzen voortdurend en frequent bij concurrenten terecht via één of meer groothandelaren en ging het niet enkel om het "sporadisch" of het "nu en dan" doorzenden van prijslijsten van één fabrikant door de groothandelaar aan andere fabrikanten.

439. De auditeur verwijst in dit verband naar het argument van partijen dat de informatiestroom te onvolledig en onregelmatig zou zijn om te kunnen spreken van een vaste gangbare praktijk. Ten eerste wijst de auditeur er op dat er zich in het dossier meer bewijzen van doorsturen van prijslijsten door groothandelaren bevinden dan diegene die werden opgenomen onder IV.1.3. De auditeur heeft een conservatieve benadering toegepast waarbij prijslijsten waarvan niet met zekerheid kon worden vastgesteld dat zij door concurrenten werden ontvangen vóór de datum vermeld op de prijslijst, niet werden opgenomen in het overzicht onder punt IV.1.3. Hierdoor wordt automatisch het aantal in het dossier weerhouden prijslijsten beperkt. Er bevinden zich in het dossier echter ook prijslijsten die zijn ontvangen door concurrenten na de datum vermeld op de prijslijst, maar vóór de prijzen effectief zichtbaar waren in de winkel (en dus algemeen beschikbaar in de markt). Ook deze niet-openbare informatie geeft aan de fabrikanten een beter inzicht in de prijspolitiek van hun concurrenten. Hierbij kan worden verwezen naar de vaststelling dat fabrikanten soms zelf hun prijslijsten naar de groothandelaren verstuurden na de datum vermeld op de prijslijst, welke bijgevolg door de groothandelaren pas werden doorgestuurd na de datum vermeld op de prijslijst maar wel vóór deze prijzen effectief zichtbaar waren in de winkel; deze prijslijsten werden bijvoorbeeld niet opgenomen onder IV.1.3.[416] *Daarnaast bevinden er zich in het dossier ook prijslijsten van de betrokken fabrikanten waarvan enkel kon worden vastgesteld dat zij in het bezit waren van een andere betrokken fabrikant maar niet de wijze noch het moment waarop deze werden verkregen.*

440. Ten tweede weren partijen prijsverlagingen en aankondigingen van nieuwe producten uit het bewijsmateriaal hetgeen op artificiële wijze de indruk schept dat sprake zou zijn van een onvolledige bewijsvoering. De auditeur kan hier niet mee akkoord gaan aangezien ook dergelijke informatie strategische vertrouwelijke informatie betreft.

416 1720-04_00001033; 1720-04_00001052; 1720-04_00001651; 1720-04_00001324.

441. Ten derde wijst de auditeur op het doorgaans geheime karakter van mededingingsverstorende gedragingen en het eruit voortvloeiende fragmentarische karakter van het bewijs (zie in dit verband randnummer 613).

442. Dat er sprake is van een jarenlange vaste praktijk blijkt tenslotte ook uit volgende citaten en verklaringen:

> *"In het verleden stuurde ik steeds nieuwe prijslijst van de andere fabrikanten naar [VERTROUWELIJK]. Ik neem aan dat ik deze naar jou ook moet doorsturen?" (groothandelaar Conway in een mail van 25 januari 2011 aan ITB)*[417]

> *"it is this time of the year again where in Belgium we see almost every week price lists flying in (…) [VERTROUWELIJK] made an overview." (interne mail van ITB met onderlijning door de auditeur)*[418]

IV.4.2 De uitwisseling van informatie heeft betrekking op toekomstige prijzen

443. Wat de "aanpasbaarheid" van de uitgewisselde prijzen betreft, stelt de auditeur vast dat de partijen niet ontkennen dat zij prijzen kunnen wijzigen zoals iedere prijs kan gewijzigd worden en dat hun contracten disclaimers bevatten waarbij het recht wordt voorbehouden om aangekondigde prijzen te wijzigen,[419] *ook al was dat slechts bedoeld voor uitzonderlijke en onvoorziene gevallen.*[420]

444. Daarenboven kan verwezen worden naar de mail van Tabagro van 13 september 2012 aan ITB waarbij een prijslijst van JTI (eigenaar van het merk Camel) wordt doorgestuurd met volgende commentaar[421]*:*

> *"Prijsdaling van alle Camel varianten met 0,10 € !!!!! Dit naar aanleiding van de dalende verkoop ten gevolgen van het uitblijven van prijsverhogingen van "de concurrentie"... Beslissing is juist genomen, logistiek pas effect vanaf november behoudens wijziging van de positie van "de concurrentie" (lees: bij prijsverhogingen van anderen zal het plan wordt geschrapt)"*

445. Uit dit stuk blijkt dat ITB niet-openbare, hoogst vertrouwelijke informatie over prijzen van JTI in ontvangst neemt en verder informatie ontvangt dat deze prijzen nog kunnen aangepast worden in functie van de reactie van andere fabrikanten.

446. Bovendien blijkt ook uit het dossier dat fabrikanten soms korte tijd na het uitsturen van hun prijslijsten aangepaste prijslijsten doorsturen naar hun groothandelaren.[422]

447. Essentieel is in ieder geval dat het onderzoek van de auditeur aantoont dat de uitgewisselde prijzen "toekomstige" prijzen zijn.

---

417 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001493.

418 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000057. Officieuze vertaling: "*Het is weer de tijd van het jaar waarin we in België bijna elke week prijslijsten zien binnenvliegen (…) [VERTROUWELIJK] maakte een overzicht*."

419 Antwoord JTI, rns. 138 en 142; Antwoord PMB, blz. 99; Antwoord ITB, rns. 589-591.

420 Antwoord BAT, rn. 128.

421 Huiszoekingsdocument 1720-04-00001052.

422 Huiszoekingsdocumenten: 1720-04_00001033; 1720-04_00001039; 1720-06_00000038; 1720-04_00001146; 1720-04_00000014.

448. Ten eerste wijst de auditeur op het onderscheid tussen "toekomstige" prijzen en "aanpasbare" (voorgenomen) prijzen.[423] *Het feit dat de prijslijsten vastgelegde, definitieve, de facto niet-aanpasbare prijzen zouden bevatten, belet niet dat het om toekomstige prijzen gaat. De simpele affirmatie van BAT dat haar "prijslijsten informatie bevatten over vastgestelde prijzen en dus niet over toekomstig marktgedrag"*[424] *is een non sequitur en feitelijk incorrect. Ook ITB vermengt de begrippen "toekomstig" en "aanpasbaar" wanneer volgens haar het feit dat de prijslijsten de datum (dus in de toekomst) van inwerkingtreding van de prijzen vermelden, onverenigbaar is met de stelling dat de prijslijsten desalniettemin "aanpasbaar" en "voorgenomen" zijn.*[425]

449. Ten tweede herhaalt de auditeur dat de prijslijsten "toekomstige" prijzen bevatten, vermits de prijslijsten de consumentenverkoopprijs bevatten en "het tijdstip in de toekomst vanaf wanneer deze prijzen zouden worden toegepast".[426] *Op de prijslijsten die de fabrikanten aan afnemers verstuurden, stond vermeld wanneer de prijzen in de toekomst zouden ingaan. De informatie die de fabrikanten elkaar via hun afnemers toezonden, was dus informatie over prijzen die consumenten in de toekomst zouden gaan betalen.*

450. Door deze indirecte uitwisseling van toekomstige prijzen hebben de fabrikanten hun voordeel kunnen doen aangezien zij de ontvangen prijslijsten konden gebruiken en ook daadwerkelijk hebben gebruikt voor het bepalen van de eigen prijzen.

451. Dit voordeel uit de indirecte uitwisseling van toekomstige prijzen wordt trouwens ook behaald door de fabrikanten wanneer het gaat - zoals elke fabrikant beweert - om niet-aanpasbare prijzen. Anders dan bijvoorbeeld JTI stelt[427]*, levert ook het bekomen van definitief vastgelegde toekomstige prijzen dit voordeel voor de vier fabrikanten op.*

452. Ten derde herinnert de auditeur eraan[428] *dat de uitwisseling van toekomstige "aangenomen" prijzen tussen concurrenten een mededingingsbeperking vormt. In dit verband kan naar de aloude, constante rechtspraak van het Hof van Justitie worden verwezen volgens welke "elk al dan niet rechtstreeks contact tussen concurrenten is verboden, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat daardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het eigen <u>aangenomen of voorgenomen</u> marktgedrag, waardoor een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand wordt gewerkt" (onderlijning door de auditeur).*[429] *Hierna wordt nog uiteengezet dat volgens de rechtspraak dergelijke indirecte uitwisseling van toekomstige, aangenomen prijzen een mededingingsbeperking naar strekking vormt.*

---

423 Zie randnummers 121-123 (toekomstige prijzen) en randnummers 124-130 (aanpasbare prijzen).

424 Antwoord BAT, blz. 32, box onder titel 2.4 en titel 2.4.1. Onder de randnummers 106-129 van dit antwoord volgt enkel een argumentatie dat de prijzen "niet aanpasbaar' zijn en wordt niet betwist dat de uitgewisselde informatie betrekking heeft op "toekomstige" prijzen.

425 Antwoord ITB, rns. 577 en 578.

426 Zie randnummer 121.

427 Antwoord JTI, rn. 136.

428 Zie rn. 130.

429 Gevoegde zaken 40/73 e.a., *Suiker Unie*, Jur. 1975, blz. 1663, rn. 173 e.v.

IV.4.3. De uitwisseling van informatie heeft betrekking op niet-openbare prijzen

453. Allereerst moet beklemtoond worden dat het feit dat de fabrikanten de prijslijsten aan hun groothandelaren verstuurden, die op hun beurt deze prijslijsten doorzonden aan de detailverkooppunten, op zich niet inhoudt dat de informatie "openbaar" is.

454. De correcte juridische maatstaf, die de auditeur in de Mededeling van Grieven heeft vermeld, is beschreven in randnummer 92 van de Horizontale Richtsnoeren:

> *"Echt openbare informatie is informatie die in het algemeen voor alle concurrenten en afnemers even gemakkelijk toegankelijk is (wat de kosten van toegang betreft). Informatie is pas echt openbaar indien het verkrijgen ervan voor afnemers en ondernemingen die niet bij het uitwisselingssysteem zijn aangesloten, niet duurder is dan voor de ondernemingen die de informatie uitwisselen. Daarom zullen concurrenten er doorgaans niet voor kiezen informatie uit te wisselen die zij even gemakkelijk op de markt kunnen verzamelen en is het dus in de praktijk niet waarschijnlijk dat echt openbare informatie wordt uitgewisseld." (onderlijning door de auditeur)*

455. In hun antwoorden wijzen de partijen op de lange "lead time" - d.i. de doorlooptijd van de interne prijsbeslissing van de fabrikant tot het moment van de consumentenverkoopprijs in de winkelrekken - waardoor de groothandelaren de prijslijsten van de fabrikant geruime tijd op voorhand toegezonden krijgen en dus geruime tijd vóór de producten met de nieuwe prijzen in de winkel liggen. Partijen spreken van een periode van een aantal weken, lees maanden vanaf de interne prijsbeslissing tot aan de verkoop van de SKU in de winkel.[430]

456. Terwijl een fabrikant geruime tijd op voorhand zijn prijslijsten aan zijn groothandelaar (en indirect aan retailers) ter beschikking stelt, krijgen de concurrerende fabrikanten deze prijslijsten niet toegestuurd. Het is dus onjuist te stellen dat door de verspreiding van de prijslijsten onder de groothandelaren (en indirect aan de retailers) "iedereen die er baat bij had om de informatie te kennen, ermee bekend was"[431] *of dat het ging om algemeen beschikbare informatie in de markt. De concurrenten van de vier fabrikanten waren er alvast niet mee bekend, althans niet tegen dezelfde voorwaarden of op dezelfde wijze en binnen dezelfde tijdspanne als de vier fabrikanten die wel deelnamen aan de indirecte uitwisseling van prijsinformatie.*[432] *Nochtans bood de ontvangst van prijsinformatie over concurrenten via de groothandelaren een duidelijk voordeel aan de fabrikanten die deelnamen aan de informatie-uitwisseling aangezien zij elkaars toekomstig marktgedrag beter konden inschatten dan wanneer zij niet over deze informatie beschikten en zij ook "sneller en directer dan via de markt kennis krijgen van deze inlichtingen."*[433] *Hiermee konden zij een verlies van marktaandeel voorkomen of minimaliseren. Over deze informatie beschikten andere fabrikanten - die vooral de kleinere spelers in de markt zijn - dus niet, althans niet even snel en*

---

430 Antwoord ITB, rn. 126; antwoord PMB, blz. 29.

431 Antwoord PMB, rn. 142.

432 Het onderzoek van de auditeur heeft geen elementen opgeleverd waaruit blijkt dat deze andere concurrenten op regelmatige wijze zouden hebben deelgenomen aan de indirecte uitwisseling van prijsinformatie via de groothandelaren.

433 Zie arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 2001, T-202/98 e.a., *Tate & Lyle*, rn. 60.

direct als de vier deelnemende fabrikanten. Uit het dossier blijkt dat deze laatsten via hun groothandelaren elkaars prijslijsten ontvingen korte tijd nadat deze prijslijsten aan de groothandelaren waren gecommuniceerd.[434]

457. De litigieuze indirect uitgewisselde informatie over toekomstige prijzen tussen de vier fabrikanten vormt m.a.w. 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.

458. Voorts moet worden opgemerkt dat het feit dat de vier fabrikanten vanaf de verplichte prijscommunicaties aan hun groothandelaren niet langer controle hadden over de doorzending aan andere spelers in de markt, niet ter zake doet. De afwezigheid van controle over de doorzending houdt op zich niet in dat de informatie openbaar wordt. Het enige relevante juridische criterium is of de ondernemingen die niet bij de informatie-uitwisseling betrokken zijn, even gemakkelijk toegang hadden kunnen krijgen tot de informatie wat de kosten van toegang betreft.

459. Tenslotte moet ook het argument worden verworpen dat de litigieuze prijsinformatie algemeen verkrijgbaar is in de markt en dus niet langer als vertrouwelijk kan worden beschouwd. Dienaangaande moet worden herinnerd aan de regel in randnummer 92 van de Horizontale Richtsnoeren:

> *"Dat de mogelijkheid bestaat om de informatie op de markt te verwerven, bijvoorbeeld door deze van klanten te betrekken, betekent niet noodzakelijkerwijs dat het marktgegevens betreft die vrij toegankelijk zijn voor concurrenten."*

460. In casu zorgde de litigieuze uitwisseling van de prijsinformatie ervoor dat andere ondernemingen benadeeld werden omdat zij niet zonder kost de informatie even snel en direct op de markt zouden kunnen verwerven als de vier fabrikanten.

IV.4.4 De duur van de inbreuk

461. De auditeur gaat akkoord met BAT waar zij stelt dat zij gedurende het eerste jaar van de inbreukperiode geen prijslijst van een concurrent heeft ontvangen en er dus geen sprake was van een onderling afgestelde feitelijke gedraging dat eerste jaar. Immers, indien BAT geen prijslijsten met toekomstige prijzen van concurrenten ontving, wist zij niet en kon zij er ook niet met redelijke voorzienbaarheid van uitgaan dat haar prijslijsten bij haar concurrenten zouden terecht komen.

---

434 Voor een volledig overzicht zie IV.1.3 en bijvoorbeeld huiszoekingsdocumenten 1720-03_00000776; 1720-01_00000303; 1720-04_00000984; 1720-03_00000779; 1720-03_00000780; 1720-04_00000897; 1720-01_00000305; 1720-03_00000788; 1720-04_00000994; 1720-06_00000074; 1720-04_00001029; 1720-03_00000833; 1720-04_00001039; 1720-04_00001041; 1720-04_00001046; 1720-06_00000001; 1720-06-00000014; 1720-04_00001308; 1720-06-00000023; 1720-06_00000022; 1720-04-00001111; 1720-06-00000032; 1720-06-00000031; 1720-06_00000036; 1720-06_00000037; 1720-04_00001126; 1720-06_00000038, 1720-04_00001133;; 1720-06_00000048; 1720-04_00001153; 1720-06_00000049; 1720-06_00000055; 1720-06_00000056; 1720-04_00001169; 1720-04_00001170; 1720-06_00000078; 1720-06_00000077; 1720-04_00001186; 1720-04_00001195; 1720-04_00001200; 1720-06-00000094; 1720-06-00000095; 1720-04_00001203; 1720-06-00000096; 1720-06-00000097; 1720-04_00001700.

462. De auditeur is dus van oordeel dat voor BAT de inbreuk pas gestart is op 14 februari 2012 aangezien het dan pas voor het eerst een prijslijst van een concurrent via een afnemer ontving. Bijgevolg dient de duur van de inbreuk voor BAT te worden bijgesteld naar twee jaar en elf maanden.

463. De argumenten van JTI en ITB kunnen echter niet worden aanvaard aangezien zij wel vanaf het begin van de inbreukperiode prijslijsten van concurrenten ontvingen en wisten of er redelijkerwijze van konden uitgaan dat ook hun prijslijsten bij hun concurrenten zouden belanden. Dat er weinig prijslijsten van hen werden aangetroffen bij concurrenten doet daar niets aan af.

464. De auditeur gaat tenslotte ook niet akkoord met het verzoek van PMB om de inbreukperiode in haar hoofde in te korten omdat het gedurende een periode van 16 maanden geen enkele prijslijst van een concurrent ontving. Aangezien PMB reeds van in het begin van de inbreukperiode prijslijsten van concurrenten ontving, doet het feit dat er zich in het dossier geen bewijs bevindt dat zij gedurende een bepaalde duur tijdens de inbreukperiode prijslijsten ontving niet af aan het feit dat zij ook gedurende die periode wist of redelijkerwijze kon voorzien dat haar prijslijsten bij haar concurrenten zouden belanden. De auditeur wijst in dit verband naar de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.[435]

V. Juridische analyse

V.1 Positie van de auditeur in de Mededeling van Grieven

465. Gelet op de bewijselementen en op de feiten beschreven in hoofdstuk IV maakt de auditeur volgende juridische analyse.

466. Artikel 101, lid 1 VWEU verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen Lidstaten ongunstig beïnvloeden en welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt merkbaar wordt beperkt, verhinderd of vervalst.

467. Artikel IV.1 WER werd in identieke bewoordingen opgesteld, buiten het feit dat artikel IV.1 WER niet de voorwaarde bevat van het ongunstig beïnvloeden van de handel tussen Lidstaten.

468. Bijgevolg zijn, afgezien van de hierboven vermelde voorwaarde, alle voorwaarden die gelden voor artikel 101 VWEU ook van toepassing op artikel IV.1 WER.

V.1.1 Ondernemingen

V.1.1.a Principes

469. Krachtens artikel IV.2, 17° WER worden als "onderneming" beschouwd alle natuurlijke of rechtspersonen die op een duurzame wijze een economisch doel nastreven. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie omvat het begrip onderneming in de context van het mededingingsrecht elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.[436] *Het is eveneens vaste rechtspraak*

435 Zie de rechtspraak geciteerd onder randnummers 611 e.v.

436 Arrest van het Hof van Justitie van 23 april 1991, *Höfner en Elser*, zaak C-41/90, rn. 21 en arrest van het Hof van Justitie van 17 februari 1993, *Poucet en Pistre*, zaken C-159/91 en C-160/91, rn. 17.

dat onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.[437]

V.1.1.b Toepassing op de zaak

470. Alle betrokken ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen actief op het gebied van de productie, verkoop en groothandel van sigaretten in België. Zij oefenden als dusdanig economische activiteiten uit en namen deel aan het economische verkeer. Alle betrokken ondernemingen zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel IV.1 WER en artikel 101, eerste lid VWEU.

471. Gedurende de inbreukperiode waren de vier fabrikanten concurrenten van elkaar.

V.1.2 Overeenkomsten en onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen

V.1.2.a Principes

472. Men spreekt van een overeenkomst wanneer er een wilsovereenstemming tussen partijen bestaat om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. De vorm die deze overeenstemming aanneemt, heeft weinig belang. Het kan namelijk gaan over een mondelinge of schriftelijke overeenstemming die al dan niet wordt vergezeld van een sanctioneringsmechanisme. Evenmin is van belang of de bereikte afspraken juridisch afdwingbaar zijn.[438]

473. Wat nu het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat artikel 101, lid 1 VWEU dit begrip met name onderscheidt van het begrip overeenkomst en besluit van ondernemersverenigingen met het enkele doel, verschillende vormen van samenspanning tussen ondernemingen te omvatten die uit subjectief oogpunt van dezelfde aard zijn en alleen verschillen in intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren.[439]

474. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt met het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging een vorm van coördinatie tussen ondernemingen bedoeld die,

---

437 Arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 1987, *Commissie/Italië*, zaak C-118/85, rn. 7 en arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 1998, *Commissie/Italië*, C-35/96, rn. 36.

438 Arrest van het Gerecht van 26 oktober 2000, *Bayer AG t. Commissie*, zaak T-41/96, rns. 67-69: *"Uit de vaste rechtspraak volgt eveneens, dat voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag volstaat, dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen (arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, rn. 112, en 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78 tot 215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, rn. 86; arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, rn. 256). Wat de vorm van deze gemeenschappelijke wilsuiting betreft, volstaat dat een beding de uitdrukking vormt van de wil van de partijen om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen ervan te gedragen (zie arresten ACH Chemiefarma/Commissie, rn. 112, en Van Landewyck/Commissie, rn. 86, reeds aangehaald), zonder dat het daarbij om een naar nationaal recht bindende en geldige overeenkomst dient te gaan (arrest Sandoz, rn. 13). Het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zoals uitgelegd door de jurisprudentie, is dus het bestaan van een wilsovereenstemming van ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is."*

439 Arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, *Commissie t. Anic Partecipazioni*, zaak C-49/92, rn. 112, arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, rn. 23 en arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2015, *Treuhand*, zaak C-194/14, rn. 29.

zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.[440]

475. Wat de uitwisseling van informatie tussen concurrenten betreft, zij eraan herinnerd dat de criteria coördinatie en samenwerking, die voorwaarden zijn voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen, dienen te worden verstaan in het licht van de grondgedachte van het mededingingsrecht dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren.[441]

476. Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer zijn beleid op een intelligente manier aan het vastgestelde of te verwachten gedrag van zijn concurrenten mag aanpassen, maar staat onverbiddelijk in de weg aan ieder al dan niet rechtstreeks contact tussen concurrenten, waardoor het marktgedrag van een concurrent wordt beïnvloed of waardoor deze wordt geïnformeerd over beslissingen of afwegingen met betrekking tot het eigen marktgedrag, wanneer dit contact, dat tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de betrokken markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.[442]

477. Uitwisseling van informatie kan derhalve een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren, indien de strategische onzekerheid op de markt erdoor wordt verminderd en een heimelijke verstandhouding aldus in de hand wordt gewerkt, d.w.z. indien de uitgewisselde gegevens van strategisch belang zijn. Bijgevolg komt het uitwisselen van strategische gegevens tussen concurrenten neer op onderlinge afstemming, omdat het de onafhankelijkheid van het marktgedrag van concurrenten beperkt en de stimulansen om te concurreren vermindert.[443]

478. Bij een indirecte uitwisseling van informatie moet naar de houding van de betrokken partijen worden gekeken, aangezien het doorgeven van gevoelige marktinformatie tussen een distributeur en diens leverancier beschouwd zou kunnen worden als een legitieme commerciële handelswijze.[444]

479. In dat verband heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een onderneming kan aansprakelijk worden gesteld voor een litigieuze onderling afgestemde feitelijke gedraging wanneer die onderneming de bedoeling had om via haar dienstverrichter haar commercieel gevoelige informatie aan haar concurrenten openbaar te maken of uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft goedgekeurd dat haar dienstverrichter die commercieel gevoelige informatie met hen deelt. Een onderneming die gebruik maakt van diensten kan ook aansprakelijk worden gesteld voor een litigieuze onderling afgestemde feitelijke gedraging indien zij redelijkerwijs kon

---

440 Arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Fresh Del Monte t. Commissie*, zaak T-587/08, rn. 297.

441 Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, rn. 32, arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole Food/Commissie*, zaak C-286/13, rn. 119 en arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Dole Food Company, Inc.*, zaak T-588/08, rn. 60.

442 Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, rn. 33, arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole Food/Commissie*, zaak C-286/13, rn. 120 en arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Dole Food Company, Inc.*, zaak T-588/08, rn. 61.

443 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb C* 11 van 14 januari 2011, rn. 61 (verder "Horizontale richtsnoeren").

444 Zie advocaat-generaal M. Maciej Szpunar, zaak C-74/14, *Eturas e.a.*, rn. 65.

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.[445]

480. Zelfs wanneer slechts één onderneming strategische informatie doorgeeft aan één of meer concurrenten die dat aanvaarden, kan dit neerkomen op een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Daarbij doet het niet ter zake of slechts één onderneming eenzijdig haar concurrenten in kennis stelt van haar voorgenomen marktgedrag dan wel of alle deelnemende ondernemingen elkaar informeren over hun respectievelijke overwegingen en voornemens. Wanneer slechts één onderneming aan haar concurrenten strategische informatie doorgeeft over haar commerciële beleidsvoornemens, vermindert dat voor alle betrokken concurrenten de strategische onzekerheid over de toekomstige marktwerking en neemt het risico op een verzwakte mededinging en op collusie toe. Wanneer een onderneming van een concurrent strategische informatie ontvangt, op welke wijze dan ook, wordt zij geacht deze informatie te hebben aanvaard en haar marktgedrag dienovereenkomstig te hebben aangepast, tenzij zij ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven dat zij dergelijke gegevens niet wenst te ontvangen.[446]

481. In dit verband heeft het Hof van Justitie reeds geoordeeld dat zelfs de passieve wijzen van deelneming aan de inbreuk, zoals de omstandigheid dat een onderneming aanwezig is op bijeenkomsten tijdens welke tegen de mededinging gerichte overeenkomsten worden gesloten, en zich daar niet overduidelijk tegen heeft verzet, wijzen op een medeplichtigheid waarvoor die onderneming in het kader van artikel 101 VWEU aansprakelijk kan worden gesteld, aangezien de stilzwijgende goedkeuring van een ongeoorloofd initiatief zonder publieke distantiëring van de inhoud daarvan en zonder dit bij de administratieve entiteiten aan te geven, een aanmoediging tot voortzetting van de inbreuk vormt en de ontdekking ervan bemoeilijkt.[447]

482. Voorts zij eraan herinnerd dat in de meeste gevallen het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een overeenkomst dient te worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke aan een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.[448]

483. Dientengevolge vereist het doeltreffendheidsbeginsel dat het bewijs van een schending van het mededingingsrecht van de Unie niet alleen door middel van rechtstreekse bewijzen kan worden geleverd, maar ook door middel van objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen.[449]

484. Tenslotte moet worden vermeld dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging behalve de afstemming tussen de ondernemingen, een daaropvolgend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen deze twee elementen vereist. Dienaangaande moet, behoudens door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs, worden vermoed dat

---

445 Arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2016, *SIA 'VM Remonts' e.a. c/ Konkurences padome*, zaak C-542/14, rns. 30-31.

446 Horizontale richtsnoeren, rn. 62.

447 Arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, *Eturas AB, e.a.*, zaak C-74/14, rn. 28 en arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2015, *AC-Treuhand/Commissie*, zaak C-194/14, rn. 31.

448 Arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, zaak C-74/14, *Eturas*, rn. 36.

449 *Ib.*, rn. 37.

ondernemingen die hun gedrag onderling afstemmen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op deze markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld. Dit geldt temeer wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden.[450]

485. Het staat derhalve aan de betrokken ondernemingen om aan te tonen dat de onderlinge afstemming geen enkele invloed heeft gehad op hun marktgedrag.[451]

V.1.2.b Toepassing op de zaak

486. De auditeur komt op grond van zijn onderzoek tot de vaststelling dat de vier fabrikanten zonder tot een eigenlijke overeenkomst te komen de risico's van onderlinge concurrentie welbewust hebben vervangen door een feitelijke samenwerking.

487. Op de eerste plaats volgt uit de in hoofdstuk IV beschreven feiten dat PMB, BAT, ITB en JTI in de periode van 24 januari 2011 tot en met 31 januari 2015 informatie over toekomstige prijzen verzonden aan hun groothandelaren. Het staat ook vast dat de groothandelaren de informatie over toekomstige prijzen afkomstig van deze fabrikanten tijdens deze periode systematisch doorzonden aan de andere fabrikanten. Omgekeerd ontving elk van de vier fabrikanten tijdens deze periode via zijn groothandelaren systematisch informatie over toekomstige prijzen van de andere fabrikanten.

488. Op de tweede plaats stelt de auditeur vast dat er geen sprake was van rechtstreekse contacten tussen de fabrikanten. De vier fabrikanten verzonden hun prijslijsten aan hun groothandelaren die ze op hun beurt doorzonden aan de andere fabrikanten. Volgens vaste rechtspraak is echter niet vereist dat de fabrikanten een direct contact hebben.[452] *Een indirect contact volstaat aangezien ook in dat geval de fabrikanten op de hoogte kunnen worden gebracht van het prijsgedrag van hun concurrenten en mededingingsvoorwaarden kunnen ontstaan die niet met de normale marktvoorwaarden overeenkomen.*

489. Op de derde plaats stelt de auditeur vast dat de vier fabrikanten op indirecte wijze met elkaar contact hadden door informatie over hun toekomstige prijzen te verzenden aan hun groothandelaren, waarbij iedere fabrikant zich ervan bewust was dat de informatie over de eigen toekomstige prijzen door de groothandelaar zou worden doorgezonden aan de andere fabrikanten. Iedere fabrikant kon dus redelijkerwijze voorzien dat zijn groothandelaar de prijslijsten zou delen met de andere fabrikanten en was - om de woorden van de rechtspraak te gebruiken - bereid het risico ervan te aanvaarden.

490. Dat de fabrikanten zich daarvan bewust waren en er dus een redelijke verwachting bestond in hunner hoofde, wordt aangetoond door de jarenlange vaste praktijk die tussen de vier fabrikanten bestond (zie IV.1.2.a en IV.4.1). De redelijke verwachting volgt uit het feit dat de fabrikant die zijn prijslijst aan de groothandelaar doorgeeft van deze groothandelaar ook de prijslijsten van de andere fabrikanten krijgt en hieruit mag afleiden, met name uit het feit

---

450 Arrest van het Hof van Jusitie van 8 juli 1999, *Hüls/Commissie*, zaak C-199/92P, rns. 161-163, arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, rn. 51 en arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Dole Food Company, Inc.*, zaak T-588/08, rn. 57.

451 Arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, *Hüls/Commissie*, zaak C-199/92, rn. 167 en arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Fresh Del Monte t. Commissie*, zaak T-587/08, rn. 566.

452 Arrest van het Gerecht van 16 september 2013, zaak T-396/10, *Zucchetti v Commission*, rn. 56.

dat de groothandelaar de prijslijsten van de andere fabrikanten aan hem doorzendt, dat zijn eigen prijslijst ook werd doorgegeven aan zijn concurrenten.

491. Belangrijke vaststelling hierbij is dat de groothandelaren de ontvangen prijsinformatie in de overgrote meerderheid der gevallen nagenoeg automatisch, los van legitieme commerciële overwegingen (onderhandelingen over commerciële voorwaarden) en zonder nadere uitleg of motivering, doorzonden aan de concurrerende fabrikanten en dat de fabrikant van wie de prijsinformatie afkomstig was gedurende de gehele periode geen enkel initiatief ondernam om de doorzending van de eigen informatie aan zijn concurrenten te beperken of te omkaderen binnen nader omschreven grenzen. Hieruit dient te worden afgeleid dat de fabrikanten stilzwijgend goedkeurden dat hun groothandelaren deze commercieel gevoelige informatie met hun concurrenten deelden en dat ze bereid waren het risico ervan te aanvaarden.

492. Op de vierde plaats stelt de auditeur vast dat geen van de fabrikanten gedurende de inbreukperiode ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven aan zijn concurrenten of groothandelaren dat zij de informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten niet wensten te ontvangen (zie IV.1.2.c). Het feit dat partijen zich niet hebben verzet tegen deze praktijk van verzenden en ontvangen van informatie over toekomstige prijzen, wijst op een medeplichtigheid waarvoor deze ondernemingen kunnen worden aansprakelijk gesteld in het kader van artikel IV.1 WER en artikel 101 VWEU. Immers, de stilzwijgende goedkeuring van een ongeoorloofde praktijk zonder publieke distantiëring van de inhoud daarvan vormt een aanmoediging tot voortzetting van de inbreuk en bemoeilijkt bovendien de ontdekking ervan.[453]

493. Door het bekendmaken van hun intenties en marktgedrag aan hun concurrenten via de groothandelaren wordt voor de vier fabrikanten de strategische onzekerheid over de werking van de markt verminderd en wordt hun marktgedrag beïnvloed (zie IV.1.2.d).

494. Op de vijfde plaats stelt de auditeur vast dat het feit dat een fabrikant zijn groothandelaar op de hoogte stelt van zijn toekomstige prijzen op zich legitiem is. Een groothandelaar kan immers een bepaalde tijd nodig hebben om de aangekondigde prijswijzigingen te implementeren. Echter, deze informatie werd door de groothandelaren doorgestuurd aan de drie andere fabrikanten, hetgeen niet nodig was om de groothandelaren toe te laten de aangekondigde prijsaanpassingen te implementeren. Daarenboven werd deze informatie in de overgrote meerderheid der gevallen automatisch, niet zelden dezelfde dag nog als deze van ontvangst, en doorgaans zonder enige nadere uitleg of motivering, doorgezonden door de groothandelaren aan de andere fabrikanten, hetgeen het onwaarschijnlijk maakt dat de doorzending gebeurde in het kader van prijsnegotiaties tussen de groothandelaar en de ontvangende fabrikant.

495. Uit het voorgaande volgt dat de indirecte uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen tussen de vier fabrikanten heeft geleid tot onderlinge afstemming omdat zij niet zelfstandig hun prijsbeleid hebben gevoerd maar zich via indirecte contacten in hun marktgedrag hebben laten beïnvloeden door elkaars voorgenomen of aangenomen prijsbeleid.

---

453 Arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, zaak C‑74/14, *Eturas*, rn. 28.

496. Tenslotte moet worden vastgesteld dat de vier fabrikanten allen gedurende de inbreukperiode op de betrokken markt actief zijn geweest en nog steeds zijn. Bijgevolg moet worden aangenomen dat de vier fabrikanten bij de bepaling van hun gedrag op deze markt rekening hebben gehouden met de informatie die zij onderling hebben uitgewisseld. Het gevoerde onderzoek toont trouwens aan dat de fabrikanten de van hun afnemers ontvangen informatie over prijzen van concurrenten daadwerkelijk in aanmerking namen bij de bepaling van hun eigen markt- en prijsbeleid (zie IV.1.2.d).

497. Uit het voorgaande blijkt dat de fabrikanten welbewust de risico's van concurrentie hebben vervangen door een feitelijke samenwerking gericht op de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen via afnemers. Er dient geconcludeerd te worden dat de bewuste praktijken als een onderling afgestemde feitelijke gedraging[454] moeten worden beschouwd in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU en artikel IV.1, lid 1 WER.

V.1.3 Beperking van de mededinging naar strekking

V.1.3.a Principes

498. De artikelen IV.1, §1 WER en 101, lid 1 VWEU verbieden overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die "ertoe strekken of ten gevolge hebben" dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het gaat hier om alternatieve voorwaarden, hetgeen blijkt uit het voegwoord "of".[455]

499. De criteria die in de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn vastgelegd voor de beoordeling of een gedraging ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, gelden ongeacht of het gaat om overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.[456]

500. Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht.[457]

501. Die rechtspraak is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.[458]

502. Zo staat vast dat bepaalde kartelafspraken, zoals die welke tot horizontale prijsbepaling door kartels leiden, beschouwd kunnen worden als afspraken die een zodanig groot risico inhouden dat inzonderheid de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten negatief zullen worden beïnvloed dat het voor de toepassing van artikel 101, lid 1 VWEU overbodig is om aan te tonen dat zij concrete effecten op de markt hebben. De ervaring leert namelijk dat dergelijke gedragingen leiden tot productieverminderingen en

---

454 Wanneer in het vervolg van dit document over overeenkomst wordt gesproken, dient hier ook een onderling afgestemde feitelijke gedraging te worden onder verstaan.

455 Arrest van het Hof van Justitie van 2 april 2020, zaak C-228/18, *Gazdasagi Versenyhivatal*, rn. 33.

456 Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B*V, rn. 24.

457 Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *Groupement des cartes bancaires*, zaak C-67/13, rn. 49 en arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole Food Company*, zaak C-286/13, rn. 113.

458 *Ib*., rn. 50 en *ib*., rn. 114.

prijsstijgingen, waardoor de middelen inefficiënt worden ingezet, hetgeen inzonderheid de consumenten schaadt.[459]

503. Bij de beoordeling of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1 VWEU te hebben, moet met name worden gelet op de inhoud en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en gestructureerd zijn.[460]

504. Van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer de onderling afgestemde feitelijke gedraging negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.[461] *Het feit dat bepaalde maatregelen een legitiem doel nastreven, sluit niet uit dat zij kunnen worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben.*[462]

505. Voorts hoeven de bedoelingen van de partijen weliswaar niet in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen een beperkende werking heeft, maar niets belet de mededingingsautoriteit om daarmee rekening te houden.[463]

Wat meer bepaald de uitwisseling van informatie tussen concurrenten betreft, zij eraan herinnerd dat de criteria coördinatie en samenwerking, die voorwaarden zijn om te kunnen spreken van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, dienen te worden verstaan in het licht van de grondgedachte van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren.[464]

507. Aldus heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de uitwisseling van informatie tussen concurrenten in strijd kan zijn met de mededingingsregels wanneer zij de onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of wegneemt en als gevolg daarvan de mededinging tussen ondernemingen beperkt.[465]

508. Meer bepaald moet een uitwisseling van informatie die de onzekerheid van de betrokkenen wegneemt over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de

---

459 *Ib*., rn. 51 en *ib*., rn. 115.

460 *Ib*., rn. 53, *ib*., rn. 117 en arrest van het Hof van Justitie van 26 september 2018, *Infineon Technologies AG*, zaak C-99/17 P, rn. 156.

461 Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a*., rn. 31.

462 Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, zaak C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*, rns. 62 en 70.

463 Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, zaak C-286/13, *Fresh Del Monte*, rn. 118 en arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, zaak C-67/13*, Groupement des cartes bancaires*, rn. 54.

464 Arrest van het Hof van Jusitie van 4 juni 2009, zaak C-08/08, *T-Mobile Netherlands*, rn. 32 en arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole Food Company*, zaak C-286/13, rn. 119.

465 *Ib*., rn. 35 en *ib*., rn. 121.

betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen, worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken.[466]

509. Er werd eveneens geoordeeld dat het verstrekken van commercieel gevoelige informatie, zoals het uitwisselen van informatie over toekomstige prijsverhogingen, de mededinging kan beperken wanneer deze informatie aan één of meer concurrenten wordt verstrekt, omdat de betrokken ondernemingen daardoor hun gedrag op de markt niet meer volledig zelfstandig kunnen bepalen. Wanneer de Europese Commissie dergelijke gedragingen tussen concurrenten vaststelt, is zij niet gehouden aan te tonen dat die gedragingen de mededinging op de betrokken markt beperken, wanneer die gedragingen concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de interne markt kunnen verhinderen, beperken of vervalsen.[467]

510. Daarenboven dient ook te worden opgemerkt dat de Europese Commissie in haar Horizontale Richtsnoeren aangeeft dat de uitwisseling tussen concurrenten van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen dient te worden beschouwd als een gedraging met mededingingsbeperkende strekking.[468] *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.*[469]

511. Tenslotte moet worden vastgesteld dat een overeenkomst of een onderling afgestemde praktijk die een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt.[470]

V.1.3.b Toepassing op de zaak

i) Inleiding

512. De onderzochte praktijken, namelijk de indirecte uitwisseling tussen concurrenten van individuele informatie over toekomstige prijzen, zoals aangetoond op basis van de bewijselementen beschreven in hoofdstuk IV, hebben een mededingingsbeperkende strekking. De auditeur baseert deze conclusie op onderstaande dubbele test.

513. Vooreerst wordt gekeken naar de inhoud en de doelstellingen van de onderzochte praktijken. Het hoofddoel van deze stap is na te gaan of zij binnen een categorie van praktijken vallen waarvan het schadelijke karakter gelet op de verworven ervaring is aanvaard en gemakkelijk kan worden aangetoond. In dit opzicht kan onder ervaring worden verstaan "hetgeen gewoonlijk uit het economisch onderzoek naar voren komt, zoals dat is aanvaard door de mededingingsautoriteiten en eventueel bevestigd door de rechtspraak".[471]

---

466 Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole*, zaak C-286/13, rn. 122. In dezelfde zin: arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, rn. 41.

467 Arrest van het Gerecht van 16 september 2013, *Wabco Europe e.a./Commission*, zaak T-380/10, rn. 78 en arrest van het Gerecht van 15 december 2016, *Koninklijke Philips NV / Commissie*, zaak T-762/14, rn. 63.

468 Horizontale richtsnoeren, rn. 74.

469 Horizontale richtsnoeren, voetnoot 4.

470 Arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, zaak C-226/11*, Expedia*, rn. 37.

471 Zie advocaat-generaal Bobek, zaak C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal*, rn. 42. Zie ook in deze zaak het arrest van het Hof van Justitie van 2 april 2020, rn. 76: *"Zoals de advocaat-generaal in de randnummers 54 en 63 tot en met 73 van zijn conclusie heeft opgemerkt, moet er om te rechtvaardigen dat een overeenkomst wordt*

514. In de tweede stap wordt gekeken naar de juridische en economische context van de praktijken. Er dient te worden nagegaan of aan het vermeende mededingingsbeperkende karakter van de praktijken niet wordt afgedaan door overwegingen in verband met de juridische en economische context waarin zij ten uitvoer worden gelegd. Daartoe 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 betrokken markten. In deze tweede stap wordt met andere woorden nagegaan of er geen specifieke omstandigheden bestaan die twijfels doen rijzen omtrent het vermeende schadelijke karakter van de betrokken praktijken zoals vastgesteld in de eerste stap.[472]

ii) Beoordeling van de inhoud en de doelstellingen van de onderzochte praktijken

a) Inhoud en doelstellingen van de praktijken

515. Uit de praktijken beschreven onder IV.1.3 blijkt dat de fabrikanten informatie over hun toekomstige prijzen hebben uitgewisseld. Een dergelijke uitwisseling over prijzen neemt voor de fabrikanten de onzekerheid over elkaars toekomstig prijsgedrag weg, of vermindert minstens deze onzekerheid, en heeft een rechtstreekse invloed op de commerciële strategie van de fabrikanten.

516. Allereerst krijgen de vier fabrikanten door de uitwisseling van deze informatie kennis van het toekomstig marktgedrag (in de vorm van prijzen en de introductie van nieuwe producten) van hun concurrenten, konden zij dat gedrag beter inschatten dan wanneer zij niet over deze informatie beschikten en konden zij vervolgens deze informatie in aanmerking nemen bij het bepalen van hun eigen (prijs)gedrag.

517. De uitgewisselde toekomstige en geïndividualiseerde prijzen van concurrenten betreffen informatie die strategisch is in de concurrentie. De fabrikanten geven aan dat de verkoopprijs een belangrijk element van concurrentie is.[473] *Door het uitwisselen van informatie over het tijdstip van ingang en vooral de hoogte van de toekomstige prijzen krijgen fabrikanten inzicht in het prijsgedrag van andere fabrikanten voordat de eindconsument over deze informatie beschikt. Het liet hen toe elkaars prijsgedrag te kennen en hun eigen prijzen, en het tijdstip van ingang van deze prijzen, optimaal aan te passen aan het gedrag van hun concurrenten om het verlies van klanten en marktaandeel te voorkomen of minstens zoveel als mogelijk te minimaliseren.*

518. Uit het onderzoek blijkt trouwens dat tijdens de inbreukperiode jaarlijks meermaals prijsaanpassingen plaatsvonden waarvan het voornemen voorafgaandelijk aan de publieke aankondiging werd gecommuniceerd aan de andere betrokken fabrikanten. De frequentie van de uitwisseling van prijsinformatie droeg voor de fabrikanten bij aan het wegnemen van de prijsonzekerheid op de markt.

519. Het anti-concurrentieel voordeel dat de vier fabrikanten haalden uit de uitwisseling van deze commercieel gevoelige informatie wordt overigens bevestigd door de elementen van het dossier waar beschreven wordt hoe de fabrikanten gedurende de inbreukperiode de

---

aangemerkt als een beperking van de mededinging „naar strekking" zonder dat de gevolgen ervan hoeven te worden onderzocht, immers sprake zijn van voldoende ervaring die zodanig solide en betrouwbaar is dat deze overeenkomst kan worden geacht naar haar aard schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging."

472 Zie advocaat-generaal Bobek, zaak C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal*, rn. 48.

473 Antwoord van ITB op het verzoek om inlichtingen van 6 december 2018.

ontvangen informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten ter beschikking stelden van hun pricing teams en deze informatie in aanmerking namen bij de vaststelling van de eigen prijzen van hun merken/producten (zie IV.1.2.d).

520. Overigens dient er ook aan te worden herinnerd dat, behalve op het vlak van de consumentenprijs, de fabrikanten slechts op een beperkt aantal andere vlakken met elkaar kunnen concurreren. Er zijn bijvoorbeeld strenge regels in verband met reclame voor sigaretten.[474] *Daarnaast wordt een belangrijk deel van de consumentenprijs bepaald door de accijnzen en belastingen, zodat de fabrikanten slechts kunnen concurreren op het overige deel van deze prijs.*

521. Daarenboven heeft de uitgewisselde informatie betrekking op voorgenomen, met andere woorden aanpasbare, toekomstige prijzen. Een fabrikant kan een prijsverhoging voor een pakje sigaretten communiceren via zijn afnemers en vervolgens de reactie van andere fabrikanten afwachten. In functie van deze reactie (zelfde, lagere of geen prijsaanpassing) kan hij beslissen de gecommuniceerde prijs al dan niet daadwerkelijk toe te passen. Op langere termijn kan het gevolg eveneens een gemeenschappelijke prijsverhoging zijn.

522. Daarnaast kan de fabrikant de ontvangen informatie ook in rekening brengen bij een volgende prijsaanpassing.

523. Het voorgaande toont aan dat de onderzochte praktijken gelet op hun inhoud en doelstellingen een mededingingsbeperkende strekking hebben.

524. Overigens was de indirect uitgewisselde informatie niet openbaar op het moment van de uitwisseling. Informatie is immers pas echt openbaar indien het verkrijgen ervan voor afnemers en concurrenten die niet bij het uitwisselingssysteem zijn aangesloten, niet duurder is dan voor de ondernemingen die de informatie uitwisselen.[475] *Dit is hier niet het geval, aangezien met name de concurrenten van de vier fabrikanten die niet betrokken waren bij de informatie-uitwisseling, in principe niet tegen dezelfde voorwaarden of op dezelfde wijze en binnen dezelfde tijdspanne over deze informatie konden beschikken, indien ze er al toegang toe zouden kunnen krijgen. In dit opzicht kan men pas spreken van openbare informatie op het moment dat de pakjes sigaretten met de nieuwe verkoopprijs in de winkel liggen.*

525. Tenslotte dient opgemerkt dat, zelfs al bestond de mogelijkheid voor de fabrikanten om de informatie op de markt te verwerven, bijvoorbeeld door deze van detailhandelaren te betrekken, dit niet noodzakelijkerwijs betekent dat deze informatie, op het moment van de anti-concurrentiële uitwisseling tussen fabrikanten, marktgegevens betreft die vrij toegankelijk zijn (voor concurrenten). Immers, het Hof van Justitie geeft in Tate & Lyle aan dat "zelfs indien British Sugar vooraf, individueel en geregeld haar prijsintenties aan haar afnemers meedeelde, impliceert dit niet, dat die prijzen op dat tijdstip een onmiddellijk vast te stellen objectief marktgegeven waren. […] In de tweede plaats konden de deelnemers aan de litigieuze bijeenkomsten eenvoudiger, sneller en directer dan via de markt kennis krijgen van deze inlichtingen".[476]

---

474 De wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten.

475 Horizontale richtsnoeren, rn. 92.

476 Arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 2001, gev. zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Tate & Lyle*, rn. 60.

b) Mededingingsrechtelijke ervaring met informatie-uitwisseling

526. Er is sprake van voldoende solide en betrouwbare ervaring om de uitwisseling van individuele informatie tussen concurrenten over toekomstige prijzen naar haar aard schadelijk te achten voor de goede werking van de mededinging.[477]

527. Er is met name vaste rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht alsook een vast beleid van de Europese Commissie volgens dewelke de uitwisseling van informatie tussen concurrenten over toekomstige prijzen een mededingingsbeperking naar strekking vormt.

528. In dit verband kan verwezen worden naar de rechtspraak van de Unierechter volgens welke de uitwisseling tussen concurrenten van informatie over toekomstige prijzen als een mededingingsbeperking naar strekking kan worden gekwalificeerd.[478]

529. Eveneens kan verwezen worden naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak T-Mobile Netherlands, volgens welke de uitwisseling van informatie tussen concurrenten in strijd kan zijn met de mededingingsregels wanneer zij de mate van onzekerheid over de werking van de markt vermindert of wegneemt.

530. In hetzelfde arrest stelde het Hof van Justitie verder:

"een uitwisseling van informatie die onzekerheden van de betrokkenen over het tijdstip, de mate en de modaliteiten van de door de betrokken onderneming door te voeren aanpassing kan wegnemen, moet worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken, ook wanneer, zoals in het hoofdgeding, de aanpassing de vermindering van de standaarddealervergoeding betreft" (…) en

"de uitwisseling van informatie tussen concurrenten heeft een mededingingsbeperkende strekking wanneer zij de onzekerheden over het door ondernemingen voorgenomen gedrag kan wegnemen."[479]

531. Nadien hebben het Hof van Justitie en het Gerecht deze rechtspraak herhaaldelijk bevestigd: "de uitwisseling van informatie tussen concurrenten in strijd kan zijn met de mededingingsregels wanneer zij de onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of wegneemt en als gevolg daarvan de mededinging tussen ondernemingen beperkt. Meer bepaald moet een uitwisseling van informatie die de onzekerheid van de betrokkenen kan wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen, worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken."[480]

532. Bovendien heeft de Europese Commissie als algemene beleidslijn in haar Horizontale Richtsnoeren dergelijke praktijken als een mededingingsbeperking naar strekking gekwalificeerd, waar zij stelt dat "de uitwisseling tussen concurrenten van individuele

---

477 Arrest van het Hof van Justitie van 2 april 2020, *Gazdasági Versenyhivatal*, zaak C-228/18, rn. 76.

478 Arrest van het Hof van Justitie van 26 september 2018, zaak C-99/17, *Infineon Technologies AG/Commissie*, rns. 134-135 en 155-157, arrest van het Gerecht van 16 september 2016, zaak T-38/10, *Wabco*, rn. 78 en arrest van het Gerecht van 15 december 2016, zaak T-762/14, *Koninklijke Philips en Philips France*, T-762/14, rn. 63.

479 Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, zaak C‑8/08, *T-Mobile Netherlands BV*, rn. 41.

480 Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, zaak C-286/13, *Dole Food Company / Commissie*, rns. 121-122, arrest van het Gerecht van 15 december 2016, zaak T-762/14, *Koninklijke Philips NV/Commissie*, rn. 62 en arrest van het Gerecht van 24 september 2019, zaak T-105/17, *HSBC/Commissie*, rn. 62.

gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden dient derhalve te worden beschouwd als mededingingsbeperkende strekking".[481]

533. Tenslotte is het binnen de economische gemeenschap algemeen aanvaard dat de uitwisseling van informatie tussen concurrenten over hun voorgenomen toekomstige gedrag op het gebied van prijzen en hoeveelheden leidt tot collusie en concurrentieverstoring.[482]

534. Volgend op bovenstaande dient geconcludeerd dat de praktijken van informatie-uitwisseling tussen de vier fabrikanten op grond van de opgedane ervaring vallen binnen de categorie van praktijken die in het algemeen als mededingingsbeperkend naar strekking wordt beschouwd.

iii) Economische en juridische context van de praktijken

535. Een analyse van de economische en juridische context waarbinnen de praktijken ten uitvoer werden gelegd, bevestigt dat zij een doelbeperking vormen.

536. Wat de economische context betreft, stelt de auditeur vast dat de marktkenmerken van dien aard zijn dat de betrokken informatie-uitwisseling de goede werking van de mededinging op de markt aantast. De uitwisseling van informatie vond plaats op een zeer geconcentreerde markt waarop de vier fabrikanten samen een marktaandeel van meer dan 90% hebben.[483] *De individuele marktaandelen van de vier fabrikanten zijn daarenboven stabiel. Verder waren er tijdens de gehele inbreukperiode geen nieuwe markttoetreders. Tenslotte is de markt voor de verkoop van sigaretten een transparante markt. De consumentenverkoopprijs wordt grotendeels door een beperkte groep van vier fabrikanten vastgesteld. Daarenboven creëren de door de overheid opgelegde accijnsaanpassingen geregeld tijdstippen waarop de vier fabrikanten gelijktijdig ertoe worden aangezet om binnen een nabije periode de prijzen van hun assortiment te heroverwegen.*

537. De specifieke kenmerken van de betrokken markt leenden zich dus tot een heimelijke verstandhouding (coördinatie) via de uitwisseling van informatie.

538. Er is in voorliggende zaak, gelet op de aard van de betrokken goederen, de voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt, geen alternatieve verklaring voor de economische ratio van de onderzochte praktijken. De uitwisseling van informatie tussen concurrenten was immers niet noodzakelijk om een goede en vlotte werking van de handelsstromen tussen fabrikant en groothandel te waarborgen.

539. Economisch gezien kan de uitwisseling van informatie over toekomstige (voorgenomen) prijzen tussen fabrikanten leiden tot prijsbeslissingen die, bekeken vanuit een standpunt van daadwerkelijke mededinging, niet optimaal zijn. Hiervoor maakt het niet uit hoe de informatie bij een concurrent terechtkomt (ten gevolge van een rechtstreeks of onrechtstreeks - via een groothandelaar - contact tussen concurrenten). Als een fabrikant door een dergelijk contact vroegtijdig op de hoogte raakt van de toekomstige (voorgenomen) prijzen van concurrenten

---

481 Horizontale richtsnoeren, rn. 74.

482 Zie de Horizontale richtsnoeren van de Europese Commissie die de algemeen aanvaarde economische analyse bevatten van de impact van informatie-uitwisseling op de mededinging. Horizontale richtsnoeren, rns. 64-70.

483 Zie III.2.1.

en weet dat zijn prijsvoornemens via deze weg ook bij concurrenten terecht zullen komen, heeft dit automatisch een invloed op de prijszetting.

540. Wat de juridische context betreft, een analyse daarvan leidt niet tot andere conclusies. Noch het verticale aspect noch het feit dat de consumentenprijzen worden bepaald door de fabrikanten en de groothandelaren hier verder geen invloed op hebben, doen af aan het mededingingsbeperkende karakter van de overeenkomst.

iv) Conclusie

541. Gelet op bovenstaande analyse dient geconcludeerd dat de onderzochte praktijken, namelijk de uitwisseling tussen concurrenten van informatie over toekomstige prijzen, neerkomen op een praktijk die als strekking heeft de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen in de zin van de artikelen IV.1, §1 WER en 101, lid 1 VWEU.

V.1.4 Eén enkele voortdurende inbreuk

V.1.4. a Principes

542. Volgens vaste rechtspraak kan een schending van artikel 101, lid 1 VWEU en artikel IV.1, §1 WER niet alleen voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging, ook al zouden één of meer onderdelen van deze reeks handelingen of van deze voortgezette gedraging ook op zich, afzonderlijk, een schending van deze bepalingen kunnen opleveren.

543. Wanneer de verschillende handelingen, wegens hun identieke doel de mededinging te verstoren, deel uitmaken van een totaalplan, mag de mededingingsautoriteit de verantwoordelijkheid voor die handelingen bepalen aan de hand van de deelname aan de betrokken inbreuk in zijn geheel.[484]

544. Het begrip één enkele inbreuk dekt de situatie waarin meerdere ondernemingen hebben deelgenomen aan een inbreuk bestaande in een voortgezette gedraging met één enkel economisch doel om de mededinging te verstoren dan wel in individuele inbreuken die onderling zijn verbonden door hetzelfde doel (alle elementen delen hetzelfde doel) en dezelfde subjecten (dezelfde betrokken ondernemingen die welbewust aan het gemeenschappelijk doel deelnemen).[485]

545. Volgens de rechtspraak kan een onderneming, zelfs indien vaststaat dat zij slechts rechtstreeks heeft deelgenomen aan één of meerdere bestanddelen van een kartel, voor het gehele kartel aansprakelijk worden gesteld wanneer zij wist of noodzakelijkerwijze moest weten dat de heimelijke verstandhouding waaraan zij deelnam, deel uitmaakte van een algemeen plan, alsook dat dit algemeen plan alle bestanddelen van het kartel dekte.[486]

546. Om te beoordelen of verschillende gedragingen kunnen beschouwd worden als één enkele voortgezette inbreuk, dient te worden nagegaan of zij complementair zijn in dier voege dat elk

---

484 Arrest van het Hof van Justitie van 7 januari 2004, gev. zaken C-204/00 ea, *Aalborg Portland et al*, rn. 258 en arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, zaak C-49/92, *Commission v Anic Partecipazioni*, rns. 78-81, 83-85 en 203.

485 Arrest van het Gerecht van 8 juli 2008, zaak T-53/03, *BPB plc tegen Commissie*, rn. 257 en arrest van het Gerecht van 6 februari 2014, zaak T-27/10 *AC Treuhand v Commission*, rn. 238 met verwijzing naar andere rechtspraak.

486 Arrest van het Gerecht van 14 mei 1998, *Buchmann/Commissie*, zaak T-295/94, rn. 121 en arrest van het Gerecht van 20 maart 2002, *HFB Holding / Commissie*, zaak T-9/99, rn. 231.

daarvan bedoeld was om het hoofd te bieden aan één of meer gevolgen van de normale mededinging, en of zij door hun wisselwerking bijdroegen tot de verwezenlijking van de in het kader van dit totaalplan beoogde doelstellingen. De complementariteit van de onderscheiden gedragingen ligt in het verlengde van het gemeenschappelijk doel van de gedragingen die als één enkele voortgezette inbreuk gekwalificeerd kunnen worden. Er moet immers worden aangetoond dat de onderzochte praktijken worden gesteld met het oog op het verwezenlijken van een globaal plan.[487]

547. Het begrip gemeenschappelijk doel kan worden ingevuld aan de hand van objectieve factoren zoals de vergelijkbare wijze waarop gedragingen plaatsvinden en de materiële, geografische en temporele overlapping tussen de betrokken gedragingen.[488]

548. Om de deelneming van een onderneming aan één enkele overeenkomst vast te stellen, dient de mededingingsautoriteit aan te tonen dat deze onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en dat zij de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden.[489] *Wanneer een onderneming de andere inbreukmakende gedragingen die deze deelnemers met het oog op die doelstellingen planden of verrichtten, niet kende noch redelijkerwijs kon voorzien en derhalve niet bereid was het risico ervan te aanvaarden, kan de mededingingsautoriteit haar uitsluitend aansprakelijk stellen voor de gedragingen waaraan zij rechtstreeks heeft deelgenomen.*[490]

V.1.4.b Toepassing op de zaak

549. De uitwisseling van prijslijsten tussen fabrikanten had betrekking op één gemeenschappelijk doel, te weten het verminderen van de onzekerheid over elkaars toekomstig prijsgedrag op het Belgische grondgebied en het verstoren van de normale prijsontwikkeling van sigaretten op het Belgische grondgebied.

550. Verschillende factoren bevestigen dat de uitwisseling van dergelijke prijsinformatie gebeurde door met elkaar samenhangend en complementair gedrag van de vier fabrikanten. Zo wordt de uitwisseling van informatie gekenmerkt door een gemeenschappelijk en gelijkvormig patroon dat zich gedurende de gehele inbreukperiode bij herhaling heeft gemanifesteerd: (i) het verzenden van informatie over toekomstige prijzen aan afnemers, welbewust van het feit dat de afnemers deze informatie aan concurrenten zouden doorsturen, (ii) het via afnemers ontvangen van informatie over toekomstige prijzen van concurrenten en (iii) het zich niet op ondubbelzinnige wijze verzetten tegen het ontvangen van de afnemers van informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten.

551. Het ging over hetzelfde soort gedrag: de vier fabrikanten stelden dezelfde handelingen en onthielden zich tijdens de gehele duurtijd van de inbreuk van enig initiatief om de

487 Arrest van het Gerecht van 12 juni 2014, zaak T-286/09, *Intel Corp v Commission*, rn. 1562.

488 Arrest van het Hof van Justitie van 26 januari 2017, zaak C‑625/13, *Villeroy Boch AG v. Commission*, rn. 166.

489 Arrest van het Hof van Justitie van 7 januari 2004, gev. zaken C-204/00 ea, *Aalborg Portland et al*, rn. 83.

490 Arrest van het Gerecht van 6 december 2012, zaak C-411/11, *Commissie/Verhuizingen Coppens*, rn. 44.

doorzending door de afnemers van hun prijsinformatie aan de concurrerende fabrikanten te beperken of te omkaderen binnen nader omschreven grenzen.

552. Verder waren bij de uitwisseling van informatie die gedurende éénzelfde en langdurige periode heeft plaatsgevonden, regelmatig ook dezelfde fysieke personen betrokken[491]*. De uitwisseling had bovendien betrekking op dezelfde producten (sigaretten), hetzelfde geografische gebied (België) en was gelijksoortig van aard (toekomstige prijzen).*

553. PMB, ITB, BAT en JTI waren ieder voor zich, met wisselende intensiteit, betrokken bij de verschillende facetten van de indirecte uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen. Hieruit blijkt dat zij met hun eigen gedrag hebben willen bijdragen aan het gemeenschappelijke doel, namelijk het wegnemen, althans wezenlijk verminderen van de onzekerheid over elkaars toekomstig prijsgedrag.

554. Al deze factoren leiden tot de conclusie dat er sprake was van een gemeenschappelijk gedragspatroon van de vier fabrikanten en een systeem van informatie-uitwisseling waarvan de betrokken ondernemingen volgens hun behoeften gebruik konden maken en dat één enkele inbreuk aantoont.

555. De mededingingsbeperkende praktijken vormden onderdeel van dezelfde inbreuk en het zou dan ook kunstmatig zijn om een dergelijk algemeen en voortdurend gedrag dan wel een reeks van gedragingen die gekenmerkt werden door één enkel doel, op te splitsen, door deze als een reeks afzonderlijke inbreuken te beschouwen, hoewel zij één enkele inbreuk met slechts één economisch doel inhielden.

556. Tenslotte werd hierboven (zie IV.1.2.a) reeds aangetoond dat iedere betrokken fabrikant zich ervan bewust was dat de informatie over de eigen prijzen door de groothandelaar zou worden doorgezonden aan de andere betrokken fabrikanten. Iedere fabrikant kon dus redelijkerwijze voorzien dat zijn groothandelaar de prijslijsten zou delen met de andere fabrikanten en was bereid het risico ervan te aanvaarden.

557. De hierboven beschreven en gekwalificeerde restrictieve mededingingspraktijken maken dan ook deel uit van één enkele voortdurende mededingingsrechtelijke inbreuk op de artikelen IV.1, §1 WER en 101, lid 1 VWEU.

V.1.5 Merkbare beïnvloeding van de mededinging op de Belgische markt en effect op de handel tussen lidstaten

V.1.5.a Principes

558. Artikel IV.1 WER verbiedt overeenkomsten of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt beperkt.

559. Artikel 101, lid 1 VWEU daarentegen is enkel toepasselijk op overeenkomsten of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen die eveneens de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.[492]

---

491 [VERTROUWELIJK] (PMB), [VERTROUWELIJK] (BAT), [VERTROUWELIJK] (ITB) en [VERTROUWELIJK] (JTI).

492 Arrest van het Hof van Justitie van 25 november 1971, zaak C-22-71 *Béguelin Import Co. tegen S.A.G.L. Import Export*, rn. 16.

560. Volgens vaststaande rechtspraak kunnen mededingingsbeperkende overeenkomsten en onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen Lidstaten ongunstig beïnvloeden wanneer de objectieve bestanddelen feitelijk en rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten dat zij een directe of indirecte, actuele of potentiële invloed kunnen uitoefenen op de goederenstromen tussen Lidstaten.[493]

561. Artikel 101, lid 1 VWEU vereist niet dat het bewijs wordt geleverd dat de overeenkomst of onderlinge afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen Lidstaten daadwerkelijk beïnvloedt of heeft beïnvloed. Het is voldoende dat de overeenkomst of gedraging een dergelijk effect kan hebben.[494]

562. De handel tussen Lidstaten kan daarenboven worden beïnvloed in de gevallen waarin de relevante markt nationaal of sub-nationaal is.[495] *Uit vaststaande rechtspraak volgt dat overeenkomsten die het gehele grondgebied van een Lidstaat bestrijken, naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.*[496]

563. Tenslotte dient de beïnvloeding van de handel tussen Lidstaten merkbaar te zijn, in die zin dat zij niet onbeduidend mag zijn.[497]

V.1.5.b Toepassing op de zaak

564. De betrokken gedragingen van PMB, ITB, BAT en JTI hebben betrekking op het gehele grondgebied van België. Dergelijke praktijken beïnvloeden normaal gesproken de handel tussen Lidstaten. Bijgevolg besluit de auditeur dat de weerhouden praktijken de handel tussen Lidstaten merkbaar kunnen beïnvloeden.

565. Daar de overeenkomst het volledige Belgische grondgebied bestrijkt, beperkt de overeenkomst ook op merkbare wijze de mededinging op de Belgische markt in de zin van artikel IV.1 WER.

V.1.6. Niet-toepasbaarheid van de artikelen IV.1, §3 WER en 101, lid 3 VWEU

566. De bepalingen van artikel IV.1, §1 WER en 101, lid 1 VWEU zijn krachtens artikelen IV.1, §3 WER en 101, lid 3 VWEU niet van toepassing op een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging die bijdraagt tot de verbetering van de productie of van de verdeling of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken

---

493 Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1985, *Remia*, zaak C-42/84, rn. 22, arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 1981, *Züchner*, zaak C-172/80, rn. 18, arrest van het Hof van Justitie van 14 december 1983, *Kerpen & Kerpen*, zaak C-319/82, arrest van het Hof van Justitie van 10 december 1985, *Stichting Sigarettenindustrie,* gev. zaken 240/82 e.a., rn. 48 en arrest van het Gerecht van 15 maart 2000, *Cimenteries CBR*, gev. zaken T-25/95 ea, rn. 3930.

494 Arrest van het Gerecht van 7 oktober 1999, *Irish Sugar t. Commissie*, zaak T-228/97, rn. 170 en arrest van het Hof van Justitie van 1 februari 1978, *Miller*, zaak C-19/77, rn. 15.

495 Richtsnoeren van de Commissie van 27 april 2004 betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb C* 101/81, rn. 22.

496 Arrest van het Hof van Justitie van 19 februari 2002, *Wouters*, zaak C-309/99, rn. 95.

497 *Ib*., rns. 44 e.v.

van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de mogelijkheid te geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

567. De betrokken gedragingen van de vier fabrikanten PMB, ITB, JTI en BAT die het voorwerp vormen van deze mededeling van grieven, vormen een ernstige beperking van de mededinging.

568. De auditeur beschikt over geen enkel element dat tot de conclusie kan leiden dat wat betreft de vastgestelde mededingingsinbreuk, voldaan zou zijn aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling op grond van de artikelen IV.1, §3 WER en/of 101, lid 3 VWEU. De auditeur ziet met name geen efficiëntieverbeteringen.

569. De auditeur besluit bijgevolg dat in onderhavige zaak niet is voldaan aan de voorwaarden van de artikelen IV.1, §3 WER en 101, lid 3 VWEU.

V.2 Antwoord van de partijen op de Mededeling van Grieven

V.2.1 De auditeur heeft de verkeerde bewijsstandaard toegepast om het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging aan te tonen

570. Op de eerste plaats voeren ITB, BAT en JTI aan dat de auditeur de vermeende lagere bewijsstandaard voor directe contacten tussen concurrenten ten onrechte toepast op de indirecte informatie-uitwisseling via afnemers. Het zou enkel bij directe contacten zijn waarbij concurrentiegevoelige informatie wordt gedeeld tussen ondernemingen, dat een weerlegbaar vermoeden van bewustzijn van de betrokken ondernemingen bestaat om de onderlinge concurrentie te vervangen door feitelijke samenwerking, en dat deze ondernemingen bij niet-distantiëring van de ontvangst van de concurrentiegevoelige informatie moeten worden geacht de informatie stilzwijgend te hebben aanvaard (wederkerigheid) en dus deel te hebben genomen aan een onderling afgestemde feitelijk gedraging.

571. Bij indirecte contacten, bijvoorbeeld uitwisseling van informatie via verticale communicatie met een derde (afnemer), zou daarentegen een hogere bewijsstandaard gelden en geen vermoeden van bewustzijn van afstemming (consensus) bestaan wanneer de ontvanger van de uitgewisselde informatie zich niet uitdrukkelijk tegen ontvangst ervan heeft verzet; uit de afwezigheid van verzet zou geen stilzwijgende goedkeuring kunnen worden afgeleid.[498] De auditeur zou deze hogere bewijsstandaard niet hebben nageleefd. Ook PMB voert aan dat de afwezigheid van rechtstreeks contact cruciale implicaties heeft voor het benodigde bewijs van de voor afstemming vereiste wederkerigheid in deze zaak. De bewijslast zou dan behoorlijk hoger liggen en het feitenpatroon zou zorgvuldig moeten onderzocht worden om na te gaan of voldaan is aan de vereiste van "consensus" tussen concurrenten om samen te werken. De auditeur zou zich niet van deze bewijslast hebben gekweten.[499]

572. In ieder geval zou de auditeur zich enkel op de rechtspraak over de stilzwijgende goedkeuring kunnen beroepen wanneer het mededingingsverstorende karakter van de gedragingen vaststaat.[500]

---

498 Antwoord JTI, rns. 168-171 en 183; Antwoord ITB, rns. 634-636 en 640; Antwoord BAT, rns. 152 en 172-173.

499 Antwoord PMB, rns. 56 en 67.

500 Antwoord JTI, rn. 206; Antwoord ITB, rns. 641 en 680; Antwoord PMB, rn. 54.

573. Op de tweede plaats voeren de partijen aan dat de auditeur minstens de strenge bewijsstandaard die ontwikkeld werd in de Engelse rechtspraak over hub and spoke kartels had moeten toepassen. Volgens deze rechtspraak kan de indirecte uitwisseling van informatie via een "hub" enkel leiden tot afstemming als tussen de verzender van informatie (hub) en de ontvanger van informatie (spoke) een mededingingsbeperkend "bewustzijn" of "gemoedstoestand" (mental state) kan worden aangetoond.[501] *Deze "intentie" en "bewustzijn" zouden verder gaan dan de minder strikte norm volgens welke de betrokken ondernemingen "redelijkerwijze konden voorzien" dat informatie zou worden gedeeld. De auditeur had het bewijs moeten leveren dat de fabrikanten de "intentie" hadden dat hun afnemers de informatie zullen gebruiken om de marktcondities te beïnvloeden door de informatie door te sturen naar de andere fabrikanten. Redelijke voorspelbaarheid volstaat niet; aangetoond moet worden dat de fabrikant daadwerkelijk ervan op de hoogte was dat de afnemers de informatie zouden gebruiken om de marktcondities te beïnvloeden.*[502]

574. Op de derde plaats, tot slot, stellen een aantal partijen dat de zgn. Anic-presumptie enkel van toepassing is op horizontale contacten met een duidelijk mededingingsbeperkend doel (strekking), en bij de uitwisseling van informatie tussen concurrenten dus redelijkerwijze mag worden aangenomen dat de uitgewisselde informatie zal worden gebruikt in het latere marktgedrag[503]*; de presumptie is echter niet van toepassing, zoals hier, op de verticale, unilaterale communicatie van prijzen aan afnemers, waarvoor niet is aangetoond dat de informatieverstrekking tot doel had de mededinging te beperken.*[504] *De fabrikanten zouden geldige commerciële redenen hebben gehad om prijslijsten vooraf aan afnemers mee te delen en om hun commerciële voorwaarden met hun afnemers te bespreken, waarbij afnemers soms aangaven wat de voorwaarden van andere leveranciers waren – dit zou normaal marktgedrag zijn.*[505] *Een andere partij stelt dat de Anic-presumptie uitsluitend toepasselijk is in zaken waarin concurrenten direct informatie uitwisselen, hetgeen logisch is omdat de presumptie stoelt op wederkerigheid die het gevolg is van rechtstreekse uitwisseling en het uitblijven van distantiëring. Wanneer een afnemer informatie doorgeeft mag niet verondersteld worden dat de enkele ontvangst van deze informatie invloed zal hebben op het marktgedrag van de ontvanger.*[506]

V.2.2 De auditeur heeft het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet aangetoond

575.De partijen stellen dat de auditeur het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de vier fabrikanten via de groothandelaren niet heeft aangetoond. Daartoe voeren zij volgende argumenten aan.

576. Ten eerste betogen zij dat er geen sprake was van een jarenlange vaste praktijk van uitwisseling van prijsinformatie tussen de fabrikanten via de groothandelaren, maar enkel van

501 Antwoord ITB, rns. 643-647; Antwoord BAT, rns. 180-183; JTI, rns. 186-191, die daarvoor in rns. 192-193 eveneens verwijst naar de beslissing van de BMA Nr. ABC-2015-I/O-19-AUD, in zaak CONC-I/O-06/0038 – *Hausses coordonnées des prix de vente de produits de parfumerie, d'hygiène et de droguerie*.

502 Zie bvb. Antwoord BAT, rns. 184 en 185; antwoord PMB, rn. 59, voetnoot 122, rn. 64 (en voetnoot 134) en rns. 93-94.

503 Antwoord ITB, rn. 688; Antwoord BAT, nrs. 194-199; Antwoord PMB, rn. 125.

504 Antwoord BAT, rns. 194-199.

505 Antwoord PMB, rn. 126

506 Antwoord JTI, rn. 220.

het sporadisch doorzenden door groothandelaren op eigen initiatief van prijsinformatie aan concurrerende fabrikanten.[507]

577. Ten tweede stellen zij dat er geen afstemming was tussen fabrikanten over het verzenden van prijslijsten aan de groothandelaren. De communicatie door fabrikanten van hun prijslijsten aan groothandelaren ruimschoots vóór de inwerkintreding ervan gebeurde om geldige logistieke en commerciële redenen ter wille van deze groothandelaren. De fabrikanten waren genoodzaakt hun prijslijsten geruime tijd op voorhand mee te delen aan de groothandelaren.[508] *De verzending van de prijslijsten, die definitief zijn, zou niet gebeurd zijn om een "reactie" uit te lokken van concurrenten*[509] *en een dergelijke reactie zou ook niet zijn ontvangen.*[510]

578. Ten derde stellen zij dat er evenmin afstemming bestond tussen de vier fabrikanten over het doorzenden door groothandelaren van hun prijslijsten aan elkaar. De vier fabrikanten richtten, en dan nog maar sporadisch, hun prijslijsten duidelijk aan de groothandelaren en zouden geenszins de bedoeling of de intentie hebben gehad, en evenmin verwacht hebben, dat de groothandelaren hun prijslijsten aan elkaar doorstuurden met het oog op afstemmen van prijzen.[511] *De groothandelaren hadden legitieme commerciële, unilaterale redenen om de prijslijsten die zij ontvingen van fabrikanten, door te zenden aan een concurrerende fabrikant, nl. om druk te zetten in het kader van prijsonderhandelingen.*[512] *De fabrikanten zouden ook niet zelf hebben gevraagd dat de groothandelaren hun prijslijsten - met het oog op prijscoördinatie met concurrenten*[513] *- doorzonden aan een andere fabrikant en zij zouden dat evenmin verwacht hebben.*[514] *De fabrikanten wisten niet en konden ook niet weten wanneer en aan wie hun prijslijsten werden doorgegeven.*[515]

579. Uit het feit dat een fabrikant sporadisch prijslijsten van een andere fabrikant doorgestuurd kreeg, mag volgens de partijen niet worden afgeleid dat die fabrikant had moeten weten of redelijkerwijs had moeten voorzien dat de eigen prijsinformatie aan de betrokken concurrerende fabrikanten zou worden doorgestuurd.[516]

580. Volgens partijen kan uit het feit dat de groothandelaren de prijslijsten "nagenoeg automatisch" en "zonder nadere uitleg of motivering" doorstuurden aan concurrerende fabrikanten, ook niet worden afgeleid dat de ontvangende fabrikanten bewust betrokken waren bij de afstemming over prijzen. De ontvangende fabrikanten moesten zich immers geen vragen stellen bij het ontvangen van informatie die ondertussen breed verspreid was in de markt en dus niet langer vertrouwelijk was.[517] *Daarenboven is het volgens de partijen niet uitgesloten dat dergelijke doorzending van prijslijsten onderdeel vormde van een bredere*

---

507 Antwoord ITB, rns. 662-673; Antwoord BAT, rns. 90-104, en 171; Antwoord JTI, rn. 14 en 73-120; Antwoord PMB, rns. 10 en 99-104.
508 Antwoord PMB, rns. 10 en 78; Antwoord BAT, rn. 168, i.; Antwoord JTI, rns. 9 en 214.
509 Antwoord PMB, rns. 10 en 83 e.v.
510 Antwoord JTI, rn. 11.
511 Antwoord ITB, rns. 651 en 652; Antwoord PMB, rns. 10 en 87.
512 Antwoord ITB, rn. 168, 174 en 684; Antwoord BAT, rns. 71-83 en 168, ii.; Antwoord JTI, rn. 12; Antwoord PMB, rns. 4, 10 en 105-113.
513 Antwoord BAT, rn. 170.
514 Antwoord ITB, rns. 653 en 654; Antwoord PMB, rns. 10 en 87 e.v.
515 Antwoord PMB, rns. 10 en 90 e.v.
516 Antwoord ITB, rn. 674.
517 Antwoord ITB, rn. 683.

onderhandelingscontext waarbinnen groothandelaren wel degelijk toelichting gaven, bijvoorbeeld in telefoongesprekken. Verklaringen van groothandelaren zouden daarenboven bevestigen dat de doorzending van prijslijsten plaatsvond in het kader van margeonderhandelingen.[518]

581. Ten vierde stellen zij, wat ontvangst van prijslijsten betreft, dat een ontvangende fabrikant geen enkele reden had om te vermoeden dat een groothandelaar prijslijsten doorzond met kennis of instemming, of op verzoek van de andere drie fabrikanten van wie de prijslijsten afkomstig zijn.[519] *Uit het intern emailverkeer zou geenszins volgen dat de ontvangende fabrikanten de prijsinformatie verwachtten of opvatten als bedoeld om tot afstemming te komen. Integendeel, de fabrikanten gebruikten deze informatie om te evalueren of de eigen prijsstelling nog voldoende competitief was.*[520] *De groothandelaren hadden hun eigen legitieme unilaterale commerciële belangen om prijslijsten door te zenden (margeonderhandelingen). Uit het feit dat een fabrikant één enkele keer de prijslijsten opvraagt bij een groothandelaar, zou niet het bewijs volgen van onderlinge afstemming tussen de vier fabrikanten.*[521]

582. In deze omstandigheden was de ontvangende fabrikant niet verplicht afstand te nemen van door de groothandelaren aangeboden prijslijsten. [522] *Deze fabrikant had trouwens goede redenen om deze informatie te accepteren in zijn zakelijke relatie met de groothandelaar.*[523] *Het zou in dit verband niet mogelijk geweest zijn voor een fabrikant om afstand te nemen van de verkregen informatie, aangezien onder commerciële druk van groothandelaren zij deze wel in aanmerking moeten nemen voor het beoordelen van de eigen concurrentiele positie.*[524]

583. Ten vijfde zou er voor de fabrikanten geen verplichting bestaan om maatregelen te nemen ten einde de verspreiding door de groothandelaren van hun prijslijsten in te perken en konden zij trouwens dergelijke maatregelen niet nemen.[525] *In ieder geval stelt bijvoorbeeld PMB dat haar communicatie met afnemers tijdens de inbreukperiode wel degelijk duidelijk maakte dat haar prijslijsten een vertrouwelijk karakter hadden (confidentiality disclaimer in prijslijst).*[526]

V.2.3 De auditeur heeft niet aangetoond dat de onderzochte gedragingen een mededingingsbeperking naar strekking vormen

584. De partijen beweren dat de onderzochte gedragingen geen mededingingsbeperking naar strekking vormen.

585. Ten eerste zouden de gedragingen vastgestelde, definitieve en bindende prijzen betreffen die op het moment van hun doorzending door de groothandelaren reeds algemeen bekend waren op de markt. Bijgevolg kon de doorzending van de prijslijsten aan concurrerende

518 Antwoord PMB, rn. 95, blz. 74-75.
519 Antwoord BAT, rn. 168, Antwoord PMB, rns. 10 en 75.
520 Antwoord ITB, rns. 655-657.
521 Antwoord BAT, rn. 168, ii.
522 Antwoord PMB, rn. 10; Antwoord BAT, rn. 175; Antwoord JTI, rn. 183.
523 Antwoord PMB, rn. 10; Antwoord BAT, rn. 175.
524 Antwoord JTI, rn. 184.
525 Antwoord ITB, rn. 678; Antwoord PMB, rns. 6 en 75.
526 Antwoord PMB, rn. 76.

fabrikanten de onzekerheid op de markt niet wezenlijk verminderen,[527] vermits de sigarettenmarkt reeds transparant was.[528] Hoogstens was het enige mogelijke effect dat het concurrentieproces enigszins werd "versneld", in plaats van beperkt, waarbij mogelijks verhoogde transparantie plaatsvond nadat de groothandelaren en bijgevolg de hele markt de prijzen al hadden ontvangen.[529] Enkel de uitwisseling van informatie die betrekking heeft op toekomstige en voorgenomen prijzen, vermindert de onzekerheid over voorgenomen prijsgedrag en vormt een doelbeperking; dat is niet het geval wanneer, zoals in de huidige zaak, de prijzen reeds zijn gecommuniceerd naar afnemers in de vorm van prijslijsten op basis waarvan producten kunnen worden besteld.[530] Dergelijke vastgestelde nieuwe prijzen zouden fundamenteel afwijken van signalling zaken waarin publieke uitlatingen werden gedaan terwijl de interne besluitvorming over de prijsaanpassing nog niet was afgerond en vastgesteld.[531]

586. Ten tweede zou er geen voldoende ervaring zijn om de onderzochte gedragingen als voldoende schadelijk voor de mededinging te beschouwen. Allereerst zou de BMA zich beroepen op rechtspraak die betrekking heeft op de rechtstreekse uitwisseling van (toekomstige voorgenomen) prijzen tussen concurrenten, terwijl de onderhavige zaak ziet op indirecte uitwisseling van informatie via legitieme verticale communicatiekanalen tussen fabrikant en afnemer,[532] met legitieme redenen, voor de fabrikant, om prijsinformatie te verstrekken aan zijn afnemers en, voor deze afnemers, om deze informatie aan concurrerende fabrikanten door te geven.[533] Vervolgens zou er geen enkel precedent bestaan van een mededingingsautoriteit die zich heeft uitgesproken over het sporadisch doorsturen van ontvangen prijsinformatie door klanten. Integendeel, de horizontale richtsnoeren van de Europese Commissie maken duidelijk dat zelfs rechtstreekse uitwisselingen van toekomstige prijzen die reeds zijn vastgesteld en aan de klanten zijn bekendgemaakt niet "naar hun strekking " mededingingsbeperkend zijn.[534] Tot slot is er geen economische basis voor het weerhouden van een doelbeperking gebaseerd op de stelling dat zonder de onderzochte gedragingen de vier fabrikanten de prijzen van de concurrenten "iets eerder" kenden en dus een "snellere reactie" van de concurrenten mogelijk werd, waardoor de strategische onzekerheid op de markt kon verminderd worden. Iedere analyse of de situatie "bij normale prijstransparantie" op deze markt (counterfactual) er anders zou hebben uitgezien, ontbreekt; uit een door RBB Economics opgestelde economische analyse blijkt integendeel dat het belangrijkste economische bezwaar tegen informatie-uitwisseling niet de toegenomen transparantie of de verminderde onzekerheid is maar het risico van expliciete of stilzwijgende collusie; de onderzochte gedragingen zijn niet inherent concurrentiebeperkend.[535]

---

527 Antwoord ITB, rns. 715-718 en 725-731; Antwoord PMB, rns. 139-141; Antwoord JTI, rn. 258, iii) en iv).

528 Antwoord PMB, rn. 142

529 Antwoord ITB, rn. 719.

530 Antwoord JTI, rns. 235-242 en 243, iv.

531 Antwoord BAT, rns. 228 en 230.

532 Antwoord ITB, rns. 735-740; Antwoord BAT, rns. 205 en 214-217, Antwoord JTI, rns. 252-255; Antwoord PMB, rn. 137.

533 Antwoord BAT, rns. 234-238.

534 Antwoord ITB, rns. 741-744.

535 Antwoord ITB, rns. 745, 749, 752-754.

587. Ten derde stellen partijen dat de juridische en economische context geen steun biedt voor de kwalificatie van de onderzochte gedragingen als een beperking naar strekking. Er zou sprake zijn van wezenlijke wijzigingen in het marktaandeel van de partijen[536] en van een hevige en agressieve concurrentie op de sigarettenmarkt door middel van pro-concurrentiële initiatieven, met name productlanceringen, prijsverlagingen en verpakkingswijzigingen.[537]

V.2.4 De auditeur heeft geen enkele en voortdurende inbreuk aangetoond

588. Partijen voeren aan dat niet werd aangetoond dat er sprake is van één enkele voortdurende inbreuk.

589. Op de eerste plaats voeren zij aan dat er geen sprake was van een gemeenschappelijk doel of een "totaalplan". Daarvoor halen zij onder meer volgende argumenten aan.[538]

590. De BMA beschikt niet over enig rechtstreeks of onrechtstreeks bewijs van een dergelijk plan.[539] Om het bestaan van een gemeenschappelijk doel te bewijzen, had de BMA moeten steunen op "objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen waaruit blijkt dat sprake is van een totaalplan". De bilaterale contacten tussen de fabrikanten en hun eigen afnemers zijn legitiem en kunnen niet worden gekwalificeerd als samenwerking met concurrenten of een eerste stap in een gemeenschappelijk plan tot uitwisseling.[540]

591. Er wordt door de partijen betwist dat de uitwisseling van informatie wordt gekenmerkt door een gemeenschappelijk en gelijkvormig patroon dat zich gedurende de gehele inbreukperiode bij herhaling heeft gemanifesteerd. De partijen halen hierbij volgende argumenten aan.

592. Ten eerste is de vermeende uitwisseling van informatie enkel het resultaat van een legitieme, unilaterale verticale communicatie tussen fabrikant en afnemers en niet van een gemeenschappelijk doel.[541] Fabrikanten hadden legitieme en dwingende redenen om hun onafhankelijk vastgestelde prijzen vooraf aan afnemers mee te delen. Het delen van nieuwe vastgestelde prijzen was commercieel noodzakelijk voor de bedrijfsactiviteiten van de afnemers.[542]

593. Het bestaan van een gemeenschappelijk doel wordt weersproken door verschillende bewijsstukken. Er wordt gewezen op het feit dat ook prijsverlagingen en prijslijsten van nieuwe producten werden verstuurd en doorgestuurd. Bovendien werd een aanzienlijk deel van de prijslijsten niet doorgestuurd en het doorsturen en ontvangen van prijslijsten gebeurde onregelmatig en ongestructureerd. De informatiestroom was allesbehalve voortdurend en algemeen maar juist zeer sporadisch.[543]

536 Antwoord ITB, rn. 759.
537 Antwoord ITB, rn. 760; Antwoord BAT, rns. 52-57 en 239; Antwoord JTI, rn. 258, ii).
538 Antwoord BAT, rns. 249-258; antwoord JTI, rns. 266-275; antwoord PMB, rns. 148-157; antwoord IBT, rns. 786-795.
539 Antwoord ITB, rn. 789.
540 Antwoord PMB, rn. 150; antwoord ITB, rn. 792.
541 Antwoord PMB, rn. 153; antwoord JTI rn. 267; antwoord BAT, rn. 255; antwoord ITB, rn. 794.
542 Antwoord JTI, rn. 267; antwoord BAT, rns. 54 en 257
543 Antwoord JTI, rns. 271-275.

594.JTI wijst erop dat zij slechts vier prijslijsten heeft verstuurd, in totaal allemaal in het laatste jaar van de inbreuk. In totaal zijn er zes ontvangstmomenten, verspreid over vier jaar en over drie fabrikanten.[544]

595. Het uitwisselen van prijsinformatie gebeurde telkens door de afnemers en niet door de fabrikanten. Bovendien stuurden de afnemers de prijslijsten volledig ad hoc in verband met prijsnegotiaties.[545] *Slechts sommige en afwisselende afnemers stuurden van tijd tot tijd aan sommige, maar zelden alle fabrikanten, de prijzen door. Fabrikanten ontvingen bijgevolg slechts sporadisch en op onregelmatige wijze informatie over de toekomstige prijzen van concurrenten. In afwezigheid van een regelmatige indirecte uitwisseling van informatie kan er geen sprake zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging noch a fortiori van een "systeem van informatie-uitwisseling".*[546] *Dit is evenmin voldoende om het bestaan vast te stellen van één enkele voortdurende inbreuk tussen de fabrikanten, met het oog op de uitwisseling van strategische informatie.*[547]

596. Verder stellen partijen dat de afnemers niet werden verzocht om de prijsaankondigingen door te geven en fabrikanten verwachtten dat evenmin. Zij waren zich dan ook niet "welbewust" - noch had het "welbewust" moeten zijn - of, wanneer en aan wie enige specifieke prijsaankondiging effectief werd doorgegeven.

597. Tot slot stellen de partijen dat zij niet de verplichting hadden om zich te verzetten of te distantiëren van de ontvangst van prijsaankondigingen via afnemers. Dergelijke verplichting zou immers slechts ontstaan in hoofde van een fabrikant indien zij, zonder verzet of distantiëring, geacht zou kunnen worden een uitdrukkelijke of stilzwijgende consensus te hebben bereikt met concurrenten om de mededinging te verstoren.[548]

598. Op de tweede plaats voeren partijen aan dat zij, ieder voor zich, niet hebben bijgedragen aan een gemeenschappelijk doel.[549]

599. PMB merkt op slechts incidenteel prijsinformatie van concurrenten te hebben ontvangen, wanneer afnemers om hun eigen redenen unilateraal besloten deze door te geven. De sporadische ontvangst van prijsaankondigingen was volledig legitiem. PMB was ook niet verplicht om zich van de ontvangst van dergelijke informatie te distantiëren, noch zich te onthouden van het intern rapporteren en circuleren daarvan.[550]

600. ITB en BAT geven aan dat wordt voorbijgegaan aan de voor de hand liggende alternatieve verklaring dat het gedrag en de bedoeling van de fabrikanten bij het verzenden van de prijslijsten gericht was op het legitieme doel en de legitieme noodzaak om haar klanten te informeren over prijswijzigingen.[551]

601. ITB verwijst ook naar het feit dat zij dergelijke communicaties per gewone post verstuurde, wat een extra drempel vormde voor de groothandel om deze prijsinformatie verder

544 Antwoord JTI, rn. 275.
545 Antwoord JTI, rn. 268.
546 Antwoord PMB, rn. 153.
547 Antwoord ITB, rn. 793.
548 Antwoord PMB, rn. 153.
549 Antwoord BAT, rn. 259-262 ; antwoord JTI, rn. 276-279; antwoord PMB, rn. 158-160; antwoord IBT, rns. 796-800.
550 Antwoord PMB, rn. 159.
551 Antwoord ITB, rn. 797; antwoord BAT, rn. 259.

door te sturen. Dit gedrag strookt alles behalve met de wens "bij te dragen" tot een gemeenschappelijk plan.[552]

602. Uit het dossier blijkt volgens JTI niet dat zij haar afnemers direct of indirect heeft verzocht de prijslijsten aan haar concurrenten door te sturen, hetgeen een logische en wenselijke bijdrage zou geweest zijn om het gestelde 'totaalplan' te bereiken. JTI heeft evenmin de ontvangen informatie betrokken bij haar prijsbeslissing en bij het bepalen van haar strategisch beleid. Zij voegt er ook aan toe dat zij nooit de reactie van andere fabrikanten heeft opgevraagd bij de groothandelaar (of bij de fabrikanten zelf) bij het uitblijven van een reactie op haar prijslijsten.

603. Ook BAT wijst op het feit dat zij lang niet altijd prijslijsten van haar afnemers ontving en dat hieruit volgt dat niet kan worden gesteld dat BAT die informatie 'verwachtte'.[553]

604. Op de derde plaats konden partijen het gedrag van hun concurrenten redelijkerwijs niet voorzien.[554]

605. Een gemeenschappelijk doel kan niet worden gestaafd zonder bewijs dat de betrokken ondernemingen "de algemene strekking en de wezenlijke kenmerken van het gehele kartel kennen". Er moet worden bewezen dat de onderneming "op de hoogte was of noodzakelijkerwijs moest zijn van de fundamentele werkwijze van het kartel" zodanig dat ze een "aanwijzing over de aard en strekking" van het kartel had. Dit werd niet aangetoond door het Auditoraat.[555]

606. Volgens partijen kan de BMA niet veronderstellen dat elke fabrikant op basis van onregelmatige ontvangst van prijsinformatie wist of had moeten weten dat zijn prijslijsten zouden worden doorgestuurd met een mededingingsbeperkend doel.[556]

607. PMB stelt dat zij geen prijsaankondigingen via afnemers verwachtte te ontvangen, zij was hier niet actief naar op zoek, noch verzocht zij hierom. Het was voor PMB niet mogelijk om de verdere verspreiding van haar aankondigingen te controleren zodra deze bilateraal aan afnemers waren medegedeeld. Daarnaast had PMB, gelet op de onvoorspelbare aard van de vrijwillige bekendmaking van prijsaankondigingen door afnemers aan haarzelf, geen reden om te vermoeden dat haar eigen prijsaankondigingen systematisch zouden worden bekendgemaakt aan concurrenten.

608. Het Auditoraat heeft niet aangetoond dat JTI de inbreukmakende gedragingen die de andere fabrikanten met het oog op het gestelde 'totaalplan" mogelijk planden of verrichtten, kende of redelijkerwijs kon voorzien.[557] *Vooropgesteld wordt dat voor JTI de desbetreffende consumentenprijzen voor haar al vaststonden en dat zij verder geen controle had over de unilaterale acties van haar afnemers. Daarnaast blijkt uit geen enkel dossierstuk dat JTI haar prijzen heeft gewijzigd of ingetrokken op basis van de ontvangen informatie. Hierdoor was het voor haar niet voorzienbaar dat andere fabrikanten dit wel zouden doen. Verder merkt JTI op*

552 Antwoord ITB, rn. 799.
553 Antwoord BAT, rn. 261.
554 Antwoord BAT, rns. 263-267; antwoord JTI, rns. 280-285; antwoord PMB, rns. 161-163; antwoord ITB, rns. 801-805.
555 Antwoord PMB, rn. 162; antwoord JTI, rn. 281; antwoord BAT, rn. 264.
556 Antwoord ITB, rn. 803; antwoord BAT, rns. 265-266.
557 Antwoord JTI, rn. 281.

dat de mededingingsrechtelijke vereiste van 'verzet' of 'afstand doen' niet van toepassing is en niet bruikbaar is bij unilateraal verticaal gedrag.

V.3 Analyse van de auditeur

V.3.1 De auditeur heeft voldaan aan de algemene bewijslast voor het aantonen van een inbreuk op het kartelverbod

609. De partijen verwijzen in hun antwoorden naar de algemene beginselen inzake de bewijslast die rust op de auditeur en de BMA om het bestaan van een inbreuk op het kartelverbod aan te tonen.[558]

610. De auditeur merkt dienaangaande op dat de mededingingsautoriteit de bewijslast draagt voor het aantonen van de mededingingsinbreuk. Aldus moet de BMA, om het bestaan van de inbreuk aan te tonen, nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen aandragen dat de gestelde inbreuken beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU vormen.[559]

611. Het is echter ook vaste rechtspraak dat niet elk van de door de mededingingsautoriteit aangevoerde bewijzen noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de inbreuk aan deze criteria hoeft te voldoen. Het is voldoende dat de door deze autoriteit aangevoerde verzameling aanwijzingen, in haar geheel beschouwd, aan deze vereiste voldoet.[560]

612. De aanwijzingen die een mededingingsautoriteit aanvoert om schending van artikel 101, lid 1, VWEU door een onderneming te bewijzen, dienen niet afzonderlijk maar in hun geheel te worden bezien.[561]

613. Zoals het Hof van Justitie reeds in andere zaken heeft opgemerkt, is het immers gebruikelijk dat de activiteiten die met mededingingsverstorende gedragingen en overeenkomsten verband houden, clandestien worden verricht, dat de bijeenkomsten in het geheim worden gehouden en dat de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt. Zelfs wanneer een mededingingsautoriteit stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zijn die dus doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst dus worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.[562]

614. Wanneer het een inbreuk betreft die zich over verschillende jaren uitstrekt, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het feit dat er geen rechtstreeks bewijs is dat een onderneming

---

558 Antwoord ITB, rn. 628; Antwoord BAT, rns. 149-151; Antwoord PMB, rn. 46.

559 Zie bvb. arrest van het Gerecht van 12 april 2013, *CISAC/Commission*, T-442/08, rn. 96 en aangehaalde rechtspraak.

560 Arrest van het Hof van 15 oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jur. blz. I-8375, rns. 513-523.

561 Arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 2008, *BPB/Commissie*, T-53/03, Jur. blz. II-1333, rn. 185 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest van 12 december 2014, *Eni/Commission*, T-558/08, rn. 35.

562 Arrest van het Hof van Justitie van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, rns. 55-57; Arrest van het Hof van Justitie van 25 januari 2007, *Sumitomo Metal Industries* en *Nippon Steel/Commissie*, C-403/04 P en C-405/04 P, rn. 51.

gedurende een bepaald tijdvak heeft deelgenomen aan deze inbreuk, er niet aan in de weg staat dat die deelname ook voor dit tijdvak wordt vastgesteld, mits deze vaststelling op objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen berust.[563]

615. Volgens vaste rechtspraak moet het bewijs van een inbreuk op de mededingingsregels worden geleverd door de partij of de autoriteit die de inbreuk aanvoert, en moet de onderneming of de ondernemersvereniging die verweer voert tegen een vastgestelde inbreuk, het bewijs leveren dat aan de voorwaarden is voldaan om dat verweer te laten gelden, zodat die autoriteit andere bewijzen moet aanvoeren.[564]

616. Zelfs indien de bewijslast volgens die beginselen rust op de mededingingsautoriteit of de betrokken onderneming of vereniging, kunnen de door een partij aangevoerde feiten van dien aard zijn dat zij de andere partij verplichten een verklaring of rechtvaardiging te geven, bij ontbreken waarvan mag worden geconcludeerd dat aan de regels inzake de bewijslast is voldaan.[565]

617. Evenzo, wanneer een mededingingsautoriteit zich baseert op bewijs dat in beginsel toereikend is om het bestaan van de inbreuk aan te tonen, kan de enkele verwijzing door de betrokken onderneming naar het mogelijkerwijs voorvallen van een omstandigheid die de bewijskracht van dit bewijs kan aantasten, niet ertoe leiden dat deze autoriteit het tegenbewijs moet leveren dat deze omstandigheid de bewijskracht van dat bewijs niet kon aantasten. De betrokken onderneming moet integendeel rechtens genoegzaam bewijzen dat de door haar aangevoerde omstandigheid zich heeft voorgedaan en dat deze omstandigheid afbreuk doet aan de bewijskracht van het bewijs waarop de mededingingsautoriteit zich baseert, tenzij een dergelijk bewijs niet kan worden geleverd ten gevolge van het gedrag van deze autoriteit zelf.[566]

618. De auditeur verwijst tenslotte nog naar de feitelijke elementen eigen aan de onderhavige zaak, zoals beschreven in randnummers 439-440 die verklaren waarom er geen overvloed aan bewijsmateriaal aanwezig is in deze zaak.

V.3.2 De auditeur heeft de vereiste bewijsstandaard toegepast om het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging aan te tonen

619. De auditeur brengt vooraf in herinnering dat overeenkomstig artikel 101, lid 1 VWEU het begrip "onderling afgestemde feitelijke gedraging" behalve de afstemming tussen de betrokken ondernemingen, een daaropvolgend marktgedrag en een causaal verband tussen beide vereist.[567]

620. De auditeur gaat niet akkoord met de voorstelling van zaken door de partijen wat betreft de juridische draagwijdte van deze drie elementen.

563 Arrest van het Hof van Justitie van 17 september 2015, *Total Marketing Services/Commissie*, C-634/13, rn. 27.
564 Arrest van het Hof van Justitie van 17 juni 2010, *Lafarge/Commissie*, C-413/08, rn. 29.
565 *Ib*., rn. 30.
566 Arrest van het Hof van Justitie van 22 november 2012, *E.ON Energie/Commissie*, C-89/11 P, rn. 76.
567 Zie randnummer 484 en de aldaar aangehaalde rechtspraak, o.a. arrest *Dole Food* en *Dole Fresh Fruit Europe/Commissie*, C-286/13, rn. 126.

621. Op de eerste plaats gaat de auditeur niet akkoord met de stelling van partijen dat hij een te lage bewijsstandaard zou hebben gehanteerd om het bestaan van een onderling afgestemde gedraging vast te stellen, met name wat betreft het element afstemming.

622. Uit de rechtspraak volgt dat de vraag of sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, en dus o.m. van afstemming, afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van de zaak. Het gaat om een begrip met ruime inhoud, hetgeen alleen al blijkt uit het feit dat volgens de rechtspraak de zelfstandigheidseis vervat in artikel 101, lid 1 VWEU in de weg staat aan elk al dan niet rechtstreeks contact tussen marktdeelnemers waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent kan worden beïnvloed, hetzij deze concurrent kennis kan krijgen van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dit contact tot doel of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt.[568] *Zo heeft de rechtspraak in het verleden reeds vormen van collusie tussen concurrenten onverenigbaar met de mededingingsregels geacht wanneer de afstemming via een derde partij tot stand komt (in casu een dienstverrichter voor één van de ondernemingen of de onafhankelijke beheerder van een informatiesysteem).*[569]

623. In de onderhavige zaak hebben de vier fabrikanten gedurende verschillende jaren systematisch via hun groothandelaren informatie over toekomstige prijzen van hun concurrenten in ontvangst genomen en gebruikt voor de bepaling van het eigen prijsbeleid en hebben zij ook hun eigen prijsinformatie doorgezonden aan hun groothandelaren. Zij wisten dan ook of konden redelijkerwijs verwachten dat de eigen prijsinformatie eveneens aan hun concurrenten zou worden doorgezonden en bij hen zou terecht komen.

624. In deze omstandigheden mag de auditeur de vereiste afstemming (consensus) tussen de vier concurrenten aannemen op grond van de vaststelling dat geen van deze vier fabrikanten al die jaren ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven dat zij de informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten niet wensten te ontvangen. M.a. w., in deze bijzondere omstandigheden moeten de vier fabrikanten, bij afwezigheid van enig verzet of distantiëring, worden geacht de van elkaar ontvangen concurrentiegevoelige informatie stilzwijgend te hebben aanvaard, waardoor een consensus en dus een onderling afgestemde gedraging bestaat.[570] *Zich niet distantiëren of verzetten tegen ontvangst van de prijsinformatie in deze*

---

568 Zie arresten van het Hof van Justitie van 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie*, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jur. blz. 1663, rn. 174 en van 4 juni 2009, zaak C-199/92 P, *Hüls*, rn. 160.

569 Zie respectievelijk het arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2016, C-542/14, *SIA 'VM Remonts'*, rn. 33 en arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, C-74/14, *Eturas*, rn. 43.

570 Anders dan bvb. JTI (Antwoord rns. 207-208) aanvoert, is dit ook het standpunt van Advocaat-Generaal Szpunar in de zaak *Eturas* (C-74/14): "een onderling afgestemde gedraging berust per definitie op 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 onderling afgestemde feitelijke gedraging eigen is" (rn. 46); "In het bijzonder zou wederkerigheid ook stilzwijgende instemming moeten omvatten (rn. 47); "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 (rn. 48). 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 adressaat onder bepaalde omstandigheden bij de andere partij of partijen de indruk wekt dat de adressaat het ongeoorloofde initiatief onderschrijft en zich daarnaar zal gedragen. Om tot een bewuste deelname van de

omstandigheden komt volgens de auditeur neer op stilzwijgende goedkeuring of aanvaarding van de informatie.

625. Overigens merkt de auditeur op dat de rechtspraak met betrekking tot stilzwijgende goedkeuring wel degelijk van toepassing is aangezien de toepassingsvoorwaarde voor deze rechtspraak, nl. dat het "mededingingsverstorende karakter" van de gedraging "onomstotelijk vaststaat", vervuld is.[571] *Het is precies de stelling van de auditeur dat de vier fabrikanten, directe concurrenten, zich schuldig hebben gemaakt aan een indirecte uitwisseling van informatie over hun toekomstige prijzen, hetgeen een mededingingsbeperking uitmaakt.*

626. Op de tweede plaats wijst de auditeur erop dat de Engelse hub and spoke zaken (zoals de zaken Toys en Replica Football Kit) waarnaar partijen verwijzen, een andere feitensituatie betroffen en niet zomaar kunnen worden getransponeerd naar de onderhavige zaak met haar eigen specifieke feitelijke omstandigheden, namelijk een vaste praktijk van informatieverspreiding waarbij de vier fabrikanten systematisch via hun groothandelaren strategische prijsinformatie van elkaar in ontvangst hebben genomen en hebben gebruikt bij het bepalen van hun prijspolitiek, en zij vergelijkbare informatie ook aan hun groothandelaren verstuurden die deze informatie dan doorzonden aan deze zelfde fabrikanten.

627. In ieder geval volgt uit het onderzoek dat in een jarenlange praktijk de vier fabrikanten verzender en ontvanger van concurrentiegevoelige prijsinformatie waren, en zij derhalve wisten of redelijkerwijze konden verwachten dat, wanneer zij via hun groothandelaren niet-openbare informatie over toekomstige prijzen van concurrenten ontvingen, hun eigen prijsinformatie via deze groothandelaren bij de concurrenten terecht kon komen. Op deze wijze droegen de vier fabrikanten - via hun groothandelaren - met hun eigen marktgedrag bij aan de verwezenlijking van een mededingingsbeperkend doel, nl. de vermindering van de onzekerheid over elkaars toekomstig prijsgedrag. Daarbij volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat, om tot aansprakelijkheid te besluiten, vereist is dat de vier fabrikanten wisten of redelijkerwijze konden voorzien dat de groothandelaren hun prijsinformatie met hun concurrenten zouden delen en zij bereid waren het risico ervan te aanvaarden. Het gaat om vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (m.n. Anic)[572] *die door het Hof van Justitie ook toepasselijk is verklaard op onderling afgestemde gedragingen die tot stand komen door de indirecte uitwisseling van informatie tussen concurrenten via een derde partij*[573] *en waarbij het Hof ook uitdrukkelijk heeft gesteld dat:*

---

adressaat aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging te kunnen concluderen, moet de context van de interactie zodanig zijn dat de adressaat 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" (rn. 49) (onderlijning door de auditeur).

571 Arrest van het Gerecht van 30 november 2011, *Quinn Barlo*, T-208/06, rn. 51.

572 Arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, *Commissie/Anic Partecipazioni*, C-49/92, rn. 87: "In het geval van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingbeperkend doel, zoals in casu, dient de Commissie met name aan te tonen, dat de onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en dat zij de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden" (onderlijning door de auditeur).

573 Arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2016, C-542/14, *SIA 'VM Remonts'*, rn. 30: "Derhalve kan een onderneming die gebruikmaakt van diensten met name aansprakelijk worden gesteld voor een litigieuze onderling afgestemde feitelijke gedraging indien zij op de hoogte was van de mededingingsverstorende doelstellingen van haar concurrenten en de dienstverrichter en met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan de verwezenlijking

"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."[574]

628. In casu maakten de fabrikanten gebruik van de groothandelaren om de informatie over hun toekomstige prijzen onderling te delen.

629. Overigens vereist, anders dan partijen stellen[575]*, de rechtspraak van het Hof van Justitie zoals deze tot uitdrukking is gebracht in Anic, niet dat wanneer de onderling afgestemde feitelijke gedraging via een derde partij tot stand komt, deze derde zelf ook schuldig is aan het mededingingsbeperkend gedrag. In VM Remonts was de derde partij mee deelachtig aan dergelijk onwettig gedrag maar dit feitelijk element is geen juridische voorwaarde van de Anic rechtspraak: het volstaat dat de ondernemingen met hun eigen gedrag gezamenlijk deelnemen aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkend doel. Dit kan door inschakeling van een derde partij die al dan niet zelf deelneemt aan de mededingingsbeperkende gedraging. Eisen dat de derde partij steeds zelf deelachtig is aan het mededingingsbeperkend doel zou een uitholling betekenen van de effectieve toepassing van artikel 101 VWEU, en met name van de rechtspraak volgens welke artikel 101 VWEU onverbiddelijk in de weg staat aan "enigerlei al dan niet rechtstreeks contact" tussen concurrenten dat tot doel of tot gevolg heeft de mededinging te beperken (Suiker Unie, e.a.).*

630. Op de derde plaats merkt de auditeur op dat het zgn. Anic-vermoeden wel degelijk van toepassing is in de onderhavige zaak.

631. In dit verband brengt de auditeur om te beginnen de precieze draagwijdte van het vermoeden in herinnering:

> *"Enerzijds worden de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, 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. Dit geldt te meer, wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden, hetgeen volgens de vaststellingen van het Gerecht in casu het geval was."*[576]

632. Dit vermoeden is nadien herhaaldelijk in de rechtspraak bevestigd.[577] *Het Hof van Justitie heeft in deze rechtspraak gewezen op de brede toepassing van het vermoeden door*

---

daarvan. Aan die voorwaarde is weliswaar voldaan wanneer die onderneming de bedoeling had om via haar dienstverrichter haar commercieel gevoelige informatie aan haar concurrenten openbaar te maken of uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft goedgekeurd dat haar dienstverrichter die commercieel gevoelige informatie met hen deelt (zie naar analogie arresten van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 82-84, en 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, EU:C:2016:42, punt 28), maar dat is niet het geval wanneer die dienstverrichter, zonder die onderneming daarvan op de hoogte te brengen, de commercieel gevoelige informatie van deze laatste heeft gebruikt om de offerten van die concurrenten op te stellen" (onderlijning door de auditeur).

574 Arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2016, C-542/14, *SIA 'VM Remonts'*, rn. 31.

575 Zie bvb. Antwoord ITB, rn. 675.

576 Arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, *Commissie/Anic Partecipazioni*, C-49/92, rn. 121.

577 Zie de in randnummer 439 van de Mededeling van Grieven vermelde rechtspraak: Arrest van het Hof van

duidelijk te stellen dat het aan de toepassing ervan "uitsluitend de voorwaarde heeft gekoppeld dat er sprake is van afstemming en dat de onderneming op de markt actief is gebleven."[578]

633. Bijgevolg kan de auditeur de partijen niet volgen wanneer zij stellen dat het Anic-vermoeden in de onderhavige zaak niet van toepassing is. In casu is er sprake van een indirecte uitwisseling van informatie tussen concurrenten. De vier fabrikanten zonden concurrentiegevoelige informatie over eigen prijzen door aan elkaar via hun groothandelaren en zij verzetten zich niet tegen de ontvangst van deze prijsinformatie van hun concurrenten. Aan de voorwaarden voor het bestaan van afstemming was bijgevolg voldaan en het Anic-vermoeden was van toepassing, zelfs nu in deze zaak geen sprake is van directe contacten tussen de fabrikanten. Nergens wordt in de rechtspraak gesteld dat dit vermoeden enkel geldt voor directe contacten tussen concurrenten. Daarenboven volgt uit het onderzoek van de auditeur dat deze afstemming tussen de vier fabrikanten bestemd was om de mededinging te beperken. Het ging onmiskenbaar om de uitwisseling van niet-openbare informatie over toekomstig prijsgedrag tussen concurrenten en dus om een duidelijke mededingingsbeperking. De doorzending van deze niet-openbare prijslijsten door groothandelaren kon daarbij niet als normaal concurrentieel marktgedrag worden beschouwd.

V.3.3 De auditeur heeft het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging aangetoond

634. Op grond van zijn onderzoek is de auditeur tot de vaststelling gekomen dat gedurende de inbreukperiode die zich situeert tussen 24 januari 2011 en 31 januari 2015, er een gangbare praktijk bestond tussen de vier fabrikanten om via de groothandelaren niet-openbare informatie over hun toekomstige prijzen onderling uit te wisselen en dat zij deze informatie hebben gebruikt bij het bepalen van hun eigen prijspolitiek op de markt.

635. Allereerst merkt de auditeur op dat, anders dan de partijen betogen, uit het gevoerde onderzoek blijkt dat het gaat om een jarenlange gangbare praktijk van uitwisseling van prijsinformatie, waarbij via de groothandel concurrentiegevoelige, strategische informatie bij concurrenten terechtkwam. Uit het onderzoek blijkt met name dat het niet enkel ging om het "sporadisch" of het "nu en dan" doorzenden van prijslijsten van één fabrikant door de groothandelaar aan andere fabrikanten. De auditeur verwijst naar de uiteenzetting hierboven.[579]

636. Op de tweede plaats, wat betreft de verzending door de fabrikanten van de eigen prijslijsten aan hun groothandelaren geruime tijd vóór de daadwerkelijke inwerkingtreding van de prijzen, betwist de auditeur niet dat een verticale informatiestroom tussen leverancier en afnemer op zich legitiem is. In casu hebben, zoals de partijen ook uitvoerig hebben uiteengezet,

---

Justitie van 8 juli 1999, *Hüls/Commissie*, zaak C-199/92, rns. 161-163, arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, rn. 51 en arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Dole Food Company, Inc.*, zaak T-588/08, rn. 57.

578 Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, rn. 58, waarbij het verder aangeeft dat "[d]e toevoeging van de woorden „[d]it geldt te meer, wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden", is zeker geen onderbouwing van de stelling dat het causaliteitsvermoeden alleen geldt wanneer de ondernemingen regelmatig bijeenkomen, maar moet noodzakelijkerwijs aldus worden uitgelegd dat dit vermoeden wordt versterkt wanneer de ondernemingen hun gedrag gedurende een lange periode met een zekere regelmaat hebben afgestemd."

579 Zie onder randnummers 96-105 en 436-442.

de groothandelaren, en op hun beurt de detailhandel-verkooppunten, om logistieke redenen een bepaalde tijd nodig om de aangekondigde prijsaanpassingen in hun systemen te implementeren. De auditeur stelt echter vast dat, zolang deze prijsinformatie niet openbaar wordt gemaakt in de winkelrekken, zij een vertrouwelijk karakter heeft.

637. De auditeur stelt ook vast dat PMB en BAT tijdens de inbreukperiode een confidentiality disclaimer aanbrachten op hun prijslijsten. PMB[580] deed dit vanaf 6 september 2012[581] en BAT vanaf 11 juni 2012[582].[583] Hierdoor geven zij dus uitdrukkelijk aan deze informatie als vertrouwelijk te beschouwen. Daarenboven blijkt uit het dossier dat niettegenstaande het vertrouwelijk karakter van de prijslijsten, de fabrikanten toch bereid waren dergelijke prijslijsten van hun concurrenten te ontvangen zonder zich ertegen te verzetten. Een dergelijk gedrag gaat verder dan de normale verticale informatiestroom tussen leverancier en afnemer. De verzending van de prijslijsten door de fabrikanten aan hun groothandelaren maakte in werkelijkheid deel uit van een horizontale uitwisseling van prijsinformatie tussen concurrenten. De fabrikanten waren bereid vertrouwelijke, bedrijfsgevoelige informatie van hun concurrenten in ontvangst te nemen en te gebruiken bij de bepaling van het eigen prijsbeleid, zonder zich tegen deze uitwisseling te verzetten.

638. Het vertrouwelijk karakter van de doorgestuurde informatie blijkt ook uit de manier waarop met de doorgestuurde informatie wordt omgegaan.[584] Bijvoorbeeld binnen JTI wordt er gevraagd om de bron van de informatie niet door te sturen, getuige volgende vermelding: "ok ik zal de bron weglaten de volgende keer (blijkbaar over het hoofd gezien ditmaal)."[585]

639. Op de derde plaats, wat betreft het betoog van partijen dat zij geenszins de bedoeling of de verwachting hadden dat de groothandelaren hun prijslijsten aan elkaar zouden doorsturen, wijst de auditeur erop dat de vier fabrikanten gedurende verschillende jaren regelmatig prijslijsten van elkaar via de groothandelaren in ontvangst hebben genomen, en ook de eigen prijslijsten doorzonden aan deze groothandelaren. Aangezien de fabrikanten de prijslijsten van de andere drie fabrikanten ontvingen via de groothandelaren, wisten zij of konden zij redelijkerwijze verwachten dat hun prijslijsten via hetzelfde kanaal bij anderen terecht zouden komen en waren zij bereid het risico te nemen. Het feit dat de fabrikanten niet uitdrukkelijk om doorzending van hun prijslijsten zouden hebben gevraagd, doet daar niets aan af. Daarenboven ging het bij deze informatie-uitwisseling over steeds dezelfde kleine kring van groothandelaren en stuurden deze groothandelaren de prijsinformatie vaak bijna onmiddellijk door aan de concurrent, hetgeen ook aantoont dat zij wisten of moesten weten wie de informatie doorzond en wanneer dat gebeurde.

640. Naar de mening van de auditeur kunnen margeonderhandelingen tussen fabrikanten en groothandelaren de onderlinge uitwisseling van prijsinformatie tussen fabrikanten niet rechtvaardigen noch verklaren. Voor de hoogte van de marge van een afnemer zijn de

580 Antwoord PMB, rn. 76.

581 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001050.

582 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000830.

583 JTI daarentegen verstuurt de prijslijsten aan groothandelaren zonder te wijzen op het vertrouwelijk karakter ervan of zonder te vermelden dat zij enkel voor de groothandelaar in kwestie en zijn afnemers bestemd zijn. Ook de prijslijst van ITB van januari 2014 bevat geen vertrouwelijkheidsdisclaimer (huiszoekingsdocument 1720-04-00000736).

584 Huiszoekingsdocument 1720-03_00000724; 1720-03_00000727, Mail met als onderwerp: Ssssst.

585 Huiszoekingsdocument 1720-03_0000862; zie ook randnummers 222 – 224.

consumentenverkoopprijzen van die fabrikant van belang en niet de consumentenverkoopprijzen die de andere fabrikanten voornemens zijn te gaan hanteren; die prijzen hadden immers geen nut voor het uitoefenen van druk. Afnemers hadden andere manieren ter beschikking om druk uit te oefenen op fabrikanten en maakten daar, zoals bevestigd door partijen, ook gebruik van. In ieder geval kunnen margeonderhandelingen tussen fabrikanten en groothandelaars nooit de horizontale uitwisseling van prijsinformatie tussen fabrikanten rechtvaardigen. Deze horizontale uitwisseling was nochtans aanwezig in de onderhavige zaak: concurrenten deelden met elkaar informatie om daarna hun marktgedrag aan te passen aan elkaars prijsbeleid. Op deze manier konden zij de onzekerheid over elkaars prijsbeleid verminderen.

641. Dat het doel van de doorzending van informatie prijsafstemming was, en niet commerciële overwegingen van de groothandelaren, zoals met name het uitoefenen van druk op de fabrikanten in margeonderhandelingen, wordt bevestigd door stukken in het dossier die aangeven dat de groothandelaren prijslijsten van een fabrikant nagenoeg automatisch ontvangen en zonder enige motivering doorzonden aan de andere fabrikanten.[586] Verklaringen van groothandelaren tot het tegendeel doen daar niets aan af. Het automatisch doorzenden van prijslijsten zonder enige motivering is een belangrijke aanwijzing dat dit gebeurde buiten het kader van margeonderhandelingen. Het onmiddellijk doorzenden zonder enige commentaar of begeleidende brief was de manier van werken in de overgrote meerderheid der gevallen (meer dan 95%). De partijen maken het tegendeel, nl. het bestaan van begeleidende telefoongesprekken waarin gerefereerd zou worden naar margeonderhandelingen, niet aannemelijk noch leveren zij daarvoor enig bewijs aan.

642. Overigens, als de groothandelaren de prijslijsten zo belangrijk hadden geacht voor deze onderhandelingen, had men toch mogen verwachten dat zij selectiever en meer bedachtzaam zouden zijn geweest in het doorzenden van de prijslijsten. Uit het dossier blijkt immers dat de groothandelaren ook informatie doorstuurden over introducties van nieuwe varianten en verpakkingen, hetgeen van geen enkel belang is het voeren van margeonderhandelingen.[587] Uit het dossier blijkt daarnaast ook dat de groothandelaren de prijslijsten doorzonden aan de andere fabrikanten omdat dit gebruikelijk was:

> *"In het verleden stuurde ik steeds nieuwe prijslijst van de andere fabrikanten naar [VERTROUWELIJK]. Ik neem aan dat ik deze naar jou ook moet doorsturen?" (groothandelaar Conway in een mail van 25 januari 2011 aan ITB)[588]*
>
> *"it is this time of the year again where in Belgium we see almost every week price lists flying in (…) [VERTROUWELIJK] made an overview." (interne mail van ITB met onderlijning door de auditeur)[589]*

---

586 Dit is zo voor het overgrote deel van de verstuurde prijslijsten. De auditeur verwijst hiervoor naar de beschrijving van de onderzochte praktijken onder punt IV.1.3. Een (niet-exhaustief) aantal voorbeelden waarbij prijsinformatie zonder motivering wordt doorgestuurd, is terug te vinden in volgende huiszoekingsdocumenten: 1720-04_00000897, 1720-04_00001010, 1720-06-00000023 en 1720-04_00001203.

587 De auditeur verwijst hiervoor naar de chronologische beschrijving van de onderzochte praktijken: IV.1.3.c, IV.1.3.g, IV.1.3.h, IV.1.3.i, IV.1.3.r, IV.1.3.t, IV.1.3.tt en IV.1.3.yy.

588 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001493.

589 Huiszoekingsdocument 1720-04_00000057. Officieuze vertaling: "*Het is weer de tijd van het jaar waarin we in België bijna elke week prijslijsten zien binnenvliegen (…) [VERTROUWELIJK] maakte een overzicht*."

643. Het argument dat de prijslijsten niet langer vertrouwelijk waren en dat zij daarom automatisch zonder commentaar konden worden doorgezonden, overtuigt evenmin. Deze prijsinformatie had geen openbaar karakter op het moment van doorzending aan een andere fabrikant (zie supra IV.4.3).

644. Op de vierde plaats, wat de ontvangst van prijslijsten zonder enig verzet of distantiëring betreft, volstaat het opnieuw erop te wijzen dat de vier fabrikanten moeten hebben geweten, of redelijkerwijze konden verwachten dat, terwijl zij gevoelige prijsinformatie van concurrenten ontvingen, ook eigen prijsinformatie werd gedeeld met dezelfde concurrenten. Daarenboven wisten zij dat deze prijslijsten van hun concurrenten en de eigen prijslijsten op het moment dat zij door de groothandelaren werden gedeeld concurrentiegevoelige prijsinformatie betroffen. Uit interne correspondentie van fabrikanten blijkt dat zij zich ervan bewust waren dat het ging om vertrouwelijke en gevoelige informatie afkomstig van concurrenten.[590] De auditeur is van oordeel dat in deze omstandigheden het zich niet distantiëren of verzetten tegen ontvangst van dergelijke prijsinformatie, die onder normale mededingingsvoorwaarden niet tussen concurrenten wordt gedeeld, neerkomt op stilzwijgende goedkeuring of aanvaarding van de informatie. Verder volstaat het er weer op te wijzen dat het inroepen van commerciële overwegingen, zoals het voeren van margeonderhandelingen, nooit de horizontale uitwisseling van prijsinformatie tussen concurrenten kan rechtvaardigen.

645. Op de vijfde plaats en tot slot, is de auditeur, in antwoord op de opmerkingen van partijen, van oordeel dat terwijl de doorzending van prijslijsten in de verticale verhouding tussen fabrikanten en hun groothandelaren om logistieke redenen legitiem kan zijn, er niettemin in de onderhavige zaak een verplichting rustte op de fabrikanten om de nodige maatregelen te nemen om de doorzending van de eigen prijsinformatie aan concurrenten te verbieden of te beperken en te omkaderen binnen nader omschreven grenzen, en met name erop toe te zien dat de eigen prijsinformatie niet zou worden doorgezonden aan concurrerende fabrikanten voordat de eindconsument over deze informatie beschikt in de winkel. Eveneens rustte er op de fabrikanten, om de redenen aangegeven in het voorgaande randnummer, de verplichting om vergelijkbare vertrouwelijke en strategische prijsinformatie van hun concurrenten te weigeren in ontvangst te nemen.

646. De auditeur meent dat de partijen, anders dan zij stellen in hun antwoord, in de mogelijkheid waren de nodige maatregelen en initiatieven te nemen om deze op hun rustende verplichtingen ten uitvoer te brengen, zoals bijvoorbeeld het als "vertrouwelijk" bestempelen van de eigen prijslijsten, het contractueel eisen van de groothandelaren dat zij de prijslijsten niet doorzenden aan de concurrenten zolang de prijzen niet openbaar zijn in de winkel, het toezien op de naleving van deze contractuele verplichtingen en het zichzelf naar deze verplichting gedragen door te weigeren vergelijkbare prijsinformatie van de concurrent in ontvangst te nemen.

647. Het besef dat dergelijke maatregelen op hun plaats waren om de mededingingsregels na te leven, was trouwens bij fabrikanten aanwezig. Zo brachten PMB en BAT in de loop van de inbreukperiode op hun prijslijsten de vermelding aan dat het ging om vertrouwelijke

590 Zie huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001859, 1720-06-00000065, 1720-01_00000155, 1720-03-00000854 en 1720-04_00000023.

informatie.[591] *Verder heeft ook minstens één fabrikant aan een directe afnemer duidelijk gemaakt - weliswaar slechts na afloop van de huiszoekingen - dat zij niet langer prijslijsten van concurrenten wenste te ontvangen.*[592] *Tenslotte bevinden er zich in het dossier voorbeelden van interne mails die aangeven dat partijen er zich van bewust waren dat het hier vertrouwelijke en gevoelige informatie afkomstig van concurrenten betrof.*[593]

V.3.4 De auditeur heeft aangetoond dat de onderzochte gedragingen een mededingingsbeperking naar strekking vormen

648. Allereerst herinnert de auditeur eraan dat volgens de rechtspraak het essentiële juridische criterium om uit te maken of een coördinatie tussen ondernemingen een mededingingsbeperkende "strekking" heeft, samenvalt met de vraag of die coördinatie "op zich de mededinging in voldoende mate aantast".[594]

649. De auditeur is van oordeel dat de onderzochte gedragingen van de vier fabrikanten in voldoende mate schadelijk zijn voor de mededinging om te besluiten dat zij een mededingingsbeperkende strekking hebben.

650. De argumentatie van de partijen tot het tegendeel moet worden verworpen.

651. Op de eerste plaats, wat de inhoud en de doelstellingen van de onderzochte praktijken betreft, herhaalt de auditeur dat de partijen niet ontkennen dat zij hun prijzen kunnen wijzigen zoals iedere prijs kan gewijzigd worden. Er is dus sprake van aanpasbare prijzen (zie supra IV.4.2 voor meer details).

652. Verder wenst de auditeur te benadrukken dat de gedragingen van de vier fabrikanten die het voorwerp vormen van de Mededeling van Grieven, de uitwisseling betreffen van toekomstige en geïndividualiseerde prijzen die strategisch zijn in de concurrentie. Door het uitwisselen van deze informatie konden zij elkaars marktgedrag beter inschatten en kregen zij inzicht in het prijsgedrag van andere fabrikanten, het tijdstip van ingang en vooral de hoogte van de toekomstige prijzen voordat de eindconsument over deze informatie beschikt. Dit liet hen toe hun eigen prijzen, en het tijdstip van ingang van deze prijzen, optimaal aan te passen aan het gedrag van hun concurrenten, en het verlies van klanten en marktaandeel te voorkomen of minstens zoveel als mogelijk te minimaliseren; de ontvangen informatie werd door de pricing teams van PMB, ITB en JTI ook daadwerkelijk gebruikt bij de vaststelling van de eigen prijzen.[595] *Anders dan de partijen betogen, was deze informatie niet openbaar op het ogenblik van de uitwisseling,*[596] *nl. op het moment dat de groothandelaren de prijslijsten doorzonden aan de vier betrokken fabrikanten en deze laatsten deze prijslijsten ontvingen. Op dat moment was deze informatie nog niet algemeen bekend op de markt. Het feit dat de groothandelaren de prijslijsten aan de detailhandelaars bekend maakten, verandert daar niets aan. Ook dan is de informatie niet algemeen toegankelijk. Met name concurrenten van de vier*

591 PMB doet dit vanaf 6 september 2012 (zie huiszoekingsdocument 1720-04_00001050) en BAT vanaf 11 juni 2012 (zie huiszoekingsdocument 1720-03_00000830).

592 Zie infra randnummer 690.

593 Zie huiszoekingsdocumenten 1720-04_00001859, 1720-06-00000065, 1720-01_00000155, 1720-03-00000854 en 1720-04_00000023.

594 Zie arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *Groupement des Cartes Bancaires / Commissie*, C-67/13, rn. 57.

595 Zie in dit verband randnummers 134-160.

596 Zie in dit verband randnummers 453-460.

fabrikanten bleven er op dat moment van verstoken. De algemene toegankelijkheid was er slechts op het moment dat de prijzen zichtbaar werden in de winkelschappen.

653. Door de uitwisseling van deze prijsinformatie konden de vier fabrikanten elkaars marktgedrag beter inschatten en konden zij deze informatie gebruiken om hun eigen prijsbeleid aan te passen, hetgeen zij blijkens de stukken in het dossier ook daadwerkelijk hebben gedaan.[597] Door de informatie-uitwisseling kregen zij ook sneller en directer dan via de markt kennis van elkaars toekomstig prijsbeleid. Dit leverde hen een concurrentieel voordeel op aangezien zij de ontvangen informatie konden gebruiken voor het bepalen van de eigen prijzen. De fabrikanten genieten van dit voordeel ook wanneer de uitgewisselde informatie vastgestelde, definitieve en bindende prijzen betreft en reeds werden gecommuniceerd aan de groothandelaren. De uitwisseling van dergelijke informatie verminderde aldus voor de vier fabrikanten de strategische onzekerheid op de markt. De rechtspraak maakt duidelijk dat dit geldt voor de uitwisseling van informatie over voorgenomen én aangenomen marktgedrag.[598]

654. De partijen kunnen overigens niet stellen dat de litigieuze informatie de strategische onzekerheid niet wezenlijk kon verminderen. Door de uitwisseling van prijsinformatie konden de vier grootste fabrikanten (die een gezamenlijk marktaandeel van 90% hebben) elkaars toekomstig marktgedrag beter inschatten dan wanneer zij niet over deze informatie beschikken. Daarenboven benadrukten de partijen in hun antwoorden uitvoerig dat door de lange "lead time" het voor een fabrikant geruime tijd duurt alvorens zijn interne beslissing om de prijzen aan te passen - met name in reactie op het waargenomen prijsgedrag van zijn concurrenten in de winkels - zal kunnen worden geïmplementeerd in de winkels. Door de snellere en directere kennis van de prijzen van de concurrenten dan via de markt winnen de betrokken fabrikanten als gevolg van de lange "lead time" duidelijk tijd in het reageren op elkaars prijsbeleid.

655. Op de tweede plaats weerspreekt de auditeur de stelling dat er geen voldoende ervaring zou zijn om de onderzochte gedragingen als voldoende schadelijk voor de mededinging te beschouwen. Allereerst is het onjuist dat er geen rechtspraak zou bestaan die de onrechtstreekse uitwisseling van informatie tussen concurrenten veroordeelt. Het volstaat in dit te verband te verwijzen naar het principe-arrest van het Hof van Justitie in de zaak Suiker Unie e.a., nadien talloze malen bevestigd, waarin werd verklaard dat de eis van zelfstandigheid die is neergelegd in artikel 101, lid 1 VWEU onverbiddelijk in de weg staat van "ieder al dan niet rechtstreeks contact" tussen ondernemers waardoor het marktgedrag van een concurrent wordt beïnvloed of deze wordt geïnformeerd over beslissingen of afwegingen wat het eigen marktgedrag betreft.[599] In andere zaken heeft het Hof van Justitie eveneens het bestaan van

---

597 Dit geldt niet voor BAT aangezien er, zoals reeds aangegeven in de Mededeling van Grieven (voetnoot 59), zich in het onderzoeksdossier geen bewijs bevindt dat het informatie over toekomstige prijzen van concurrenten meenam bij het bepalen van haar eigen beleid.

598 Arrest van 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie*, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jur. blz. 1663, rn. 174: "*dat deze eis van zelfstandigheid weliswaar niet uitsluit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag der concurrenten aan te passen, doch anderzijds onverbiddelijk in de weg staat aan enigerlei tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact strekkend hetzij tot beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent, hetzij tot beduiding aan zulk een concurrent van het <u>aangenomen of voorgenomen</u> marktgedrag*" (onderlijning door de auditeur).

599 *Ib*. Het Hof van Justitie en het Gerecht van de Europese Unie hebben nadien meermaals gesteld dat

coördinatie tussen concurrenten door toedoen van een onafhankelijke derde partij aanvaard.[600] *Evenzo is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht dat de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen tussen concurrenten een mededingingsbeperkende strekking heeft.*[601] *De partijen stellen dat deze zaken betrekking hebben op gedragingen die volledig verschillen van de onderhavige zaak, maar betwisten niet dat deze rechtspraak de uitwisseling van toekomstige prijzen tussen concurrenten als een doelbeperking beschouwt.*

656. In tegenstelling tot het betoog van de partijen kan in ieder geval niet besloten worden tot een gebrek aan voldoende "ervaring" omdat een mededingingsautoriteit in het verleden vergelijkbare gedragingen nog niet als een mededingingsbeperking naar strekking heeft gekwalificeerd. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat de afwezigheid van precedenten niet belet dat een mededingingsautoriteit deze gedragingen als mededingingsbeperking naar "strekking" kwalificeert. Volgens het Hof van Justitie is enkel het individueel en omstandig onderzoek van de betrokken gedragingen, met hun eigen kenmerken, van belang om de voldoende schadelijkheid voor de mededinging aan te tonen.[602] *Het onderzoek van de auditeur in de onderhavige zaak heeft aangetoond dat de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen tussen de vier fabrikanten via de groothandelaren de strategische onzekerheid op deze markt voor de vier fabrikanten op wezenlijke wijze heeft*

"*artikel 81 lid 1, EG [thans artikel 101, lid 1 VWEU] in de weg [staat] aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het marktgedrag dat de betrokken ondernemer zelf vertoont of heeft voorgenomen, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft de mededinging te beperken*." (arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 2011, *Heineken Nederland en Heineken/Commissie*, T-240/07, rn. 47 en arrest van het Hof van Justitie van 29 februari 2016, T-254/12, *Kühne + Nagel International AG*, rn. 143, met verwijzing naar arrest *Commissie/Anic Partecipazioni*, C-49/92, rns. 116-117).

600 Arresten van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, C-74/14, *Eturas*, en van 21 juli 2016, C-542/14, *VM Remonts*.

601 Verwezen wordt naar de in de Mededeling van Grieven geciteerde arresten in bvb. *Wabco* (T-380/10, rn. 78), *Koninklijke Philips* (T-762/14, rn. 63) en *Infineon Technologies* (T-99/17 P, rns. 134-135 en 155-157). Zie verder ook de in de Mededeling van Grieven geciteerde arresten *T-Mobile*, *Dole Food* en *HSBC*.

602 Arresten van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, *Sun Pharmaceuticals Industries Ltd./Commissie*, C-586/16, rn. 86, en *Generics / Commissie*, C-588/16, rns. 79-80, *H. Lundbeck / Commissie*, C-591/16, rns. 129-130: « *Si, certes, la qualification de « restriction par objet » peut être retenue s'agissant de pratiques collusoires dont l'expérience montre qu'elles entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs [arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, point 64 ainsi que jurisprudence citée], le fait que la Commission n'ait pas, dans le passé, estimé qu'un accord similaire à l'accord litigieux était, de par son objet même, restrictif de la concurrence n'est pas de nature, en soi, à l'empêcher de le faire à l'avenir, comme l'a relevé à juste titre le Tribunal au point 272 de l'arrêt attaqué. En effet, et comme l'a retenu à bon droit le Tribunal à ce point, seul importe l'examen individuel et circonstancié de la pratique concernée qui doit mettre en évidence la nocivité suffisante de celle-ci, en l'occurrence la substitution volontaire d'une coopération pratique aux risques de la concurrence par les mérites, substitution dont l'expérience prouve qu'elle est particulièrement nocive au libre jeu de la concurrence*. » Officieuze vertaling: "De kwalificatie van een "mededingingsbeperkende strekking" kan weliswaar worden aanvaard in het geval van heimelijke afspraken die blijkens de ervaring leiden tot een verlaging van de productie en een verhoging van de prijzen, met als gevolg een onjuiste allocatie van middelen ten nadele van met name de consument (arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C 307/18, randnummer 64, en de aldaar aangehaalde rechtspraak), toch belet het feit dat de Commissie in het verleden niet heeft geoordeeld dat een soortgelijke overeenkomst als de litigieuze mededingingsbeperkend naar haar doel, haar niet om dit in de toekomst wel te doen, zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt in randnummer 272 van het bestreden arrest. Zoals het Gerecht op dit punt terecht heeft geoordeeld, is hetgeen telt het individuele en alle omstandigheden in acht nemend onderzoek van de betrokken praktijk, waaruit moet blijken dat deze voldoende schadelijk is, in casu de vrijwillige vervanging van de risico's van mededinging op de merites door praktische samenwerking, een vervanging waarvan de ervaring heeft geleerd dat zij bijzonder schadelijk is voor het vrije spel van de mededinging."

verminderd en hen een concurrentieel voordeel heeft opgeleverd doordat zij via deze informatie-uitwisseling kennis kregen van het marktgedrag van de concurrent en dat gedrag beter konden inschatten om vervolgens het eigen marktgedrag daaraan aan te passen, hetgeen zij ook daadwerkelijk hebben gedaan. In dit verband werd ook vastgesteld dat de doorzending van prijslijsten door groothandelaren aan concurrerende fabrikanten niet door legitieme commerciële overwegingen kon worden gerechtvaardigd (en overigens niet sporadisch was), maar zich inschreef in het gemeenschappelijk doel om prijsinformatie tussen concurrenten uit te wisselen.

657. In ieder geval dient gewezen te worden op de vaste rechtspraak volgens welke een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ook dan als beperkend kan worden aangemerkt wanneer zij niet alleen tot doel heeft de mededinging te beperken, maar ook andere, legitieme doelstellingen nastreeft.[603] M.a.w., het feit dat de groothandelaren voor het doorzenden van prijslijsten aan andere fabrikanten mogelijks ook een legitieme commerciële reden (voeren van onderhandelingen) hadden, volstaat niet om het mededingingsbeperkende doel van de onderzochte gedragingen, nl. de informatie-uitwisseling tussen concurrenten over elkaars toekomstige prijzen, te compenseren of teniet te doen.

658. De verwijzing door ITB naar voetnoot 4 van de horizontale richtsnoeren van de Europese Commissie om te stellen dat rechtstreekse uitwisselingen van toekomstige en aan de klanten reeds bekendgemaakte prijzen geen doelbeperking inhouden, faalt. De door ITB aangehaalde passage heeft betrekking op publieke aankondigingen van individuele, toekomstige, reeds aan het publiek aangekondigde prijzen. In de onderhavige zaak wordt de informatie over toekomstige prijzen echter uitgewisseld op een moment dat de prijzen nog niet openbaar zijn (d.i. zichtbaar in de winkelrekken).

659. Bovendien kan de auditeur niet akkoord gaan met de stelling van ITB dat er geen economische basis zou bestaan voor de schadetheorie dat de uitwisseling van informatie de betrokken fabrikanten toeliet om de prijzen van concurrenten "iets eerder" te kennen, aangezien iedere analyse van de situatie bij normale prijstransparantie (counterfactual) zou ontbreken en de economische bezwaren tegen informatie-uitwisseling, zoals het overlegde RBB-rapport stelt, niet zozeer te maken hebben met toegenomen marktransparantie dan wel met het risico op collusie. Allereerst wenst de auditeur op te merken dat ITB uit het oog verliest dat, i.t.t. het onderzoek van de beperkingen naar "gevolg," bij de vraag naar de kwalificatie van een gedraging als beperkend "naar strekking" niet wordt overgegaan tot een onderzoek van het "contra-feitelijk scenario".[604] Door dit te eisen, ontkent ITB het bestaan van het onderscheid tussen de begrippen "beperking naar strekking" en "beperking naar gevolg" en vereist zij dat de BMA aantoont dat de litigieuze informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen heeft. Ten tweede moet vastgesteld worden dat het RBB-rapport een opvatting verdedigt die strijdig is met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke de informatie-uitwisseling tussen concurrenten de mededinging beperkt wanneer zij de onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of

603 Arrest van het Hof van Justitie van 20 november 2008, C-209/07, *Beef Industries Development Society*, rn. 21, en aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest van 11 september 2014, *Groupement des Cartes Bancaires/Commissie*, C-67/13, rn. 70.

604 Arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, *Lundbeck / Commissie*, C-591/16, rns. 139-140.

wegneemt.[605] *Bovendien vertrekt het RBB-rapport van een aantal premissen die onjuist zijn, zoals het feit dat het hier gaat om niet-vertrouwelijke en algemeen bekende informatie.*

660. Op de derde plaats, wat de economische en juridische context betreft, merkt de auditeur op dat de wijzigingen in marktaandelen waarop partijen zich beroepen niet worden ondersteund door de informatie waarover de auditeur beschikt. De auditeur heeft zich voor de berekening van de marktaandelen van partijen gebaseerd op informatie afkomstig van Euromonitor, een internationaal gereputeerd bureau voor marktonderzoek[606]*. De partijen baseren zich voor de door hen geciteerde marktaandelen op cijfers afkomstig van Cimabel en eigen inschattingen, zonder verdere bronvermelding. De auditeur ziet dus geen reden om af te wijken van de in de Mededeling van Grieven gehanteerde marktaandelen om te besluiten dat er geen sprake is van fluctuerende marktaandelen tijdens de inbreukperiode. Daarnaast dient trouwens gesteld dat wijzigingen in marktaandeel in ieder geval niet onverenigbaar zijn met het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen concurrenten met een mededingingsbeperkend doel. Voorts is het bestaan van zelfs hevige concurrentie tussen fabrikanten die deelnemen aan een kartel of informatie-uitwisseling niet onverenigbaar met de vaststelling dat coördinatie tussen deze concurrenten een mededingingsbeperkende strekking heeft.*[607]

661. Tenslotte verwijzen de partijen nog naar het feit dat ook prijslijsten met prijsverlagingen en productlanceringen werden doorgestuurd om aan te geven dat een analyse van de juridische en economische context geen steun biedt voor een doelbeperking. De auditeur wijst er op dat niet alleen informatie over toekomstige prijsverhogingen strategische informatie vormt, hetzelfde kan worden gezegd over informatie over toekomstige prijsverlagingen of productlanceringen. Ook deze informatie liet de vier fabrikanten toe elkaars marktgedrag beter in te schatten. De auditeur heeft dit trouwens reeds aangegeven in randnummer 471 van de Mededeling van Grieven waar gesteld werd:

---

605 Arresten van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, *Deere /Commissie*, C-7/95, rn. 90, en van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands*, C-8/08, rn. 35.

606 De auditeur merkt in dit verband op dat ook het management van BAT een beroep doet op Euromonitor. Zie een *Chief Executive"s review* waar gesteld wordt "*All data sources on this page are from Euromonitor International unless otherwise stated*", te vinden via link https://www.bat.com/ar/2018/assets/pdf/BAT-AR20-F-2018-Strategic-management.pdf.

607 Zie bvb. arrest van het Gerecht van 13 september 2013, *Total Raffinage Marketing/Commissie*, T-566/08, rn. 184: *"Volgens de rechtspraak verandert de niet-eerbiediging van een kartel evenwel niets aan het bestaan zelf ervan (zie in die zin arrest Gerecht van 11 maart 1999, Thyssen Stahl/Commissie, T-141/94, Jurispr. blz. II-347, rns. 233, 255-256 en 341). Zelfs wanneer vaststaat dat sommige kartelleden andere leden hebben bedrogen door onjuiste informatie te verzenden en het kartel ten eigen voordele te gebruiken door het niet na te leven, wordt de gepleegde inbreuk door dit enkele feit niet ongedaan gemaakt (arrest Gerecht van 8 juli 2008, Knauf Gips/Commissie, T-52/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, rn. 201; zie ook in die zin arrest Gerecht van 15 juni 2005, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, rn. 74).*" en arrest van het Gerecht van 15 december 2015, T-762/14, *Koninklijke Philips / Commissie*, rn. 91: *"il n'en demeure pas moins que la divulgation même de ce type d'informations sur les prix futurs, qu'elles soient correctes ou fausses, est de nature à influencer le comportement des entreprises sur le marché. À cet égard, il ressort de la jurisprudence que, même à supposer établi le fait que certains participants à l'entente parvenaient à tromper d'autres participants en transmettant des informations incorrectes et à utiliser l'entente à leur profit, en ne la respectant pas, l'infraction commise n'est pas éliminée par ce simple fait*." Officieuze vertaling : *"dit laat onverlet dat de bekendmaking zelf van dit type van informatie over toekomstige prijzen, of zij nu correct of vals is, van aard is het gedrag van ondernemingen op de markt te beïnvloeden. In dit verband volgt uit de rechtspraak dat, zelf indien bewezen wordt geacht dat bepaalde deelnemers aan het kartel erin slaagden andere deelnemers te misleiden door incorrecte informatie over te maken en het kartel in hun voordeel te gebruiken, door het niet na te leven, wordt de gepleegde inbreuk door dit enkel feit niet ongedaan gemaakt*."

"Allereerst krijgen de vier fabrikanten door de uitwisseling van deze informatie kennis van het toekomstig marktgedrag (in de vorm van prijzen en de introductie van nieuwe producten) van hun concurrenten, konden zij dat gedrag beter inschatten dan wanneer zij niet over deze informatie beschikten en konden zij vervolgens deze informatie in aanmerking nemen bij het bepalen van hun eigen (prijs)gedrag" (onderlijning door de auditeur)

662. In het licht van het voorgaande dient te worden besloten dat de onderzochte gedragingen een mededingingsbeperkende strekking hebben zodat de gevolgen ervan voor de mededinging niet meer hoeven te worden onderzocht.

V.3.5 De auditeur heeft het bestaan van een enkele voortdurende inbreuk aangetoond

663. Op de eerste plaats wijst de auditeur er op dat de uitwisseling van prijsinformatie gebeurde met één gemeenschappelijk doel en door met elkaar samenhangend en complementair gedrag van de vier fabrikanten.

664. De auditeur is derhalve van oordeel dat het kunstmatig zou zijn om de gedragingen van de vier betrokken fabrikanten op te delen in afzonderlijke gedragingen. In de onderhavige zaak hebben deze vier fabrikanten namelijk gedurende verschillende jaren systematisch via hun groothandelaren informatie over toekomstige prijzen van hun concurrenten in ontvangst genomen en gebruikt voor de bepaling van het eigen prijsbeleid, en ook hun eigen prijsinformatie doorgezonden aan hun groothandelaren en wisten zij dus of konden zij redelijkerwijze verwachten dat deze prijsinformatie eveneens aan hun concurrenten zou worden doorgezonden.

665. De auditeur verwijst hierbij naar zijn analyse aangaande het bestaan van een gangbare vaste praktijk van uitwisseling van prijsinformatie tussen de fabrikanten via de groothandel en het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging (zie IV.4.1, V.1.2 en V.3.3). Daar werd ook uitvoerig uiteengezet dat deze indirecte informatie-uitwisseling niet kan worden verklaard noch gerechtvaardigd door louter legitieme logistieke en commerciële overwegingen (margeonderhandelingen) en dat de fabrikanten de verplichting hadden zich te verzetten of te distantiëren van de ontvangst van confidentiële prijsinformatie van hun concurrenten.

666. Dat de uitwisseling van prijsinformatie een doorlopend proces was, blijkt ook uit de manier waarop fabrikanten met de informatie omgingen. De informatie werd voortdurend verzameld en verspreid. Als voorbeeld kan verwezen worden naar een interne mail van 2 juli 2013 van ITB:[608]

"Hallo [VERTROUWELIJK]

Ik heb met [VERTROUWELIJK] besproken dat hij de mail met prijslijst naar jou en mij "Forward". Op deze manier zie je van wie ze komt (welke groothandel en dus nooit fabrikant) en kun jij een klassement hiervan aanleggen. Daarna zal ik alle overbodige info eruit halen en de prijslijst met comments doorsturen in de organisatie"

608 Huiszoekingsdocument 1720-04_00001148.

667. In deze jarenlange praktijk wisselden de vier fabrikanten informatie uit over hun toekomstige prijzen. De ontvangen informatie werd betrokken bij hun prijsbeslissingen, die op hun beurt in principe leidden tot een eigen prijscommunicatie aan afnemers die op hun beurt bij één of meer concurrenten terecht kwam. De verschillende contacten zijn daarmee onderling met elkaar verweven en vormen een doorlopende praktijk en dit met één gemeenschappelijk doel, nl. het verminderen van de onzekerheid over elkaars toekomstig prijsgedrag en het verstoren van de normale prijsontwikkeling van sigaretten op het Belgische grondgebied.

668. De auditeur kan voorts niet akkoord gaan met partijen waar deze trachten het ad hoc karakter van de informatie-uitwisseling aan te tonen door uit de door de auditeur weerhouden praktijken alle prijslijsten met prijsverlagingen en productlanceringen te weren. Zoals reeds gesteld dient ook informatie over toekomstige prijsverlagingen en productlanceringen beschouwd te worden als strategische informatie die toelaat inzage te krijgen in elkaars toekomstig marktgedrag en dient deze dan ook in rekening te worden gebracht bij de vaststelling van de praktijken.

669. Op de tweede plaats, door telkens de door de groothandelaars aangeboden prijslijsten van hun concurrenten in ontvangst te nemen zonder enig ondubbelzinnig verzet en ze dan te gebruiken, en door zelf ook de eigen prijslijsten aan de groothandelaren te verzenden zonder de nodige initiatieven te nemen om de doorzending aan concurrenten te verbieden, beperken of te omkaderen, droegen de vier betrokken fabrikanten telkens weer met hun eigen gedrag bij aan het gemeenschappelijk doel.

670. Het feit dat fabrikanten legitieme redenen hadden om hun prijzen vooraf aan de groothandelaren mee te delen, verklaart niet de voortdurende ontvangst van de vertrouwelijke informatie over toekomstige prijzen van concurrenten en de interne verspreiding en gebruik van deze informatie.

671. Op de derde plaats herhaalt de auditeur, onder verwijzing naar zijn eerdere uiteenzetting, dat iedere betrokken fabrikant redelijkerwijze kon voorzien dat, terwijl hij via de groothandelaren de prijslijsten van zijn concurrenten ontving, zijn eigen confidentiële prijslijsten via deze kanalen bij de concurrenten zouden terecht komen, en hij dus bereid was het risico te lopen.

VI. Aansprakelijkheid

VI.1 Principes

672. Het Belgisch en Europees mededingingsrecht ziet op activiteiten van ondernemingen en het begrip onderneming omvat elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.[609]

673. Wanneer een dergelijke entiteit de mededingingsregels overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen. Het gedrag van een dochteronderneming kan aan de moedermaatschappij worden toegerekend, met name wanneer de dochteronderneming, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag

609 Arrest van het Hof van Justitie van 13 juni 2013, zaak C-511/11, *Versalis SpA*, rn. 51.

bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt. Immers, in een dergelijke situatie maken een moedermaatschappij en haar dochteronderneming deel uit van één economische eenheid en vormen zij één enkele onderneming in de zin van de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU, hetgeen de mededingingsautoriteit in staat stelt een beslissing houdende oplegging van geldboeten tot de moedermaatschappij te richten zonder dat behoeft te worden aangetoond dat deze zelf bij de inbreuk betrokken was.[610]

674. De mededingingsautoriteit kan zich niet beperken tot de vaststelling dat een onderneming een beslissende invloed op het commerciële beleid van een andere onderneming 'kon' uitoefenen, zonder dat zij behoeft na te gaan of deze invloed daadwerkelijk is uitgeoefend. Het staat integendeel in beginsel aan de mededingingsautoriteit om een dergelijke beslissende invloed aan te tonen op grond van een geheel van feiten, waaronder in het bijzonder de eventuele bevoegdheid van één van deze ondernemingen om aan de andere leiding te geven.[611]

675. In het bijzondere geval echter waarin een moedermaatschappij het gehele of vrijwel het gehele kapitaal bezit van haar dochteronderneming die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochteronderneming. De mededingingsautoriteit kan de moedermaatschappij dan hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij deze moedermaatschappij, die dat vermoeden moet weerleggen, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochteronderneming haar marktgedrag zelfstandig bepaalt.[612]

676. Wanneer verschillende juridische entiteiten aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de deelname aan een inbreuk door éénzelfde onderneming, moeten zij worden beschouwd als hoofdelijk aansprakelijk voor deze inbreuk.

VI.2 Toepassing op de zaak

677. Gelet op het bewijsmateriaal en de feiten zoals uiteengezet in IV.1.3, kan de aansprakelijkheid voor de inbreuken die voortvloeien uit de in IV.1.3 bedoelde gedragingen ook worden toegerekend aan de moedermaatschappij. De auditeur opteert er wegens proceseconomische redenen echter voor de aansprakelijkheid in casu te beperken tot de dochterondernemingen die rechtstreeks betrokken waren bij de onderzochte praktijken. Philip Morris Benelux BVBA, British American Tobacco Belgium NV, JT International Company Netherlands BV en Établissements L. Lacroix Fils NV hebben ieder rechtstreeks deelgenomen aan de verboden gedragingen.

610 Arrest van het Hof van Justitie van 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel*, rns. 56 en 58-59.

611 Arrest van het Gerecht van 27 maart 2014, *Saint-Gobain Glass France e.a.*, zaken T-56/09 en T-73/09, rn. 311 en arrest van het Gerecht van 13 juli 2011, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/Commissie*, zaken T-144/07, T-147/07–T-150/07 en T-154/07, rn. 311.

612 Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 2013, *Stichting Administratiekantoor Portielje*, zaak C-440/11, rns. 40-41.

VII. Sancties

VII.1 Boeteberekening van de auditeur in de Mededeling van Grieven

VII.1.1 Toepasselijke richtsnoeren

678. Op 3 september 2020 heeft het Directiecomité van de BMA de Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.79, §1, eerste lid, en §2, eerste lid WER bij overtredingen van de artikelen IV.1, §1, IV.2 en/of IV.2/1 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU aangenomen (verder "Richtsnoeren").

679. Deze Richtsnoeren vervangen de Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.79, §1, eerste lid WER bij overtredingen van de artikelen IV.1, §1 en/of IV.2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU zoals aangenomen door het Directiecomité van de BMA op 6 mei 2020.

680. De Richtsnoeren zijn van toepassing vanaf 16 september 2020 op alle zaken waarin op die dag nog geen met redenen omkleed voorstel van beslissing is overgemaakt aan het Mededingingscollege, met uitzondering van de zaken die voorwerp zijn van een schikkingsprocedure en waarvoor de auditeur al een mogelijke geldboete heeft meegedeeld in zoverre de schikkingsprocedure effectief leidt tot een schikking.[613]

681. Randnummer 3 van de Richtsnoeren bepaalt dat de BMA zich bij het berekenen van de geldboeten zal laten leiden door de door de Europese Commissie gebruikte Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten (verder "Commissierichtsnoeren")[614]*.*

VII.1.2 Basisbedrag van de boete

682. Overeenkomstig randnummer 19 van de Commissierichtsnoeren wordt het basisbedrag van de boete vastgesteld als een deel van de waarde van de verkopen dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk, vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft.

VII.1.2.a Berekeningsbasis en referentiejaar

683 Om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen, wordt uitgegaan van de waarde van de verkopen van de betrokken ondernemingen, namelijk van de omzet behaald door de betrokken ondernemingen in België die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houdt met de inbreuk.[615] *In deze zaak is de relevante omzet de omzet die door de betrokken fabrikanten in België wordt verwezenlijkt met de verkoop van sigaretten.*

684. Het referentiejaar voor de omzet dat in aanmerking wordt genomen, is normaliter het laatste volledige jaar waarin de onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen, in casu 2014.

685. De relevante omzet voor elke fabrikant is bijgevolg:

613 Richtsnoeren, rn. 13.

614 Richtsnoeren van de Commissie van 1 september 2006 voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *Pb C* 210/02.

615 Richtsnoeren, rn. 5.

Voor PMB: [VERTROUWELIJK][616],

voor BAT: [VERTROUWELIJK][617],

voor JTI: [VERTROUWELIJK][618] en

voor ITB: [VERTROUWELIJK][619].

VII.1.2.b Ernst van de inbreuk

686. De ernst van de inbreuk wordt geval per geval beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden. Het deel van de omzet dat in aanmerking wordt genomen, zal doorgaans maximaal 30% bedragen. Er wordt rekening gehouden met een aantal factoren zoals de aard van de inbreuk, het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, de geografische reikwijdte van de inbreuk, de mate waarin de mededinging en de mededingingsstructuur (potentieel kunnen) worden aangetast, de mate waarin de afnemers en/of consumenten benadeeld (kunnen) worden en de vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd.

687. Allereerst moet vastgesteld worden dat de praktijken in kwestie horizontaal van aard zijn en een indirecte vorm zijn van informatie-uitwisseling over consumentenverkoopprijzen van sigaretten. De fabrikanten hebben hun gedrag onderling afgestemd door voortdurend informatie over elkaars toekomstige prijzen te ontvangen en te gebruiken bij het bepalen van hun eigen prijsstrategie en zelf ook vergelijkbare informatie te sturen, zonder de verspreiding aan concurrenten tegen te gaan. Het gaat om informatie-uitwisseling met een mededingingsbeperkende strekking.

688. Daarenboven bestrijkt de inbreuk het gehele Belgische grondgebied.

689. Voorts zijn de fabrikanten elkaars belangrijkste concurrenten en nemen ze gezamenlijk een sterke marktpositie (meer dan 90%) in op het gebied van de verkoop van sigaretten in België.

690. De fabrikanten maken bovendien deel uit van grote multinationale ondernemingen, waren zich bewust van de onwettigheid van deze informatie-uitwisseling en dienden ervan op de hoogte te zijn dat de praktijken een inbreuk uitmaakten op de mededingingsregels. Dat de fabrikanten zich bewust waren van de onwettigheid van hun gedrag, wordt bevestigd door verklaringen van Tabagro:

> *"Laten we zeggen dat we wel voelen dat de betrokken fabrikanten hun gedrag hebben aangepast. Soms komen er wel nog vragen van een vertegenwoordiger, bijvoorbeeld of die Pall Mall weer zoveel gezakt is. En dan komt er een discussie op gang waarbij er weer informatie en prijslijsten worden uitgewisseld. We merken wel dat ze zeggen dat ze dat niet meer mogen krijgen." en*

616 Antwoord PMB van 9 juli 2020.
617 Antwoord BAT van 9 juli 2020.
618 Antwoord JTI van 26 juni 2020.
619 Antwoord ITB van 3 juli 2020.

"Er is inderdaad een voorbeeld waarbij een kleinhandel een communicatie van mij op zijn beurt naar een fabrikant had doorgestuurd. Dat was al na de huiszoeking. Die fabrikant heeft toen expliciet gezegd dat ze dat nooit meer mochten doen."[620]

691. Tenslotte behoren horizontale afspraken op het gebied van prijzen naar hun aard tot de categorie van de zeer ernstige mededingingsbeperkingen. De auditeur is echter van mening dat de indirecte vorm van informatie-uitwisseling, die in deze zaak aan de orde is, verschilt van de typische prijskartels waarbij prijzen worden afgestemd en concrete prijswijzigingen worden afgesproken. Om die reden kan worden aangenomen dat de negatieve gevolgen van de gedragingen in deze zaak minder zwaarwichtig zijn dan de negatieve gevolgen van klassieke horizontale prijsafspraken tussen concurrenten.

692. Gelet op bovenstaande vormt de uitwisseling van informatie tussen de vier betrokken fabrikanten omtrent hun toekomstig prijsgedrag een ernstige inbreuk op de mededingingsregels. De auditeur oordeelt dat, gelet op de aard en de context van de inbreuk, het passend is voor de factor ernst een percentage te hanteren dat zich eerder in het midden van de schaal situeert, namelijk 13%.

VII.1.2.c Duur van de inbreuk

693. Op basis van de in hoofdstuk IV aangetoonde feiten stelt de auditeur vast dat de inbreuk op 24 januari 2011 is gestart voor de vier fabrikanten. Dit is namelijk de eerste keer dat toekomstige prijsinformatie van de ene fabrikant (in casu BAT) via een groothandelaar (in casu Timani[621]*) bij de andere fabrikanten (in casu PMB, JTI en ITB) terechtkomt.*

694. Wat de einddatum van de inbreuk betreft, wordt gekeken naar de laatste maand waarin prijzen van toepassing zijn geweest die door de praktijk van informatie-uitwisseling zijn geraakt. Voor JTI en ITB heeft de inbreuk geduurd tot 31 januari 2015. Dit betreft de prijzen per 1 januari 2015 van JTI waarover ITB op voorhand informatie heeft ontvangen. Ook voor PMB en BAT is de einddatum 31 januari 2015. Dit betreft de prijzen per 1 januari 2015 van PMB waarover BAT op voorhand informatie heeft ontvangen.

695. De vastgestelde inbreuk heeft voor de vier fabrikanten dus de volgende duur: 48 maanden oftewel vier jaar. Hieruit volgt dat een vermenigvuldigingsfactor van vier dient te worden toegepast.

VII.1.2.d Toevoeging extra bedrag

696. Gezien de aard van de inbreuk acht de auditeur het niet noodzakelijk om een extra bedrag toe te voegen aan het basisbedrag.[622]

VII.1.3.Aanpassing in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden

620 Verhoor Tabagro, p. 22-23.

621 ITB ontvangt de info op 24 januari 2011 van Adicar, een detailhandelaar. Het ontvangt deze info ook een dag later, op 25 januari 2011, van Conway, een groothandelaar. Voor de berekening van de duur van de inbreuk maakt dit geen verschil uit.

622 Commissierichtsnoeren, rn. 25.

697. Randnummer 27 van de Commissierichtsnoeren voorziet dat het basisbedrag verhoogd of verlaagd kan worden wegens het bestaan van verzwarende, respectievelijk verzachtende omstandigheden.

698. Een niet-exhaustieve lijst van verzwarende of verzachtende omstandigheden is opgenomen in randnummers 28 en 29 van de Commissierichtsnoeren.

VII.1.3.a Verzwarende omstandigheden

699. De auditeur heeft geen verzwarende omstandigheden weerhouden.

VII.1.3.b Verzachtende omstandigheden

700. De auditeur neemt voor BAT als verzachtende omstandigheid in aanmerking dat er zich in het onderzoeksdossier geen bewijs bevindt dat zij informatie over toekomstige prijzen van concurrenten in aanmerking heeft genomen bij het bepalen van haar eigen marktbeleid.

701. In het licht hiervan past de auditeur voor BAT een verlaging toe van 15% op het basisbedrag.

VII.1.3.c Wettelijk maximum van de boete

702. Overeenkomstig de artikelen IV.79, §1, lid 1 en IV.84, §1 WER mogen de aan elk van de ondernemingen opgelegde geldboeten niet meer bedragen dan 10% van hun omzet, waarbij voor de inbreuken die een aanvang hebben genomen en gestopt zijn voor het in werking treden van de wet van 2 mei 2019, onder omzet wordt begrepen de totale omzet op de nationale markt en bij de export, behaald tijdens het boekjaar voorafgaand aan de beslissing. In casu dient dus het boekjaar 2019 te worden weerhouden.

703. De opgelegde geldboete mag bijgevolg niet meer bedragen dan:

a) [VERTROUWELIJK] voor PMB,

b) [VERTROUWELIJK] voor BAT,

c) [VERTROUWELIJK] voor JTI en

d) [VERTROUWELIJK] voor ITB.

[VERTROUWELIJK]

VII.2 Antwoord van de partijen op de Mededeling van Grieven

VII.2.1 De partijen konden de onrechtmatigheid en de beboeting van de betrokken gedragingen niet voorzien en handelden niet verwijtbaar

705. De partijen voeren aan dat er geen reden is voor de oplegging van een geldboete, of dat er hooguit plaats is voor een symbolische boete, aangezien de kwalificatie van de onderzochte gedragingen en de beboeting ervan niet voorzienbaar was. Een overtreding op basis van indirecte horizontale contacten/informatie-uitwisseling tussen concurrenten werd nooit eerder door de BMA of de Europese Commissie aangevoerd. Het zou gaan om een nieuwe schade- of inbreuktheorie en/of om een geheel nieuwe toepassing van het kartelverbod, waarvoor geen precedenten bestaan. De partijen konden niet voorzien dat het enkel ontvangen via hun groothandelaren van prijslijsten van andere concurrerende fabrikanten zonder zich daartegen te verzetten, een inbreuk op het mededingingsrecht zou vormen.

Evenmin konden zij vermoeden dat de eigen prijslijsten systematisch zouden worden bekendgemaakt aan concurrenten. Aangezien de inbreuk onvoorzienbaar was, handelden de partijen ook niet verwijtbaar.[623]

VII.2.2 De auditeur heeft de ernst van de inbreuk verkeerd beoordeeld

706. De partijen voeren aan dat de BMA ten onrechte heeft geoordeeld dat de onderzochte gedragingen een ernstige inbreuk op de mededingingsregels vormen. Er zou geen sprake zijn van een horizontale of directe uitwisseling van consumentenverkoopprijzen maar van louter legitieme verticale communicaties van prijslijsten in het kader van een leverancier-afnemer relatie die ruim beschikbaar waren,[624] *en zeker niet van klassieke heimelijke prijskartels en marktverdeling.*[625] *De onderzochte gedragingen zouden hoogstens tot gevolg hebben gehad dat "het competitief proces ietwat werd versneld maar geenszins minder was"*[626] *of geen negatieve gevolgen hebben gehad aangezien de relevante periode werd gekenmerkt door hevige en voortdurende concurrentie tussen de fabrikanten,*[627] *zonder enige reductie in intensiteit.*[628] *Uit de aangehaalde verklaringen van een groothandelaar zou niet kunnen afgeleid worden dat de fabrikanten bewust waren van de onwettigheid van hun gedrag.*[629] *In ieder geval is een ernstfactor van 13% buitensporig vermits uit recente beslissingen van de Europese Commissie en de BMA blijkt dat zelfs in zeer ernstige inbreukzaken de ernstfactor beperkt blijft tot 15-20%.*[630] *Voorts stelt BAT dat zij slechts een beperkt aantal keren prijsinformatie van haar afnemers ontving en ook enkel prijsinformatie afkomstig van één van haar concurrenten, zodat de BMA een differentiatie tussen de fabrikanten had moeten toepassen en een lagere ernstfactor t.a.v. BAT.*[631]

VII.2.3 De auditeur heeft de respectieve rol van de partijen verkeerd beoordeeld

707. JTI voert aan dat zij tijdens de relevante periode een bescheiden speler was op het gebied van de productie en de verkoop van sigaretten in België, met in vergelijking tot de andere fabrikanten het kleinste marktaandeel, en slechts actief met twee substantiële merken. Aangezien JTI geen prijsverhogingen zou hebben geïnitieerd of gestimuleerd, zou haar rol beperkt geweest zijn.[632]

708. Ook zou JTI slechts vier prijslijsten hebben verzonden, waarvan één een pro-competitieve prijsintroductie betrof, en een andere enkel prijsdalingen betrof, en kwamen de prijslijsten niet bij alle drie de andere fabrikanten terecht.[633]

709. ITB voert aan niet te zijn betrokken bij enige onderlinge afgestemde feitelijke gedraging nu er maar één indirect bewijs is dat haar prijslijsten bij een andere concurrent zijn

623 Antwoord JTI, rn. 287; Antwoord BAT, rns. 276-280; Antwoord PMB, rns. 181-183; Antwoord ITB, rn. 810.
624 Antwoord ITB, rns. 813-815; Antwoord JTI, rns. 288-290.
625 Antwoord ITB, rn. 816; Antwoord BAT, rn. 292.
626 Antwoord ITB, rn. 817.
627 Antwoord BAT, rns. 293-294.
628 Antwoord JTI, rn. 292.
629 Antwoord ITB, rn. 821; Antwoord BAT, rn. 295; Antwoord JTI, rn. 291.
630 Antwoord ITB, rn. 819; Antwoord BAT, rn. 296.
631 Antwoord BAT, rn. 297.
632 Antwoord JTI, rn. 293.
633 Antwoord JTI, rns. 296-297.

terechtgekomen en zij, voor zover dit nodig was, quod non, met de prijsmededelingen per gewone post in feite het nodige heeft gedaan (en erin geslaagd is) om de "doorzending ervan aan hun concurrenten te beperken".[634]

VII.2.4 De auditeur heeft de duur van de inbreuk en daarmee de vermenigvuldigingsfactor onjuist bepaald

710. De auditeur verwijst naar IV.3.4 voor een uiteenzetting van de argumenten van partijen qua berekening van de duur.

711. Hieruit volgt volgens BAT en JTI dat de vermenigvuldigingsfactor dient te worden bijgesteld naar drie. ITB en PMB verbinden hieraan geen gevolgen voor de vermenigvuldigingsfactor maar stellen dat een boete helemaal niet aan de orde is.

VII.2.5 De auditeur heeft het bestaan van verzachtende omstandigheden verkeerd ingeschat

712. ITB voert aan dat de auditeur ten onrechte (behalve voor BAT) geen verzachtende omstandigheden heeft aangenomen ondanks de legitieme en zwaar gereguleerde context waarin de onderzochte gedragingen plaatsvonden, het nieuwe karakter van de toepassing van de mededingingsregels op deze gedragingen (gebrek aan precedenten) en het gebrek aan bewijs van negatieve gevolgen voor de mededinging. In dit verband wijst BAT naar de ACM die in de parallelle zaak in Nederland een boetevermindering van 50% heeft toegepast op basis van de overweging dat zich in de Europese jurisprudentie nog niet eerder een vergelijkbaar geval heeft voorgedaan en dat er sprake is van een zeer sectorspecifieke regelgeving.[635]

713. BAT meent dat de auditeur de voor haar voorgestelde boetevermindering van 15% moet heroverwegen omdat zij een beperkte rol in de inbreuk had. In vergelijking met de andere deelnemers zou BAT slechts een beperkt aantal keren prijsinformatie van haar afnemers hebben ontvangen en ook enkel prijsinformatie afkomstig van slechts één van haar concurrenten. Meer bepaald vraagt BAT dat op zijn minst evenredig nog eens eenzelfde boeteverlaging zou worden toegepast.[636]

VII.3 Analyse van de auditeur

VII.3.1 De onrechtmatigheid van de onderzochte gedragingen was voorzienbaar voor de partijen en de vastgestelde inbreuk was hen verwijtbaar

714. De auditeur erkent dat volgens de rechtspraak het beginsel nulla poena (nullum crimen, nulla poena sine lege) zich kan verzetten tegen de toepassing met terugwerkende kracht van een nieuwe uitlegging van een norm die een overtreding vastlegt, in het bijzonder in het geval wanneer het resultaat van die uitlegging niet redelijkerwijs voorzienbaar was op het moment waarop de overtreding werd begaan, met name gelet op de uitlegging die destijds in de rechtspraak over de betrokken wettelijke bepaling werd gehanteerd.[637]

634 Antwoord ITB, rn. 809.
635 Antwoord ITB, rns. 822-826.
636 Antwoord BAT, rns. 299-302.
637 Arrest van het Gerecht van 8 juli 2008, T-99/04, *AC Treuhand/Commissie*, rn. 142 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

715. In casu is de auditeur echter van oordeel dat in het licht van de rechtspraak die "ieder al dan niet rechtstreeks contact" en uitwisseling, via derde partijen, van strategische informatie tussen concurrenten "onverbiddelijk" verbiedt,[638] in samenhang met de rechtspraak die de uitwisseling tussen concurrenten van informatie over toekomstige prijzen als zeer ernstige kartelinbreuken beschouwt,[639] de partijen niet kunnen loochenen dat de onderlinge uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen via de groothandelaren een inbreuk vormt op de mededingingsregels. Het gaat in de onderhavige zaak niet over de loutere uitwisseling van informatie tussen fabrikant en groothandelaar in een zuiver verticale relatie, maar om de horizontale uitwisseling van informatie over toekomstige, nog niet-openbare prijzen. Evenmin kunnen de partijen worden gevolgd in hun betoog dat zij niet konden voorzien dat het ontvangen van prijslijsten van een andere fabrikant via hun groothandelaren een inbreuk zou uitmaken. Immers, zij wisten, of konden redelijkerwijze voorzien, dat de eigen prijslijsten via ditzelfde kanaal bij hun concurrenten terecht zouden komen. De ontvangst door een fabrikant van de prijslijsten van zijn afnemers ging verder dan een louter verticale informatiestroom en maakte deel uit van een systeem van horizontale uitwisseling van informatie.

716. Om dezelfde redenen is de inbreuk hen ook verwijtbaar. Uit de rechtspraak volgt dat aan de voorwaarde dat de inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid moet zijn gepleegd om een boete te kunnen opleggen, is voldaan wanneer de betrokken onderneming niet onkundig kan zijn van het mededingingsverstorende karakter van haar gedrag, ongeacht of zij zich ervan bewust was, de mededingingsregels te schenden.[640]

VII.3.2 De auditeur heeft de ernst van de inbreuk correct beoordeeld

717. Allereerst herinnert de auditeur eraan dat precies omdat de onderzochte gedragingen een indirecte vorm van informatie-uitwisseling uitmaakten, hij deze gedragingen niet als behorende tot de ernstigste mededingingsinbreuken, zoals horizontale prijskartels, heeft beschouwd, en bijgevolg een ernstcoëfficiënt heeft gehanteerd die zich eerder in het midden van de schaal situeert, namelijk 13%. Dit percentage ligt duidelijk ver onder het maximum van 30% van de waarde van de verkopen dat in punt 21 van de Commissierichtsnoeren is vastgelegd en het aandeel van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen is niet "hoog" zoals punt 23 van deze richtsnoeren voorziet voor de ernstigste mededingingsinbreuken.

718. Desalniettemin heeft de auditeur op basis van het gevoerde onderzoek vastgesteld dat de gedragingen neerkomen op een voortdurende horizontale uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen tussen fabrikanten waarvan de verticale informatiestromen tussen leverancier (fabrikant) en afnemer (groothandelaar) een onderdeel vormden. De fabrikanten gebruikten de ontvangen niet-openbare prijsinformatie om de eigen prijsstrategie aan te passen, hetgeen als een ernstige mededingingsinbreuk moet worden gekwalificeerd.

---

638 Arresten van het Hof van 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie*, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, rn. 174 en van 21 juli 2016, *SIA VM Remonts*, C-542/14, rn. 31.

639 Arrest van het Gerecht van 16 september 2013, *Wabco Europe e.a./Commission*, zaak T-380/10, rn. 78; arrest van het Gerecht van 15 december 2016, *Koninklijke Philips NV / Commissie*, zaak T-762/14, rn. 63; arrest van het Hof van Justitie van 26 september 2018, *Infineon Technologies AG*, zaak C-99/17 P, rns. 134-135 en 155-157.

640 Zie arresten van het Hof van 10 juli 2014, *Telefonica*, C-295/12 P, rn. 156, en van 18 juni 2013, *Schenker*, C-681/11, rn. 37.

719. Verder heeft de auditeur reeds uiteengezet dat deze informatie-uitwisseling wezenlijke negatieve gevolgen heeft gehad op de mededinging doordat de fabrikanten elkaars marktgedrag beter konden inschatten dan wanneer zij niet over deze informatie beschikken en sneller en directer kennis kregen dan via de markt van het prijsbeleid van concurrenten en deze informatie konden gebruiken, en ook daadwerkelijk gebruikten, om hun eigen prijsbeleid aan te passen. Deze informatie-uitwisseling schiep een wezenlijk voordeel voor de fabrikanten, hetgeen wordt bevestigd door de lange "lead time" die geldt voor het implementeren van prijsaanpassingen in de markt.

720. Het feit dat de verklaring van de groothandelaar betrekking had op het gedrag van een fabrikant ná de huiszoekingen ontkracht niet de vaststelling van de auditeur dat de fabrikanten hiermee tonen zich bewust te zijn van de onwettigheid van hun gedrag. Als zij er zo van overtuigd waren dat de onderzochte gedragingen louter neerkomen op een verticale uitwisseling van informatie tussen leverancier en afnemer, is het vreemd dat zij hun gedrag hebben aangepast.

721. Bijgevolg blijft de auditeur bij zijn standpunt dat door een ernstcoëfficiënt van 13% te weerhouden de ernst van de betrokken inbreuk op de mededingingsregels correct werd beoordeeld.

722. Het argument dat een mededingingsautoriteit, zoals de BMA of de Europese Commissie, in het verleden voor zeer ernstige mededingingsinbreuken ernstfactoren zou hebben gehanteerd die "nagenoeg gelijk" (15% en 17%) zijn aan de ernstfactor van 13% in de onderhavige zaak[641] of die in de bandbreedte 15-20% liggen,[642] moet worden verworpen. Allereerst ligt de ernstfactor van 13% beneden de genoemde ernstfactoren en bandbreedte. Bovendien is het vaste rechtspraak dat de vroegere beschikkingspraktijk van een mededingingsautoriteit niet als rechtskader voor geldboeten in mededingingszaken fungeert, en dat beslissingen in andere zaken enkel een indicatieve waarde hebben wat het al dan niet bestaan van discriminaties betreft aangezien het weinig aannemelijk is dat de omstandigheden in de verschillende zaken, zoals de betrokken markten, producten, ondernemingen en periodes, dezelfde zijn.[643]

VII.3.3 De auditeur heeft de respectieve rol van de partijen correct beoordeeld

723. Aangaande het argument dat bij de vaststelling van de ernstcoëfficiënt een differentiatie tussen de ondernemingen had moeten worden toegepast, wijst de auditeur op de vaste rechtspraak volgens welke het een mededingingsautoriteit vrijstaat, bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk of bij de aanpassing van het basisbedrag op grond van verzachtende of verzwarende omstandigheden, het relatieve gewicht van de deelname van een onderneming aan een inbreuk en de bijzondere omstandigheden van de zaak in aanmerking te nemen. In

641 Antwoord BAT, rn. 296 en voetnoot 210.

642 Antwoord ITB, rn. 819.

643 Arresten van het Hof van 21 september 2006, *JCB Service/Commissie*, C-167/04 P, rns. 201 en 205, en van het Gerecht van 8 juli 2008, *Knauf Gips AG / Commissie*, T-52/03, rn. 425.

beide gevallen wordt immers bij vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening gehouden met het individuele gedrag van de betrokken onderneming.[644]

724. In deze zaak is de auditeur van oordeel dat hij de respectieve rol van iedere partij correct heeft beoordeeld, ongeacht of dit nu gebeurt in het kader van de aanpassing van het basisbedrag of bij de beoordeling van de verzachtende of de verzwarende omstandigheden.

725. Voor wat betreft het argument van JTI dat zij tijdens de relevante periode een bescheiden speler was op het gebied van productie en verkoop van sigaretten in België, is de auditeur van oordeel dat er bij de boeteberekening op basis van de betrokken omzet voldoende rekening gehouden wordt met het marktaandeel en het belang van JTI op de markt. De auditeur volgt JTI verder niet waar zij argumenteert slechts een beperkte rol te hebben gehad in de inbreuk. Hoewel het klopt dat van JTI slecht vier prijslijsten met toekomstige prijzen werden aangetroffen bij één of meerdere concurrenten, heeft JTI wel gedurende de ganse inbreukperiode verschillende prijslijsten ontvangen. Er werden in hoofde van JTI in totaal 36 ontvangstmomenten vastgesteld, het op één na hoogste aantal. JTI gebruikte de ontvangen informatie bij het bepalen van haar eigen marktgedrag waardoor van zelfstandig marktgedrag geen sprake was.

726. Voor wat betreft de rol van ITB bij de inbreuk betwist de auditeur niet dat slechts op één moment informatie in verband met toekomstige prijzen van ITB werd teruggevonden bij een concurrent. Hij volgt ITB echter niet waar deze stelt niet betrokken te zijn geweest bij enige onderling afgestemde feitelijke gedraging. Tijdens de inbreukperiode heeft ITB 47 keer informatie over haar concurrenten ontvangen, het hoogste aantal van alle fabrikanten. Zij heeft dus het vaakst gebruik kunnen maken van de ontvangen informatie bij het bepalen van haar eigen marktgedrag.

727. Ook voor BAT ziet de auditeur geen reden om de boete (in de vorm van de ernstfactor) te verlagen vanwege haar beperkte rol bij de inbreuk. BAT heeft over de jaren heen verschillende keren prijsinformatie ontvangen en verzonden. Hiermee leverde BAT keer op keer een bijdrage aan de bestaande praktijk en hield zij die mee in stand. Bovendien blijkt uit het bewijsmateriaal dat zij ook verwachtte de prijsinformatie te ontvangen en ging het deze actief opvragen indien zij meende iets te mogen ontvangen.[645]

VII.3.4 De auditeur heeft de duur van de inbreuk en daarmee de vermenigvuldigingsfactor correct bepaald voor ITB, JTI en PMB maar niet voor BAT

728. De auditeur gaat akkoord met BAT en past de vermenigvuldigingsfactor aan van vier naar twee komma negen; daarentegen behoudt hij de vermenigvuldigingsfactor van vier voor PMB, JTI en ITB. Zie IV.4.4 voor de argumenten dienaangaande.

VII.3.5 De auditeur heeft het bestaan van verzachtende omstandigheden correct bepaald

644 Arresten van het Hof van 26 september 2018, C-99/17 P, *Infineon Technologies AG / Commissie*, rn. 199 en van 11 juli 2013, *Team Relocations e.a./Commissie*, C-444/11 P, niet gepubliceerd, rns. 104-105.

645 Huiszoekingsdocumenten 1720-06_00000010 en 1720-06_00000011.

729. Vooreerst merkt de auditeur op dat hij bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk en de vaststelling van de ernstcoëfficiënt heeft rekening gehouden met de omstandigheid dat de onderzochte gedragingen een indirecte vorm van informatie-uitwisseling uitmaken die verschilt van de typische prijskartels.

730. De auditeur neemt de gereguleerde context van de sigarettenmarkt niet in aanmerking als een factor voor een boeteverlaging. De strenge regels in verband met de reclame voor sigaretten en het groot aandeel van de accijnzen en belastingen in de consumentenverkoopprijs, hebben tot gevolg dat de concurrentie zich voornamelijk afspeelt op het vlak van de prijzen (en dan nog een beperkt deel daarvan). De omstandigheid dat een markt gekenmerkt wordt door verregaande regulering en verminderde mogelijkheid van prijsconcurrentie is een element dat veeleer zou moeten bijdragen aan de ernst van de inbreuk.[646]

731. Wat het argument betreft dat de onderzochte gedragingen geen negatieve gevolgen voor de mededinging hebben gehad, verwijst de auditeur naar zijn eerdere vaststellingen die aantonen dat door de informatie-uitwisseling de fabrikanten sneller en directer dan via de markt kennis kregen van het prijsbeleid van concurrenten en deze informatie konden gebruiken, en (behalve BAT) ook daadwerkelijk gebruikten om hun eigen prijsbeleid aan te passen.

VII.4 Conclusie

732. De waarde van de verkopen die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houden met de inbreuk bedraagt:

a. *voor PMB: [VERTROUWELIJK],*
b. *voor BAT: [VERTROUWELIJK],*
c. *voor JTI: [VERTROUWELIJK] en*
d. *voor ITB: [VERTROUWELIJK]*

733. De ernstcoëfficiënt voor de inbreuk wordt omwille van de redenen aangegeven supra vastgelegd op 13%.

734. De duur van de inbreuk bedraagt twee jaar en elf maanden voor BAT en vier jaar voor PMB, JTI en ITB.

735. Er worden enkel verzachtende omstandigheden weerhouden voor BAT.

736. De boetebedragen vóór toepassing van het wettelijk plafond van 10% bedragen:

a. *voor PMB: [VERTROUWELIJK],*
b. *voor BAT: [VERTROUWELIJK],*
c. *voor JTI: [VERTROUWELIJK] en*

646 Zie in deze zin: beslissing n° ABC-2021-P/K-09 van 6 mei 2021 in zaken n° CONC-PK-17/0038 en CONC-PK-18/0001, *Newpharma et Pharmasimple / Caudalie*, rns. 154 en 170 (en voorstel van beslissing van de auditeur, rns. 356-359 en 380), en beslissing n° ABC-2021-I/O-05 van 26 maart 2021 in zaak n° CONC-I/O-16/0011, *MediCare-Market - Ordre des Pharmaciens*, rn. 45.

d. *voor ITB: [VERTROUWELIJK]*

737. Het wettelijk plafond van 10% van hun omzet bedraagt:

a. *[VERTROUWELIJK] voor PMB,*

b. *[VERTROUWELIJK] voor BAT,*

c. *[VERTROUWELIJK] voor JTI en*

d. *[VERTROUWELIJK] voor ITB.*

738. Bijgevolg meent de auditeur dat de boetes opgelegd aan partijen [VERTROUWELIJK].

VIII. Voorstel van de auditeur aan het Mededingingscollege

739. In het licht van het voorgaande heeft de auditeur de eer het volgende voor te stellen aan het Mededingingscollege:

1. *Vaststellen dat de volgende ondernemingen 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 met als doel het verminderen van de onzekerheid omtrent elkaars prijsgedrag:*
    - *Philip Morris Benelux BVBA,*
    - *Établissements L. Lacroix Fils NV,*
    - *JT International Company Netherlands BV.*
2. *Vaststellen dat British American Tobacco Belgium NV een inbreuk heeft begaan op de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU door gedurende de periode van 14 februari 2012 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 met als doel het verminderen van de onzekerheid omtrent elkaars prijsgedrag.*
3. *Op grond van artikel IV.79, §1, lid 1 WER een boete van [VERTROUWELIJK] opleggen aan Philip Morris Benelux BVBA, met maatschappelijke zetel te Borsbeeksebrug 24, 2600 Berchem, België en ondernemingsnummer 0403.196.039*
4. *Op grond van artikel IV.79, §1, lid 1 WER een boete van [VERTROUWELIJK] opleggen aan Établissements L. Lacroix Fils NV, met maatschappelijke zetel te Sint-Bavostraat 66, 2610 Antwerpen, België en ondernemingsnummer 0404.266.702.*
5. *Op grond van artikel IV.79, §1, lid 1 WER een boete van [VERTROUWELIJK] opleggen 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.*

6. *Op grond van artikel IV.79, §1, lid 1 WER een boete van [VERTROUWELIJK] opleggen aan British American Tobacco Belgium NV, met maatschappelijke zetel te Nieuwe Gentsesteenweg 21, 1702 Dilbeek, België en ondernemingsnummer 0402.018.577.*

IV. Schriftelijke opmerkingen

IV.1 British American Tobacco Belgium NV

35. British American Tobacco Belgium NV heeft schriftelijke opmerkingen neergelegd (109 bladzijden, waarvan hieronder een samenvatting):

> *"1. Naar het oordeel van BAT vormen het onderzoek van het Auditoraat en zijn Voorstel van Beslissing geen geldige basis om een inbreuk op het kartelverbod vast te stellen. Hiervoor gelden de volgende redenen:*
>
> *2. **Ten eerste** is het Voorstel voor Beslissing gebaseerd op de centrale veronderstelling dat rechtmatig verzonden informatie in een verticale context aan afnemers, waarbij sommige afnemers soms eenzijdig besloten deze informatie te sturen aan andere fabrikanten, op de een of andere manier neerkomt op een horizontaal kartel tussen de fabrikanten. Er was echter geen (directe of indirecte) uitwisseling van informatie tussen de fabrikanten. In het Voorstel van Beslissing stelt het Auditoraat dat er sprake zou zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, maar geeft daarbij niet aan (laat staan: bewijst) welke vereiste mentale elementen deze gesuggereerde verstandhouding tussen de fabrikanten (en tussen de afnemers en de fabrikanten) tot stand zou brengen.*
>
> - *Voor zover BAT weet, is er geen precedent of grondslag in het mededingingsrecht dat afnemers zou verbieden om tijdens verticale besprekingen met een leverancier (prijs)informatie bekend te maken die zij via legitieme marktbronnen hebben ontvangen (inclusief van haar andere leveranciers). Evenmin verbiedt het mededingingsrecht een leverancier om dergelijke informatie van een afnemer te ontvangen. De reden hiervoor is eenvoudig: dergelijke (verticale) uitwisselingen van informatie zijn gebruikelijk en inherent in commerciële relaties tussen leveranciers en afnemers.*
> - *Evenzo is het volkomen legitiem voor een fabrikant om zijn prijzen aan afnemers te sturen. Anders zou er geen handel mogelijk zijn. In het Voorstel van Beslissing zelf wordt dit uitdrukkelijk erkend.*[647]
> - *Hiermee zou de zaak af moeten zijn: zonder bewijs van het mentale element (bewustzijn) dat vereist is om een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen fabrikanten aan te tonen, zeker als het informatie betreft die rechtmatig met afnemers is gedeeld, is er geen sprake van een inbreuk.*
> - *In de periode dat BAT bij de vermeende onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken was, kwamen uiteindelijk meer dan 1,4 miljoen vastgestelde prijslijsten van de andere fabrikanten bij groothandelaren en detailhandelaren in België terecht. In 18*

[647] Voorstel van Beslissing, rnrs. 478, 494, 636 en 645.

gevallen besloot een afnemer (van BAT) een dergelijke prijslijst van één concurrerende fabrikant door te sturen naar BAT. Dat is minder dan 0,002%. De prijslijsten hadden enkel betrekking op PMB en in alle gevallen werden ze doorgestuurd door een afnemer van BAT die:

- *Geenszins suggereerde dat de informatie op verzoek of met medeweten van PMB werd verstrekt; en*
- *Blijkens zijn eigen verklaringen in het dossier van de BMA, zijn eigen individuele commerciële redenen had om in die specifieke gevallen eenzijdig te besluiten de (toegezegde) prijslijsten aan BAT toe te sturen.*

- *Gelet op het voorgaande is er geen basis waaruit ABT had kunnen (of moeten) afleiden dat deze afnemer in deze gevallen prijslijsten stuurde als onderdeel van een poging om gedragingen met andere fabrikanten te coördineren, laat staan dat BAT had kunnen (of moeten) afleiden dat andere fabrikanten de intentie hadden om te coördineren. In feite heeft de afnemer die in een aantal gevallen besloot om BAT prijslijsten te sturen, tegenover het Auditoraat, zoals vermeld, uitdrukkelijk verklaard dat hij op eigen initiatief handelde om zijn eigen commerciële redenen.*
- *Ten slotte moesten de betrokken prijslijsten (i) door PMB aan haar afnemers worden verstuurd (zoals door het Auditoraat wordt erkend)[648]; (ii) betroffen het vastgestelde prijzen (die dus als zodanig niet toekomstig zijn) en (iii) werden zij aan de gehele markt toegezonden.*

3. ***Ten tweede*** *wordt in het Voorstel van Beslissing erkend dat BAT zich in een te onderscheiden situatie bevindt in vergelijking met de andere fabrikanten wat betreft (i) haar kortere betrokkenheid bij de vermeende inbreuk en (ii) het ontbreken van enig bewijs dat BAT de informatie die het van haar afnemer ontving in aanmerking nam bij het vaststellen van haar eigen prijzen. Het Auditoraat gaat voor haar conclusie dat BAT deelnam aan de vermeende onderling afgestemde feitelijke gedraging, voorbij aan het feit dat het bewijs waarop het zich baseert om BAT bij de vermeende inbreuk te betrekken ontbreekt, ook in vergelijking met de vermeende feiten betreffend andere fabrikanten:*

- *Voor BAT was het slechts één individuele afnemer (Timani) die besloot PMB-prijslijsten door te sturen. Dit gebeurde 18 van de 29 keer dat PMB in de relevante periode prijslijsten naar de markt stuurden, en nul van de (minstens) 38 keer dat JTI en ITB prijslijsten naar de markt stuurden. Zoals hierboven aangetoond, had BAT geen reden om aan te nemen dat de acties van haar afnemer door PMB werden gedreven of gesteund als middel om indirecte gedrag te coördineren (noch met PMB, noch met ITB en JTI).*
- *De ontvangen informatie had alleen betrekking op PMB en het Auditoraat beweert niet dat BAT van een van haar klanten enige prijsinformatie (of andere informatie) over JTI of ITB ontving. Het is hoe dan ook onjuist om ten aanzien van BAT te beweren dat "de fabrikanten hun gedrag coördineren door voortdurend informatie over elkaar*

[648] Voorstel van Beslissing, rnrs. 478, 494, 636 en 645.

toekomstige prijzen te ontvangen", zoals het Auditoraat doet ter ondersteuning van de bevindingen in het Voorstel van Beslissing.

- *Het ontbreken van enig bewijs dat BAT zich baseerde op de ontvangen informatie bij het bepalen van haar eigen commerciële gedrag, verhoudt zich niet met de suggestie dat BAT zich bewust zou zijn geweest van een poging tot horizontale coördinatie, of dat BAT de informatie voor haar eigen commerciële doeleinden van strategische waarde zou hebben geachte en daarnaar handelde.*
- *Geen van deze gedragingen wijst erop dat BAT deel zou kunnen hebben uitgemaakt van een kartel, laat staan dat het Auditoraat onder de vereiste (hoge) maatstaf heeft bewezen dat BAT deelnam aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging met drie andere tabaksfabrikanten.*

*4. **Ten derde** is het door het Auditoraat verrichte onderzoek onzorgvuldig, aangezien de rol van de afnemers in de vermeende onderling afgestemde feitelijke gedraging niet objectief is onderzocht. Dit ondanks het feit dat zou moeten worden bewezen dat een afnemer, wanneer hij besluit een prijslijst door te sturen, daarmee volgens het Auditoraat beoogde bij te dragen aan de vermeende horizontale onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen BAT en de andere fabrikanten. Bij gebrek aan bewijs van een verstandhouding (bewustzijn) waarin de afnemers beoogden bij te dragen aan de vermeende inbreuk, kan geen sprake zijn van een zaak op grond van artikel IV.1 WER of artikel 101 VWEU.*

- *Voor zover het Auditoraat heeft onderzocht wat de rol en de bedoeling van de afnemers was, bevestigt het daaruit resulterende bewijsmateriaal opnieuw dat de afnemers louter unilateraal en individueel hebben gehandeld (zie de uitdrukkelijke verklaringen in die zin van Timani en Tabagro, waar hierboven naar wordt verwezen).*
- *Het Auditoraat stelt dat Timani en Tabagro "betrokken ondernemingen" zijn, maar tegelijkertijd worden zij in het Voorstel van Beslissing niet gerekend tot de ondernemingen die deel uitmaken van de vermeende onderling afgestemde feitelijke gedraging en wordt niet voorgesteld de Beslissing tot hen te richten.*
- *Indien het Auditoraat de rol van de afnemers objectief en zorgvuldig had onderzocht, met inbegrip van andere afnemers die hij volledig heeft nagelaten te onderzoeken, dan zou de uitkomst enkel een diametraal tegenovergestelde conclusie ondersteunen, en niet het beweerde bestaan van een horizontaal kartel dat "gefaciliteerd" werd door afnemers.*

*5. **Ten vierde** bevat het Voorstel van Beslissing belangrijke bijkomende juridische gebreken, waaronder:*

- *De vaststelling dat er sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging terwijl er geen afstemmingselement was, geen parallel marktgedrag – integendeel, hevige concurrentie! – en geen oorzakelijk verband tussen eventuele afstemming en marktgedrag;*
- *De overweging dat BAT deelnam aan één enkele voortdurende inbreuk die bestond uit een "uitwisseling van prijsinformatie [die] plaatsvond met een gemeenschappelijk doel en door consistent en complementair gedrag van de vier fabrikanten", terwijl het*

slechts één afnemers was die BAT soms informatie over slechts één van de andere drie fabrikanten toezond. Niets in het dossier wijst erop dat BAT wist of had kunnen weten, of bereid was, het risico te aanvaarden om deel te nemen aan een "systematische uitwisseling" met de andere drie fabrikanten; en

- *De kwalificatie van de gedraging als een strekkingsbeperking, terwijl er geen ervaring is met de schadetheorie die centraal staat in het Voorstel van Beslissing en de vermeende gevolgen ervan voor de mededinging. Het Auditoraat gaat ook voorbij aan talloze aanwijzingen die onverenigbaar zijn met de suggestie dat de verticale informatie stromen – die zouden berusten op coördinatie tussen de fabrikanten – de mededinging zelfs maar zouden kunnen beïnvloeden. Het feit dat de prijslijsten die "indirect werden uitgewisseld" in feite (i) vastgesteld/gecommitteerde prijzen waren die (ii) werden verspreid onder het gehele klantenbestand van elke fabrikant, is in strijd met het beweerde "strategische karakter" van dergelijke informatie voor het concurrentieproces. Bovendien, zelfs indien de aard van informatie de onzekerheid zou kunnen verminderen – hetgeen niet het geval was – was de (in)frequentie en de reikwijdte van de aan BAT toegezonden informatie (d.w.z. slechts een aantal prijslijsten betreffende slechts één andere fabrikant; PMB) niet van dien aard zodat zij aantonen dat de gedraging naar haar aard schadelijk is voor de geode werking van de medegingen in de zin die is vereist om een dergelijke gedraging te kunne kwalificeren als een beperking "met mededingingsbeperkende strekking".*

6. Gelet op het voorgaande verzoekt BAT uw College eerbieding om het Voorstel van Beslissing af te wijzen."

IV.2 Philip Morris Benelux BVBA

36. Philip Morris Benelux BVBA heeft schriftelijke opmerkingen neergelegd (151 bladzijden, waarvan hieronder een samenvatting):

1. *"Het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit (het "Auditoraat") heeft op 1 oktober 2021 een voorstel van beslissing uitgebracht in de zin van artikel IV.46, §4 van het Wetboek Economisch Recht ("WER") in Zaak MEDE-I/O-17/0020 (het "Voorstel"). Het Voorstel voorziet de oplegging van aanzienlijke geldboetes voor een beweerde overtreding van artikel IV.1 WER en artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") op de markt voor sigaretten in België. Philip Morris Benelux B.V. ("PM")1 weerlegt de beschuldigingen uit het Voorstel in deze schriftelijke opmerkingen (de "Schriftelijke Opmerkingen").*
2. *Het Voorstel beweert dat PM van 24 januari 2011 tot en met 31 januari 2015 (de "Relevante Periode") heeft deelgenomen aan een horizontale onderling afgestemde feitelijke gedraging met ITB en JTI – en vanaf 14 februari 2012 ook met BAT – voor de indirecte uitwisseling, via wederzijdse afnemers, van informatie over toekomstige prijzen in strijd met artikel IV.1 WER en artikel 101, eerste lid VWEU (¶¶2, 88, 92). De vermeende feitelijke gedraging zou de strategische onzekerheid over toekomstig prijsgedrag hebben verminderd en derhalve tot strekking hebben gehad de mededinging op de Belgische markt voor sigaretten te verhinderen, beperken, of vervalsen (¶¶493, 512-541, 549, 648-662). PM betwist deze beweringen stellig, en met name de bewering*

dat PM met BAT, JTI, en ITB zou hebben samengewerkt aan de uitwisseling van prijsaankondigingen via afnemers. En zonder feitelijke samenwerking geen inbreuk.

3. *Dit is geen gewone kartelzaak. Het is immers onbetwist dat PM met geen van haar concurrenten rechtstreeks contact had over prijzen, of heeft deelgenomen aan enige rechtstreekse uitwisseling van prijsinformatie met concurrenten. Dit is ook geen "hub-and-spoke"-kartelzaak. In traditionele "hub-and-spoke"-zaken was er geen legitieme reden voor retailers om prijzen aan een leverancier (de "hub") mee te delen en geen legitieme reden voor de leverancier om die informatie vervolgens door te geven aan concurrerende retailers. De informatie in die zaken was aantoonbaar niet bedoeld voor de leverancier maar voor andere retailers met het oog op horizontale afstemming. Het feitenpatroon in deze zaak verschilt wezenlijk, en toont geen horizontale samenwerking.*

4. *In deze zaak hebben PM en de drie andere fabrikanten een dwingende en legitieme reden om hun consumentenverkoopprijzen op voorhand aan afnemers (de vermeende "hub") te zenden, gelet op de wettelijk opgelegde verticale prijsbinding waarbij fabrikanten de consumentenprijzen voor sigaretten vaststellen. Het is ook normaal dat PM haar commerciële voorwaarden met haar afnemers onderhandelde in het licht van wat die afnemers, om hun eigen beweegredenen, van tijd tot tijd meedeelden over de voorwaarden die werden aangeboden door PM's concurrenten (waarbij aangekondigde consumentenprijzen een proxy waren voor de groothandelsmarge). PM's aankondigingen hadden bovendien een bindend karakter ("commitment value"). PM verbond zich om aan afnemers te verkopen tegen de aangekondigde consumentenverkoopprijzen (en de daarvan afgeleide netto ex-fabrieksprijzen) en wijzigde eenmaal aangekondigde prijzen niet. In zulke omstandigheden is het redelijkerwijs niet mogelijk om te concluderen, uit het enkele feit dat afnemers van tijd tot tijd informatie van de ene fabrikant aan een andere fabrikant doorgaven, dat er sprake was samenwerking tussen fabrikanten en beperking van de mededinging.*

5. *Het Voorstel probeert in feite een nieuwe gedragsnorm op te leggen, ontleend aan de rechtspraak over directe informatie-uitwisseling tussen concurrenten, die niet als zodanig bestaat in de relatie tussen afnemer en fabrikant. Daarmee stelt het Voorstel dat het strijdig is met het mededingingsrecht om informatie over concurrenten van afnemers te ontvangen, en dat fabrikanten en afnemers dus ook niet meer in hun onderlinge onderhandelingen en commerciële dialoog mogen meenemen wat een afnemer weet over de voorwaarden die door concurrenten worden aangeboden. Om die nieuwe en revolutionaire norm te rechtvaardigen buigt het Voorstel bestaande rechtspraak en de feiten. Met name negeert het Voorstel dat voor het bestaan van onrechtmatige onderlinge afstemming een wederkerige consensus met concurrenten over mededingingsbeperkende samenwerking is vereist, die niet wordt bewezen en ook niet* bestond.

6. *Er bestaat geen algemene verplichting tot weigering van door afnemers verstrekte informatie.*[649] *Integendeel. De rechtspraak erkent expliciet dat bilaterale communicaties tussen afnemer en leverancier prima facie rechtmatig zijn. Er is ook geen verplichting om concurrenten in te lichten wanneer een afnemer informatie over hen deelt. En er is geen verplichting om te voorkomen dat afnemers informatie die legitiem aan hen wordt verstrekt, en die zij ook aantoonbaar nodig hebben, vervolgens gebruiken in hun relatie met concurrenten – en dat is ook niet praktisch doenbaar. Zodanige verplichtingen kunnen alleen ontstaan, zo zij al kunnen ontstaan, als, in de afwezigheid van dergelijke distantiëring, onder de omstandigheden een stilzwijgende instemming met feitelijke samenwerking met concurrenten aan een mededingingsbeperkend doel mag worden afgeleid. Dat is hier niet het geval – niet in rechte en ook niet feitelijk. 2 Integendeel. De rechtspraak erkent expliciet dat*

7. *Het is aan de BMA om buiten redelijke twijfel te bewijzen dat fabrikanten stilzwijgend met elkaar hebben afgestemd om indirect prijsaankondigingen uit te wisselen via steeds wisselende afnemers. In de afwezigheid van direct bewijs van afstemming moet de BMA daarbij bewijzen dat er geen aannemelijke andere verklaring is voor de geobserveerde marktomstandigheden dan afstemming tussen fabrikanten. Partijen moeten daarbij het voordeel van de twijfel krijgen. Dat is hier niet gebeurd – het Voorstel bekijkt het bewijs steeds door de lens van haar vooringenomen theorie.*

8. *Het Voorstel gaat daarbij volledig voorbij aan de werkelijke mededingingsdynamiek op de Belgische sigarettenmarkt, die geen enkele aanwijzing geeft van enige afstemming tussen concurrenten waarbij ze de "risico's van onderlinge concurrentie" welbewust zouden hebben vervangen door "feitelijke samenwerking" (¶¶486, 497). Integendeel, de Belgische sigarettenmarkt was aantoonbaar competitief tijdens de Relevante Periode. Zij werd gekenmerkt door een krimpende vraag, verschuivende marktaandelen, en een sterke drijfveer voor elke fabrikant om de dalende vraag te compenseren door haar marktaandeel te vergroten via stevige concurrentie op zowel prijs als andere parameters. Afnemers hadden op hun beurt een direct belang bij de consumentenverkoopprijs, daar hun marges daarvan afhingen, en oefenden steeds druk uit op fabrikanten om hun eigen vaak tegengestelde belangen te verdedigen. Economische theorie toont aan dat dergelijke omstandigheden niet bevorderlijk zijn voor afstemming of heimelijke verstandhouding. Integendeel, zoals men zou verwachten, concurreerden PM en haar concurrenten stevig om marktaandeel te winnen in een krimpende markt, waarbij PM erin slaagde om haar*

649 De rechtspraak die het Voorstel aanhaalt ter ondersteuning van de verplichting tot distantiëren heeft betrekking op situaties waarin concurrenten direct deelnamen aan mededingingsbeperkende bijeenkomsten. In die gevallen was een dergelijke verplichting nodig om de wederkerigheid (of consensus) te doorbreken die vereist is voor het bestaan van onderlinge afstemming. Indien twee concurrenten rechtstreeks contact hebben, kan er sprake zijn van wederkerigheid indien A haar toekomstige prijsintenties of marktgedrag direct aan B meedeelt in omstandigheden waarin deze eenzijdige communicatie zowel *bedoeld* is om het gedrag van B te beïnvloeden, als *gevraagd* wordt of althans *bewust* door B wordt *aanvaard*. In het kader van zulk rechtstreeks contact kunnen mededingingsbeperkende bedoelingen snel worden afgeleid: er is normaalgesproken immers geen andere reden voor de rechtstreekse informatie-uitwisseling. Dit is geheel anders in de huidige zaak waar de informatie om legitieme redenen wordt verstrekt aan een afnemer, en niet rechtstreeks aan een concurrent, of door een afnemer, en niet rechtstreeks door een concurrent. Deze verschillen veranderen fundamenteel de beoordeling of wederkerigheid redelijkerwijs kan worden afgeleid uit het verzenden of de ontvangst van de informatie, of uit het gebrek aan weigering om door afnemers aangeboden informatie te ontvangen.

marktaandeel in de Relevante Periode met tot c. 4,5% te verhogen. Dit is onverenigbaar met de theorie van een vermeende samenwerking met concurrenten voor het uitwisselen van prijsinformatie.

9. *Het centrale vereiste voor een "onderling afgestemde feitelijke gedraging" is dat er sprake is van mededingingsbeperkende "wederkerige contacten", "wederzijds begrip", of "mentale consensus" tussen partijen. Het Voorstel zoekt die wederkerigheid en beweerde afstemming voornamelijk in aanvaarding van door afnemers verstrekte informatie en het ontbreken van pogingen om afnemers te beletten eigen informatie met andere fabrikanten te delen. Maar dat gaat voorbij aan twee cruciale punten:*

    • *Ten eerste was het volstrekt legitiem om informatie van een afnemer te ontvangen, daar waar geen reden bestond om aan te nemen dat de afnemer een bepaalde prijslijst doorgaf op verzoek, met instemming, of zelfs maar met wetenschap van een concurrent. En daarvoor is geen enkel bewijs. Een vaag bewustzijn bij een ontvangende partij dat een eigen prijslijst wel eens aan concurrenten kon worden doorgezonden, omdat zij zo nu en dan van wisselende afnemers een prijslijst van een andere fabrikant ontving, is volstrekt onvoldoende voor de ontvangende partij om aan te nemen dat de fabrikant van wie de ontvangen prijsaankondiging afkomstig was wilde of wist dat die prijsaankondiging aan haar werd doorgegeven, en dat niet had proberen te voorkomen – laat staan dat die fabrikant een mededingingsbeperkend doel had. Integendeel, doorgifte was vaak manifest niet in het belang van die fabrikant. Het Voorstel accepteert overigens zelf dat ontvangst op zich niet tot wederkerigheid kan leiden – en vindt daarom geen afstemming tussen PM en BAT voor de periode van 24 januari 2011 tot 14 februari 2012 (¶461) – maar faalt daaruit vervolgens de logische conclusies te trekken voor de rest van de beweerde inbreuk.*

    • *Ten tweede was het praktisch niet mogelijk om te voorkomen dat eigen prijsaankondigingen werden doorgegeven. PM wist eenvoudigweg niet of en wanneer afnemers een bepaalde prijsaankondiging doorgaven, of aan wie, en kon daar dan ook geen actie tegen ondernemen. PM wist ook niet of andere fabrikanten wel of niet pogingen hadden ondernomen om afnemers ervan te weerhouden hun informatie door te geven, en dus kan daaruit geen afstemming over een mededingingsbeperkend doel worden afgeleid. En er was geen reden aan te nemen dat uit het uitblijven van een direct distantiëringscontact door een andere fabrikant (die wellicht één van PM's prijslijsten had ontvangen, hetgeen PM niet kon weten) zou moeten worden afgeleid dat die andere fabrikant wilde of wist dat haar eigen aankondiging werd doorgegeven, laat staan dat ze daardoor stilzwijgend uitnodigde tot of instemde met feitelijke samenwerking aan een indirecte informatie-uitwisseling. Een dergelijk uitblijven kon simpelweg betekenen dat die fabrikant niets ontvangen had.*

10. *Het Voorstel beweert dat PM, door aanvaarding en gebrek aan verzet tegen het gedrag van afnemers, stilzwijgend heeft ingestemd met een "jarenlange vaste praktijk" (¶¶96, 436-442, 490) met een mededingingsbeperkend doel. Dat is onjuist. Een objectieve analyse van de feiten toont dat er op geen enkel onderdeel van de beweerde indirecte uitwisseling van prijsaankondigingen sprake was van afstemming tussen de fabrikanten:*

- *Er was geen afstemming over het versturen van prijsaankondigingen – die beantwoordden gewoon aan een logistieke en legitieme vraag van afnemers, hetgeen verklaart waarom PM en iedere andere fabrikant (inclusief fabrikanten die door het Voorstel niet geacht worden te hebben deelgenomen aan de onderlinge afstemming) individueel genoodzaakt zijn prijsaankondigingen op voorhand naar afnemers te sturen.*

- *Er was geen afstemming over de modaliteiten voor het versturen van prijsaankondigingen, inclusief de lead time – die werden individueel vastgesteld en bepaald door logistieke eisen en de vraag van afnemers. PM heeft haar prijsaankondigingen nooit misbruikt om een "reactie" uit te lokken (¶¶103-104, 129, 521) om te zien wat andere fabrikanten deden voordat zij zich definitief committeerde aan een bepaalde prijs – noch heeft PM enige reden om te vermoeden dat andere fabrikanten dat wel deden. Integendeel, PM's prijsaankondigingen hadden "commitment value" en haar producten werden gedurende de Relevante Periode altijd in winkels beschikbaar tegen de aangekondigde prijzen.*

- *Er was geen afstemming over het doorgeven van prijsaankondigingen door afnemers – het initiatief voor de onregelmatige doorgifte van prijsaankondigingen ging duidelijk uit van steeds wijzigende afnemers. Die deden dat onregelmatig en onvoorspelbaar, wanneer ze dat in hun eigen commerciële belang achtten, dikwijls om druk uit te oefenen om van PM betere voorwaarden te verkrijgen – en vaak in tegenstelling tot de belangen van de fabrikant waarvan de prijsaankondiging afkomstig was. Dat eigenbelang van de afnemer was er zowel bij de doorgifte van aangekondigde prijsverhogingen als bij de doorgifte van aangekondigde prijsverlagingen. De vermeende afwezigheid van schriftelijke toelichting bij de door afnemers doorgegeven prijsaankondigingen doet hier niet aan af, alleen al omdat er veelvuldig telefonisch en persoonlijk contact met afnemers was. PM's prijsaankondigingen waren bovendien duidelijk gericht aan afnemers, en enkel en alleen aan afnemers. PM had dan ook geenszins de bedoeling dat afnemers haar prijsaankondigingen aan concurrenten bekend zouden maken met het oog op het afstemmen van prijzen, PM verzocht daar niet om, en verwachtte het evenmin. Er is geen enkel bewijs dat PM ooit vroeg of suggereerde, of dat het op enige manier druk uitoefende op enige afnemer, om haar prijsaankondigingen door te geven aan concurrenten. Voor de meeste directe en indirecte afnemers bevat het dossier dan ook geen bewijs dat ze ooit zelfs maar één van PM's prijsaankondigingen aan concurrenten bekend hebben gemaakt. PM wist ook niet – en had niet kunnen of moeten weten – of, wanneer, en aan wie enige specifieke prijsaankondiging van haar effectief werd doorgegeven. Er is gewoon geen enkel bewijs dat fabrikanten "wist[en] of behoorde[n] te weten" (¶98), "redelijkerwijze [konden] voorzien" (¶¶464, 489, 715) of "redelijkerwijze [konden] verwachten" (¶¶623, 627, 639, 664) dat prijsaankondigingen aan de andere fabrikanten zouden worden doorgezonden. De beweringen van het Voorstel dat groothandelaren prijsaankondigingen "systematisch" doorzonden (¶487), en dat "elk van de vier fabrikanten" ook "systematisch"*

prijsaankondigingen "van de andere fabrikanten" ontving (¶487) zijn gewoonweg feitelijk onjuist, zoals duidelijk blijkt uit het dossier. PM ontving zelf allerminst op systematische of voorspelbare wijze prijsaankondigingen door concurrenten via haar afnemers: de feiten tonen aan dat PM, onregelmatig, slechts c. 39% van alle in het Voorstel opgenomen prijsaankondigingen door concurrenten ontving – en dat is nog een grove overschatting omdat het Voorstel, uit het volledige universum van tijdens de Relevante Periode gedane prijsaankondigingen, bewust alléén diegenen opneemt die zijn doorgestuurd.

Bovendien stelt het Voorstel zelf dat PM in de bijna anderhalf jaar tussen 25 oktober 2011 en 5 maart 2013 geen enkele prijsaankondiging van eender welke concurrent ontving. En ook gedurende de laatste elf maanden van de beweerde inbreuk in 2014 en 2015 ontving PM niet één prijsaankondiging van een concurrent. Daarnaast ontving PM tot 2013 nooit ook maar één prijsaankondiging afkomstig van JTI (en daarna slechts twee tussen 18 december 2013 en 25 februari 2014), en tot 2014 nooit ook maar één prijsaankondiging afkomstig van ITB (en daarna slechts één op 10 februari 2014). Het Voorstel citeert geen enkel dossierstuk waaruit extra gevallen van ontvangst van prijsinformatie over een concurrent zou blijken. Er is dus geen enkele basis om aan te nemen dat PM wist of behoorde te weten dat haar prijsaankondigingen "systematisch" zouden worden doorgegeven aan de drie andere fabrikanten – noch dat zij zich daarvan "welbewust" was of een "redelijke verwachting" koesterde in die zin (¶¶487, 490). Hetzelfde geldt voor BAT, JTI, en ITB, zeker nu het Voorstel zelf stelt dat BAT gedurende de Relevante Periode nooit enige prijsaankondiging van JTI of ITB ontving, en JTI nooit van ITB. Er zijn ook talrijke voorbeelden in het dossier van fabrikanten die wel onregelmatig van afnemers prijsaankondigingen afkomstig van concurrenten ontvingen, maar waarvan de eigen aankondigingen nooit of nauwelijks aan concurrenten werden doorgegeven (JTI en ITB), of niet aan alle drie. Dat op zich bewijst dat ontvangst van derden niet kan worden gelijkgesteld met kennis van, laat staan afstemming over, doorgifte van eigen aankondigingen.

- *En er was, tot slot, geen afstemming bij PM's ontvangst van zo nu en dan door afnemers verstrekte informatie – er was eenvoudigweg geen enkele reden voor PM om te vermoeden dat afnemers een bepaalde prijsaankondiging namens, of zelfs met de uitdrukkelijke kennis of instemming van de relevante concurrent, aan haar doorgaven. In een markt die werd gekenmerkt door een dalende vraag, verschuivende marktaandelen, en scherpe concurrentie om marktaandeel te vergroten of terug te winnen, was het volstrekt onrealistisch om te veronderstellen dat fabrikanten hun agressieve prijswijzigingen van tevoren aan PM bekend zouden hebben willen maken. Afnemers hadden hun eigen commerciële belangen om zo nu en dan prijsaankondigingen te verstrekken om daarmee druk uit te oefenen in onderhandelingen, hetgeen gebruikelijk en legitiem is in een verticale relatie tussen afnemer en fabrikant. Er was daarnaast geen enkele reden om aan te nemen dat de relevante concurrent wist of en wanneer PM daadwerkelijk een prijsaankondiging van een afnemer ontving. Zonder dat de relevante concurrent wist dat PM een specifieke aankondiging van afnemers ontving, kon die*

concurrent PM's ontvangst van dergelijke aankondiging dan ook per definitie niet interpreteren als PM's instemming met enige afstemming over de uitwisseling van die informatie.

Omgekeerd wist PM eveneens eenvoudigweg niet of en wanneer één van haar prijsaankondigingen aan één of meer concurrenten zou worden doorgespeeld, en of zij die daadwerkelijk ontvingen. Met name waren de in het schap (of via prijsaankondigingen) waarneembare prijzen van concurrenten altijd consistent met unilateraal gedrag en te verklaren zonder voorafgaande doorgifte van PM's aankondiging. Nu PM niet eens wist dat een concurrent een specifieke aankondiging van afnemers ontving, was er ook geen enkele basis voor PM om een dergelijke ontvangst te interpreteren als instemming van die concurrent met enige afstemming over de uitwisseling van die informatie.

- *In deze omstandigheden was PM dan ook niet verplicht om afstand te nemen van door haar afnemers aangeboden marktinformatie, of om "initiatief te nemen om [doorzending van prijsaankondigingen] te beperken of te omkaderen binnen nader omschreven grenzen" (¶¶97, 491, 551). Ten eerste, PM had goede en legitieme redenen om dergelijke informatie te accepteren in het kader van bilaterale discussies over hun zakelijke relatie (inclusief marges, volumes, etc.) en om (intern) naar dergelijke informatie te verwijzen. PM kon immers niet vermijden met haar afnemers in discussie te treden over prijsstelling of concurrentie. Dit getuigt van normale concurrentie, en is geen bewijs van mededingingsbeperkend gedrag. Ten tweede, afnemers waren wel degelijk bekend met het vertrouwelijk karakter van PM's prijslijsten, onder andere omdat PM dat duidelijk maakte in haar communicatie van prijsinformatie aan afnemers.[650] PM had echter geen inzicht in de doorzending van haar eigen prijsaankondigingen en kon dit daarom praktisch ook niet voorkomen. Er is daarnaast geen enkel bewijs van afstemming over het tolereren van doorzending door afnemers.*

11. *De fundamentele tekortkomingen van de vooringenomen theorie van het Voorstel worden goed geïllustreerd door de onmogelijkheid vast te stellen wanneer en waardoor de beweerde wederkerige consensus met BAT, JTI, en ITB over feitelijke samenwerking aan informatie-uitwisseling tot stand zou zijn gekomen:*

    - *Het Voorstel erkent dat er in het eerste jaar geen afstemming was met BAT, ook al ontving PM tijdens dat eerste jaar drie prijsaankondigingen afkomstig van BAT, maar verklaart niet waarom er wel afstemming zou zijn geweest met JTI en ITB, waarvan PM geen prijsaankondigingen ontving. PM kon uit haar éénmalige ontvangst van prijsinformatie afkomstig van BAT op 24 januari 2011 onmogelijk afleiden dat haar eigen prijsaankondigingen bij JTI en ITB (maar niet bij BAT) terecht zouden komen. Laat staan dat JTI en ITB in deze vermeende beginperiode uit hun ontvangst van PM's prijsaankondigingen hadden moeten afleiden dat deze waren doorgezonden met PM's kennis en goedkeuring (en dat was ook niet zo) –*

650 Het dossier toont aan dat PM in haar communicatie met afnemers duidelijk maakte dat haar prijslijsten een vertrouwelijk karakter hadden, bijvoorbeeld door het aanbrengen van een confidentiality disclaimer in een prijslijst, prijsbrief, of een bijhorende e-mail.

net zo min als ze dat uit hun ontvangst van aankondigingen afkomstig van BAT in deze periode hadden moeten afleiden voor BAT, waarvan het Voorstel expliciet erkent dat het vóór 14 februari 2012 niet bij afstemming betrokken was.[651] *JTI en ITB hadden daarnaast ook geen reden om uit hun ontvangst van PM's prijsaankondigingen af te leiden dat hun eigen aankondigingen naar PM zouden worden doorgezonden, wat ook niet gebeurde. Er is dus geen enkel bewijs dat PM, JTI, en ITB vanaf 24 januari 2011 wederzijds instemden met een systematische eenzijdige – laat staan driezijdige – uitwisseling van prijsaankondigingen.*[652]

- *Volgens het Voorstel begon de vermeende afstemming met BAT op 14 februari 2012 toen BAT voor het eerst via afnemers een prijsaankondiging van PM ontving. Maar het is niet houdbaar dat PM's betrokkenheid bij afstemming met BAT – laat staan JTI's en ITB's betrokkenheid bij afstemming met BAT – veroorzaakt zou kunnen worden door BAT's ontvangst op 14 februari 2012 van een prijsaankondiging afkomstig van PM, zonder op zijn minst bewijs dat PM daar effectief van wist (hetgeen ontbreekt). Het is anders geheel onduidelijk hoe PM (en BAT) zich ervan bewust geweest zouden moeten zijn dat ze geacht konden worden met elkaar samen te werken aan een systematische prijsuitwisseling (en waar de voor zodanige afstemming vereiste wederkerigheid uit zou bestaan). Het volstaat met name niet om te stellen dat PM uit haar ontvangst van drie BAT aankondigingen in de periode vóór 14 februari 2012 had moeten afleiden dat haar aankondigingen aan BAT ook daarna zouden kunnen worden doorgezonden, en dat afstemming mag worden afgeleid uit een beweerdelijk nalaten om dergelijke doorgifte in de daaropvolgende periode te voorkomen.*

- *Nog afgezien van het feit dat PM's wetenschap van doorgifte van eigen aankondigingen niet kan worden afgeleid uit ontvangst van derden (daar er in het dossier talrijke voorbeelden zijn waarin een aankondiging van een fabrikant niet werd doorgestuurd), moet er voor afstemming een element van wederkerigheid zijn van de kant van BAT. Die wederkerigheid kan duidelijk niet worden gevonden in de doorgifte aan PM van BAT's aankondigingen vóór 14 februari 2012. En die wederkerigheid kan ook niet worden gevonden in BAT's ontvangst van PM's prijsaankondigingen vanaf 14 februari 2012, zeker zonder bewijs dat BAT daaruit had moeten afleiden (of wist) dat deze aankondigingen werden doorgezonden met PM's kennis en goedkeuring. Maar dit was voor BAT niet kenbaar. Het kon niet weten of PM zich bewust was dat desbetreffende prijsaankondigingen aan BAT werden doorgegeven, en kon ook niet weten of PM dat goedkeurde of had geprobeerd te voorkomen. Omgekeerd had BAT overigens ook geen reden om uit haar ontvangst van PM's prijsaankondigingen af te leiden dat haar eigen*

---

651 Het is geheel onduidelijk hoe JTI en ITB in deze vermeende beginperiode uit hun ontvangst van prijsaankondigingen van zowel BAT als PM hadden moeten opmaken dat zij een mentale consensus hadden bereikt over feitelijke samenwerking, en dus betrokken waren bij een onderlinge afstemming over informatie-uitwisseling, met PM maar niet met BAT.

652 Hetzelfde geldt voor JTI en ITB. Beiden ontvingen in deze beginperiode enkel prijsaankondigingen van PM en BAT, maar niet van elkaar. Hieruit kan onmogelijk het begin van afstemming tussen JTI en ITB worden afgeleid.

aankondigingen naar PM zouden worden doorgezonden, en tussen 25 oktober 2011 en 5 maart 2013 gebeurde dat ook niet.

12. *Dit probleem strekt zich uit over de hele Relevante Periode. Samenvattend is er dan ook geen enkel bewijs van onderlinge afstemming met concurrenten om prijsaankondigingen uit te wisselen met het oog op het verminderen van marktonzekerheid, laat staan "een mate van zekerheid […] die iedere redelijke twijfel uitsluit."*[653] *Er is geen bewijs dat PM het mededingingsbeperkende oogmerk had – noch bij het verzenden van haar eigen prijsaankondigingen noch bij het ontvangen van prijsaankondigingen door concurrenten – dat vereist is om te kunnen concluderen dat een A-B-C informatiedoorgifte door afnemers het resultaat is van onderlinge afstemming tussen concurrenten. Noch is er bewijs dat PM enige "mededingingsbeperkende handeling" van haar concurrenten redelijkerwijs "kon voorzien", en "bereid was het risico daarvan te aanvaarden" (Voorstel, ¶548). PM wist gewoonweg niet – noch had zij kunnen of moeten weten– of haar prijsaankondigingen aan de andere fabrikanten zouden worden doorgezonden – noch had zij dat kunnen voorkomen. En omgekeerd was er geen aanleiding voor PM om te vermoeden dat concurrenten wisten dat hun prijsaankondigingen van tijd tot tijd aan PM werden doorgestuurd, of dat zij daarmee instemden. PM verving "de risico's van onderlinge concurrentie" niet "welbewust" door "feitelijke samenwerking" met concurrenten (¶¶486, 497). Integendeel, zij concurreerde fel. Hetzelfde geldt voor de andere fabrikanten.*

13. *Het dossier bevestigt dat PM volledig unilateraal heeft gehandeld bij het bepalen van haar commerciële beleid, in het communiceren van aankomende prijswijzigingen aan haar afnemers, en in het onderhandelen van voorwaarden met haar afnemers. Wat het Voorstel ten onrechte afschildert als onwettige afstemming tussen concurrenten is, in werkelijkheid, gewoon een combinatie van rechtmatige unilaterale prijsbepaling door PM en legitieme bilaterale communicatie tussen PM en haar afnemers, zonder enige "afstemming" met PM's concurrenten. Het is dan ook niet redelijk, noch doelmatig, om PM te beboeten op basis van een theorie die conventionele opvattingen over het concept "onderling afgestemde feitelijke gedraging" verkeerd interpreteert en oprekt buiten alle betekenisvolle beperkende beginselen.*[654]

14. *Om al deze redenen vertrouwt PM erop dat het College zal erkennen dat de aantijgingen van het Voorstel geen stand houden en dat de huidige procedure tegen PM zonder verder gevolg dient te worden beëindigd."*

IV.3 JT International Company Netherlands BV

37. JT International Company Netherlands BV heeft schriftelijke opmerkingen neergelegd (97 bladzijden, waarvan hieronder een samenvatting):

1. *"Op 1 oktober 2021 heeft het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) (het Auditoraat) een gemotiveerd voorstel van beslissing (de Ontwerpbeslissing) gezonden aan JT International Company Netherlands B.V. (JTI-CNL) conform artikel IV.46, §4*

653 Conclusie van Advocaat-Generaal Darmon in Zaak C-89/85*, Ahlstrom Osakeyhtio v. Commission,* EU:C:1993:120 ("*Wood Pulp II*"), ¶195.

654 De bevindingen van de Autoriteit Consument en Markt ("ACM") in de lopende parallelle zaak tegen de partijen in Nederland, die het Voorstel citeert (¶¶420-425) lijden aan gelijkaardige juridische en feitelijke tekortkomingen, [VERTROUWELIJK].

Wetboek Economisch Recht (WER). Deze Ontwerpbeslissing bouwt verder op de mededeling van grieven (de Mededeling) van het Auditoraat dat aan JTI-CNL (en de andere betrokken ondernemingen) op 26 april 2021 conform artikel IV.42, §4 WER werd gestuurd, en het antwoord van JTI-CNL (en de andere betrokken fabrikanten) op deze Mededeling van 2 augustus 2021.

2. *In de Ontwerpbeslissing concludeert het Auditoraat – in het kort - dat JTI-CNL, samen met Philip Morris Benelux B.V.B.A. (PMB), Etablissements L. Lacroix Fils NV en haar commerciële divisie Imperial Tobacco Belgium (ITB) en British American Tobacco Belgium NV (BAT), heeft deelgenomen aan een enkele voortdurende inbreuk bestaande uit onderling afgestemde feitelijke gedragingen die als doel zouden hebben gehad de onzekerheid omtrent elkaars prijsgedrag te verminderen en dus de mededinging op de Belgische markt voor sigaretten te beperken. Het door de Auditoraat gestelde samenstelsel van gedragingen betreft het "systematisch uitwisselen van informatie" over toekomstige prijzen in de periode van 24 januari 2011 tot en met 31 januari 2015 wat betreft PMB, ITB en JTI-CNL. Wat betreft BAT, stelt het Auditoraat dat deze gedragingen pas op 14 februari 2012 zijn gestart.*

3. *In dit antwoord wordt uiteengezet dat de in de Ontwerpbeslissing gestelde gedragingen onder geen enkele benadering een mededingingsinbreuk kunnen constitueren. Ondanks het feit dat het Auditoraat de sector al meer dan vier jaar heeft onderzocht, heeft zij de aard en werking van het concurrentieproces in de markt ten fundamente niet adequaat in kaart weten te brengen. Ook ten aanzien van het prijsvormingsproces en de rol van prijslijsten in dat verband schiet de Ontwerpbeslissing tekort in het juist kwalificeren van de feiten en de verschillende belangen en prikkels die de betrokken ondernemingen drijven. JTI-CNL moet constateren dat het Auditoraat in haar Ontwerpbeslissing niet op (het merendeel van) de door JTI-CNL aan de orde gestelde vragen en argumenten antwoordt of zich zelfs nog maar aan een poging tot antwoord waagt. Om al deze redenen dient het Mededingingscollege af te zien van verdere handhaving.*

4. *In de Ontwerpbeslissing is door het Auditoraat vastgesteld dat JTI-CNL samen met PMB, BAT en ITB (samen: de fabrikanten) tussen 24 januari 2011 en 31 januari 2015 heeft deelgenomen aan onderling afgestemde gedragingen die tot doel hadden onzekerheid over elkaars voorgenomen prijsgedrag te verminderen en de tussen hen bestaande concurrentie te doen verminderen. Ten aanzien van BAT stelt de Ontwerpbeslissing echter dat de vermeende inbreuk gestart is op 14 februari 2012 aangezien het dan pas voor het eerst een prijslijst van een concurrent via een afnemer ontving.[655] Volgens de Ontwerpbeslissing is sprake van één voortdurende inbreuk.[656]*

5. *De kern van de beschuldigingen in de Ontwerpbeslissing lijkt te zijn dat de fabrikanten "indirect" "strategische" informatie zouden hebben "uitgewisseld" over "toekomstige" prijzen omdat de groothandelaren "systematisch"[657] of "automatisch"[658] deze informatie zouden hebben doorgezonden aan de fabrikanten. Hierdoor zouden de fabrikanten*

655 Ontwerpbeslissing, randnrs. 461-462.
656 Ontwerpbeslissing, sectie IV.4.
657 Ontwerpbeslissing, randnrs. 88, 487.
658 Ontwerpbeslissing, o.a. randnrs. 93, 491, 494, 641.

hebben bijgedragen aan het gemeenschappelijke doel om de onzekerheid over elkaars toekomstige marktgedrag weg te nemen, althans wezenlijk te verminderen.

6. *De Ontwerpbeslissing is gebaseerd op een aantal misvattingen en een onjuist en onvolledig begrip van het prijsvormingsproces in de markt en de besluitvorming bij de fabrikanten, hun relatie met en de rol van afnemers, alsook de rol van de prijslijsten:*

a. Het Auditoraat heeft zich onvoldoende verdiept in het prijsvormingsproces

7. *Ten eerste beschrijft de Ontwerpbeslissing de regels die voortvloeien uit specifieke regelgeving voor de tabakssector,*[659] *maar miskent de Ontwerpbeslissing de aanzienlijke invloed die deze regelgeving heeft, in het bijzonder op het vlak van: (i) markttransparantie; (ii) marktomvang en -ontwikkeling; en (iii) concurrentieparameters. Het wettelijke systeem van vaste consumentenprijzen, publieke bekendmaking van accijnstarieven, prijsvermelding op verpakkingen en de afwezigheid van intra brand-concurrentie op retail-niveau leidt tot marktomstandigheden waarin prijswijzigingen voor alle in de markt beschikbare sigaretten in aanzienlijke mate inzichtelijk en voorspelbaar waren en geen materiele onzekerheid bestond ten aanzien van het moment van prijswijzigingen. Voorts volgt uit de dossierstukken en de Ontwerpbeslissing dat de fabrikanten intensief met elkaar concurreerden op het gebied van allerlei factoren, waaronder de prijs, met hoofdzakelijk als doel het vergroten van marktaandeel. Uit de Ontwerpbeslissing blijkt dat het Auditoraat miskent dat deze intensieve concurrentie gericht op marktaandeel onverenigbaar is met collusie, of met het bestaan van onderlinge afstemming om prijzen uit te wisselen.*

8. *Ten tweede miskent het Auditoraat blijkens de Ontwerpbeslissing dat de communicatie van uiteindelijke consumentenverkoopprijzen het eindpunt is van een langdurig en zorgvuldig unilateraal proces waarbij ruim van tevoren rekening wordt gehouden met (verwachte) marktontwikkelingen, hetgeen door het Auditoraat in onvoldoende mate is onderzocht en juist de in de Ontwerpbeslissing gestelde ad hoc "aanpasbaarheid" van prijzen als reactie op het ontvangen van prijslijsten van concurrenten ondergraaft. Het Auditoraat heeft zich onvoldoende verdiept in het prijsvormingsproces van JTI-CNL en de afwegingen die daarbij worden gemaakt. Het Auditoraat heeft evenmin het productieproces van sigaretten en de consequenties daarvan op de inhoud en timing van prijsvormingsbeslissingen zorgvuldig onderzocht.*

b. JTI-CNL had legitieme redenen voor de communicaties met afnemers.

9. *Prijswijzigingen en productintroducties dienen tijdig aan directe en indirecte afnemers gecommuniceerd te worden in verband met (i) de anti-forestalling-regels, (ii) belangrijke logistieke en operationele redenen voor de afnemers, en (iii) de inschatting van groothandelaren ten aanzien van hun commerciële positie ten opzichte van fabrikanten en hun afnemers. Uit het onderzoeksdossier blijkt dat de groothandelaren een lead time hanteerden van één à vier weken.*

c. De prijzen die JTI-CNL aan haar afnemers heeft meegedeeld zijn telkens definitief geweest.

---

659 Beschreven in sectie III van de Ontwerpbeslissing.

10. *Doordat de prijslijsten tijdig aan directe en indirecte afnemers moesten worden verstrekt, werden (en worden) de op verzoek van afnemers verstuurde prijslijsten door zowel de fabrikant als afnemers gezien en behandeld als definitief. De prijzen zoals vermeld op de in de Ontwerpbeslissing beschreven prijslijsten zijn unilateraal door JTI-CNL vastgesteld en zijn vervolgens verstuurd. Aldus zijn het definitieve communicaties aan de gehele markt. De analyse van het Auditoraat dat de prijslijsten niet breed bekend zijn en daarom commercieel gevoelig zouden zijn, is daarmee onjuist.*[660] *Deze definitieve prijzen verschillen naar hun aard niet met de voor eenieder waarneembare prijzen in winkels.*

    d. Uit het onderzoeksdossier volgt niet dat JTI-CNL tot doel had een "reactie" uit lokken bij haar concurrenten.

11. *De prijzen waartoe JTI-CNL na een langdurig en zorgvuldig unilateraal proces besloot, werden telkens ook in de markt doorgevoerd. De vastgestelde prijzen moeten juridisch gekwalificeerd worden als aanbod aan afnemers (zodat door aanvaarding een afnameovereenkomst tot stand komt). Bij het versturen van de prijslijsten wist JTI-CNL niet en kon zij niet weten of, en zo ja, naar wie, de prijsinformatie zou worden doorgezonden. Ook heeft JTI-CNL op geen enkel moment een reactie ontvangen van haar concurrenten, direct dan wel indirect, die haar in staat zou stellen haar prijslijsten aan te passen. Bij het telkens uitblijven van een "reactie" van haar concurrenten heeft JTI-CNL ook niet naar deze reactie gezocht. Hiertoe was ook geen aanleiding – JTI-CNL beschouwde de reeds gecommuniceerde prijzen als definitief. Uit de dossierstukken volgt ook niet dat JTI-CNL doorzending heeft beoogd, verzocht of afgesproken.*

    e. In de Ontwerpbeslissing worden de motieven van de directe en indirecte afnemers miskend.

12. *De inkomsten van de detaillist en groothandelaar zijn – gelet op de prijsregulering in de sector – geheel afhankelijk van de marge geboden door de fabrikanten. Derhalve zijn de detaillist en de groothandelaar gebaat bij hogere inkoopprijzen aangezien een verhoging zal leiden tot een stijgende marge. Voorts geldt dat het Auditoraat de inkoopmacht van afnemers en de disciplinering die daarvan uitgaat op de prijsbeslissingen van de fabrikanten miskent. Prijslijsten van concurrenten bieden de groothandelaren een instrument om fabrikanten onder druk te zetten, en dit werd in de praktijk ook gedaan: (i) (dreigen met) overstappen op producten/fabrikanten die een hogere marge bieden, (ii) via brancheorganisaties druk uitoefenen op de fabrikanten of andere stakeholders, (iii) margecompensatie eisen indien fabrikanten prijswijzigingen doorvoeren die tot lagere marge leiden, (iv) weigeren om productintroducties op te nemen in het assortiment of dreigen met "delisten" van bestaande SKUs, en (v) trachten fabrikanten ertoe te bewegen accijnsverhogingen volledig door te berekenen.*

13. *In de Ontwerpbeslissing wordt niet gesteld dat op enig moment in de relevante periode (direct) contact is geweest tussen de fabrikanten. In de Ontwerpbeslissing wordt ook aanvaard dat het uitsturen van informatie naar afnemers een legitiem doel had.*[661] *Het Auditoraat meent echter dat de fabrikanten hun eigen intenties en voorgenomen*

660 Ontwerpbeslissing, o.a. randnrs. 453-460.

661 Ontwerpbeslissing, randnrs. 91, 488.

marktgedrag – via afnemers – aan concurrenten onthulden en elkaars marktgedrag op deze manier konden beïnvloeden, aangezien zij bij elkaar verwachtingen konden wekken over het marktgedrag dat zij zouden volgen.[662] *Het Auditoraat verwijt de fabrikanten dan ook dat zij geen "afstand hebben gedaan" van de toegezonden prijslijsten*[663] *of zich "verzet hebben" tegen de ontvangst van deze informatie.*[664] *Het Auditoraat past daarmee ten onterechte de bewijsstandaard voor rechtstreekse contacten tussen concurrenten toe op de beweerde informatie-uitwisseling. Ook in het licht van de rechtspraak ter zake directe horizontale contacten toont de Ontwerpbeslissing geen afstemming aan:*

a. De Ontwerpbeslissing miskent het ad hoc karakter van de gedragingen

14. *JTI-CNL heeft tijdens de inbreukperiode [VERTROUWELIJK] prijsaankondigingen verstuurd aan de groothandelaren, terwijl de Ontwerpbeslissing maar vier prijsaankondigingen van JTI-CNL heeft geïdentificeerd die bij de fabrikanten terechtkwamen.*[665] *Zodoende is maar [VERTROUWELIJK] van JTI-CNL's prijslijsten ooit terechtgekomen bij de fabrikanten gedurende de gehele inbreukperiode. Eén geval betrof bovendien de introductie van nieuwe merken of merkvarianten, een naar zijn aard pro-competitieve gedraging; een ander geval betrof zelfs een prijsverlaging van sommige SKUs; de overige twee gevallen betroffen meer generieke aanpassingen naar aanleiding van accijnsverhogingen. Geen enkel van JTI-CNL's concurrenten heeft in deze vier gevallen overigens een "reactie" verstuurd, op grond waarvan JTI-CNL de door haar verstuurde prijslijsten nog kon aanpassen. Voorts heeft één van de drie andere fabrikanten (BAT) geen enkele prijslijst van JTI-CNL ontvangen. PMB heeft maar twee prijslijsten van JTI-CNL ontvangen. ITB heeft als enige de vier prijslijsten ontvangen. Indien de fabrikanten daadwerkelijk aan een inbreuk hadden deelgenomen, waarbij de groothandelaren "systematisch" of "automatisch" de prijslijsten doorstuurden, had de Ontwerpbeslissing prijsaankondigingen geïdentificeerd die telkens bij alle vier de fabrikanten terecht waren gekomen. Het ligt in de lijn der verwachting dat de Ontwerpbeslissing [VERTROUWELIJK] ontvangstmomenten van JTI-CNL prijslijsten ([VERTROUWELIJK] prijslijsten die telkens bij de drie andere fabrikanten terechtkwamen) zou identificeren. Echter identificeert de Ontwerpbeslissing maar zes ontvangstmomenten: ITB ontvangt vier prijslijsten van JTI-CNL en PMB ontvangt er twee. Bovendien is in de eerste drie jaar van de vermeende inbreukperiode geen enkele prijslijst van JTI-CNL doorgestuurd aan de andere fabrikanten. Ten slotte heeft JTI-CNL ook maar sporadisch prijslijsten ontvangen van de andere fabrikanten. Van één van de fabrikanten, ITB, heeft JTI-CNL gedurende de gehele inbreukperiode geen enkele prijslijst ontvangen. Prijslijsten van JTI-CNL hebben blijkens het dossier geen enkele rol gespeeld bij de besluitvorming van de andere fabrikanten. Derhalve ondersteunt de in de Ontwerpbeslissing beschreven feitelijke gedraging niet de conclusie dat de fabrikanten welbewust de risico's van concurrentie hebben vervangen door onderlinge samenwerking.*

662 Ontwerpbeslissing, o.a. randnr. 490.
663 Ontwerpbeslissing, randnr. 492, 624, 644.
664 Ontwerpbeslissing, randnrs. 117, 492, 550.
665 Ontwerpbeslissing, randnrs. 412.

b. Het Auditoraat bewijst geen parallel marktgedrag en er bestaat geen causaal verband tussen de vermeende afstemming en het marktgedrag

15. *JTI-CNL merkt op dat de in de rechtspraak ontwikkelde zogenoemde Anic-presumptie uitsluitend van toepassing is in zaken waarin concurrenten direct informatie uitwisselden. Ofschoon JTI-CNL op grond van artikel 6, lid 2 EVRM niet verplicht is de Anic-presumptie te ontkrachten, stelt JTI-CNL voorop dat de stukken in het dossier geen aanknopingspunten bieden voor de veronderstelling dat de risico's van concurrentie zijn vervangen door feitelijke samenwerking. In dit verband wijst JTI-CNL op het feit dat de gecommuniceerde prijzen zijn vastgesteld en gecommuniceerd na een unilateraal besluitvormingsproces waarbij vele factoren, waaronder prijszetting van concurrerende producten, een rol spelen.*

16. *Met de poging de fabrikanten aansprakelijk te stellen aan de hand van de bewijsstandaard voor directe horizontale contacten, miskent het Auditoraat het fundamentele verschil tussen directe contacten tussen concurrenten en informatie die via afnemers andere marktpartijen bereikt. Aangezien de informatiestroom in deze zaak enkel verticaal heeft plaatsgevonden, van de fabrikanten naar de afnemers en van de afnemers naar de overige fabrikanten, moet de toepasselijke bewijsstandaard minstens even streng zijn als in hub and spoke zaken. De benadering van het Auditoraat miskent dat JTI-CNL niet beoogde of bevorderde dat haar prijslijsten bij concurrenten belandden, en het ook niet in haar macht had dit te voorkomen: de afnemers hebben op grond van eigen belangen en prikkels gehandeld, zoals ook blijkt uit het ad hoc en selectieve karakter van het versturen van prijslijsten.*

17. *Het versturen van prijslijsten aanmerken als "uitwisseling van informatie" op grond van een redenering dat JTI-CNL afstand had moeten doen van toegezonden prijslijsten, vormt een benadering van het begrip onderlinge afstemming die geen steun vindt in beschikkingspraktijk of rechtspraak:*

    - ***Geen onderling afgestemde feitelijke gedraging (oafg**). Het enkele feit dat JTI-CNL prijslijsten heeft ontvangen van concurrenten is niet voldoende voor de vaststelling van een oafg. De wederkerigheid (ook wel: consensus) die vereist is voor een oafg ontbreekt, aangezien JTI-CNL haar prijzen telkens unilateraal heeft vastgesteld en deze prijzen niet heeft afgestemd met haar concurrenten. Uit de Ontwerpbeslissing volgt dat de fabrikanten nooit enige vorm van contact hebben gehad.*[666]

    - ***Geen doelbeperking**. In de eerste plaats volgt uit de jurisprudentie dat het begrip "inbreuk naar strekking" uitsluitend kan worden toegepast op gedragingen die naar hun aard (en op basis van de ervaring) de mededinging in voldoende mate aantasten. Met de constatering dat het Auditoraat een nieuwe schadetheorie toepast op de gestelde feiten (bestaande uit een verboden indirecte informatie-uitwisseling) erkent zij feitelijk dat dergelijke "ervaring" ontbreekt ten aanzien van het type gestelde feiten in deze zaak. Er heeft immers geen directe afstemming plaatsgevonden tussen de fabrikanten. Daarnaast geldt dat voor een*

666 Ontwerpbeslissing, randnrs. 91, 488.

doelbeperking ten minste is vereist dat de gedraging de mededinging concreet en voldoende kan beperken. Uit de summiere analyse van het Auditoraat zou volgen dat de vermeende indirecte informatie-uitwisseling "in die mate nadelig beïnvloeden dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben".[667] *Deze analyse voldoet niet aan de eis van een grondige en nauwkeurige analyse van de specifieke omstandigheden op de relevante markt, waaruit moet blijken dat de betreffende gedragingen niet alleen geschikt zijn om de mededinging te beperken maar dat zij naar hun aard in voldoende mate schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging. Dit blijkt voorts uit de volgende elementen:*

i. *De Ontwerpbeslissing miskent de marktomstandigheden;*

ii. *De markt was zeer concurrerend gedurende de relevante periode;*

iii. *De aangekondigde prijzen door JTI-CNL zijn niet slechts intenties, maar definitieve, bindende prijzen die in de gehele markt te gelden hebben;*

iv. *De prijsaankondigingen door JTI-CNL hadden geen wezenlijk (aanvullende) mate van transparantie of vermindering van onzekerheid tot gevolg;*

v. *De prijsaankondigingen van JTI-CNL waren niet concurrentiegevoelig en de verdere verspreiding van prijsinformatie lag buiten de controle van JTI-CNL; en*

vi. *JTI-CNL's incidentele ontvangst van prijsinformatie heeft de onzekerheid evenmin verminderd.*

- ***Geen deelname door JTI-CNL aan een voortgezette inbreuk**. Het Auditoraat stelt dat de fabrikanten hebben deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk omdat (i) de fabrikanten betrokken waren bij mededingingsbeperkende gedragingen, (ii) de fabrikanten een gemeenschappelijk doel hadden, (iii) de fabrikanten een bijdrage hebben geleverd aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers, en (iv) de fabrikanten kennis hadden van de gedragingen van de andere ondernemingen:*[668]

  i. *Het Auditoraat heeft een doelbeperking niet bewezen, en een inbreuk "naar gevolg" is evenmin waarschijnlijk. JTI-CNL heeft uitsluitend contact gehad met haar afnemers om op legitieme wijze de markt te informeren over de nieuwe vastgestelde prijzen van haar producten;*

  ii. *Het bestaan van een gemeenschappelijk doel vindt geen steun in de beschikbare bewijsstukken. Zo werden prijsverlagingen en productintroducties verstuurd en doorgestuurd, een aanzienlijk deel van de prijslijsten werd juist niet doorgestuurd, en het doorsturen en ontvangen van prijslijsten gebeurde noch systematisch noch automatisch;*

667 Ontwerpbeslissing, randnr. 504.
668 Ontwerpbeslissing, randnrs. 549-557.

iii. Uit de Ontwerpbeslissing volgt niet dat en welke bijdrage JTI-CNL precies geleverd zou hebben aan het "totaalplan". Zo heeft JTI-CNL haar afnemers nooit direct, of indirect, verzocht de prijslijsten aan haar concurrenten door te sturen. Ook heeft JTI-CNL haar prijslijsten nooit ingetrokken en heeft zij nooit afgezien van implementatie naar aanleiding van ontvangen prijslijsten van haar concurrenten; en

iv. Het Auditoraat heeft met de Ontwerpbeslissing niet aangetoond dat JTI-CNL de inbreukmakende gedragingen die de andere fabrikanten met het oog op het gestelde "totaalplan" volgens het Auditoraat planden of verrichtten, kende of redelijkerwijs kon voorzien. JTI-CNL had geen kennis van de gedragingen van de andere ondernemingen, noch van een "totaalplan". Zij wist niet wanneer of welke prijslijsten door haar afnemers werden doorgestuurd, en dus wist zij ook niet welke concurrenten haar prijslijsten ter beschikking zouden krijgen. Daar had zij ook geen enkele controle over, aangezien de betrokken afnemers zonder vast patroon en uit eigen belang handelden.

18. Uit de onderliggende dossierstukken en de Ontwerpbeslissing volgt niet dat JTI-CNL heeft deelgenomen aan een horizontale, voortdurende inbreuk samen met de andere fabrikanten. Uit de dossierstukken kan slechts worden opgemaakt dat JTI-CNL telkens haar prijsstrategie unilateraal heeft bepaald en de daaruit voortvloeiende prijzen aan haar afnemers heeft gecommuniceerd. Voorts leidt de veronachtzaming van genoemde procedurele waarborgen tot de conclusie dat er ook om die reden geen rechtmatige Ontwerpbeslissing genomen kan zijn. Het Auditoraat dient in het licht van deze omstandigheden af te zien van verdere handhaving."

IV.4 Etablissements L. Lacroix Fils NV

38. Établissements L. Lacroix Fils NV heeft schriftelijke opmerkingen neergelegd (78 bladzijden, waarvan hieronder een samenvatting):

*1. De Auditeur bij de Belgische Mededingingsautoriteit ("**Auditeur**") heeft volgend op de Mededeling van de Grieven ("**Grieven**") van 26 april 2021 in de zaak met nummer MEDE-I/O-17/0020, op 1 oktober 2021 een gemotiveerd Voorstel van Beslissing overeenkomstig artikel IV.46,§4 WER (het "**VvB**") neergelegd waarin hij vier tabaksfabrikanten beticht van een inbreuk op artikel 101, lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("**VWEU**") en artikel IV.1, § van het Wetboek Economisch Recht ("**WER**") op de Belgische sigarettenmarkt van 24 januari 2011 tot en met 31 januari 2015 (de "**Relevante Periode**").[669] Het VvB is grotendeels in lijn met het oordeel van de Auditeur zoals uiteengezet in de Grieven, en is gericht aan British American Tobacco Belgium NV ("**BAT**"), Etablissements L. Lacroix Fils NV ("**ITB**"), JT International Company Netherlands BV ("**JTI**") en Philip Morris Benelux BVBA ("**PMB**") (de "**Fabrikant**" of, samen, de "**Fabrikanten**").*

[669] Het zij opgemerkt dat de Auditeur voor BAT de periode van 14 februari 2012 tot en met 31 januari 2015 aanhield als periode van de vermeende inbreuk. Tenzij anders vermeld, zal in de rest van de Grieven de 'Relevante Periode' geacht worden de periode van 24 januari 2011 tot en met 31 januari 2015 te zijn voor ITB, PMB en JTI, en van 14 februari 2012 tot en met 31 januari 2015 voor BAT.

*2. Volgens het VvB zouden ITB, JTI, BAT en PMB gedurende de Relevante Periode deelgenomen hebben aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging ("**OAFG**") die tot doel zou hebben gehad de onzekerheid over elkaars voorgenomen prijsgedrag te verminderen en de normale prijsontwikkeling van sigaretten op het Belgische grondgebied te verstoren. De Auditeur leidt het bestaan van een OAFG af uit een vermeend patroon van systematische indirecte uitwisseling van strategische informatie in de vorm van toekomstige prijzen via gemeenschappelijke afnemers (hierna ook, de "**Betwiste Gedragingen**" of het "**Betwiste Gedrag**"). Dit zou de Fabrikanten in staat hebben gesteld rekening te houden met elkaars prijzen bij het bepalen van hun eigen prijsbeleid.*

3. Volgens de Auditeur is er sprake van een inbreuk "met mededingingsbeperkende strekking", en vormen de onderzochte gedragingen tezamen één enkele en voortdurende inbreuk.

4. ITB betwist ten stelligste dat een dergelijke inbreuk heeft plaatsgevonden, minstens dat zij er niet bij betrokken was.

5. [VERTROUWELIJK].

6. ITB meent dat gelet op het nieuw karakter van de vermeende inbreuk en de specifieke marktcontext er geen reden is om een boete op te leggen.

7. De Auditeur komt tot de onterechte conclusie van het vermeend bestaan van een OAFG die tot doel zou hebben de mededinging te beperken op basis van een manifest verkeerde interpretatie en kwalificatie van de feiten onderliggend aan de Betwiste Gedragingen.

8. Een onaandachtige lezer die niet vertrouwd is met de zaak, wordt, door het moedwillig gebruik doorheen het VvB (alsook, voordien, de Grieven) van begrippen zoals "informatie-uitwisseling" en "toekomstige prijzen", die een negatieve connotatie kennen in het mededingingsrecht, op het verkeerde spoor gezet terwijl het overduidelijk is dat:

- *er geen sprake was van een "uitwisseling", maar veeleer van een rechtmatige en wettelijk verplichte verticale bekendmaking van prijzen door de Fabrikanten aan hun afnemers. Soms, maar lang niet altijd, werd de desbetreffende algemeen toepasselijke prijsinformatie door een afnemer aan één (of soms meerdere) van zijn andere leveranciers toegezonden. Dit gebeurde echter pas nadat de desbetreffende prijsinformatie reeds aan de afnemers was bekendgemaakt;*
- *de desbetreffende prijsinformatie niet "toekomstig" was maar betrekking had op vaststaande en definitieve prijzen waaraan de sigaretten zouden worden verkocht, en waarvan de voorafgaande bekendmaking de groothandelaars in staat moest stellen om tijdig hun systemen aan te passen, bestellingen in te plannen en de kleinhandelaars in te lichten;*
- *de prijsinformatie niet "vertrouwelijk" was aangezien op het ogenblik dat een afnemer desgevallend prijsinformatie van één Fabrikant doorstuurde naar een concurrerende Fabrikant, deze prijzen reeds door de oorspronkelijke Fabrikant aan al zijn afnemers waren bekendgemaakt. Als zodanig was deze prijsinformatie reeds algemeen bekend, minstens toegankelijk op de relevante markt en dus niet langer vertrouwelijk.*

9. Door het verkeerd "labelen" van de feiten in kwestie, wordt de lezer van het VvB systematisch in verleiding gebracht mee te gaan in de feitelijk en rechtens incorrecte voorstelling en interpretatie van de feiten door de Auditeur en de manifest onjuiste juridische conclusies die hieruit getrokken worden.

10. Indien de Auditeur de gedragingen van naderbij (i.e. in de juiste juridische en economische context) had BEoordeeld, zou hij tot een heel andere conclusie zijn gekomen; met name dat er sprake was van een geheel van normale en legitieme gedragingen van de Fabrikanten; minstens had de Auditeur het Betwiste Gedrag aan een gevolgonderzoek moeten onderwerpen.

11. In zijn juridische beoordeling houdt de Auditeur onvoldoende rekening met de volgende belangrijke en ondubbelzinnige feitelijke elementen die zijn schadetheorie ondermijnen:

- *het gebrek aan directe contacten tussen de Fabrikanten;*
- *het gebrek aan indirecte contacten via de afnemers en dus het ontbreken van enige vorm van gemeenschappelijk plan, nu er uit geen enkel van de duizenden stukken uit het onderzoeksdossier ("**Dossier**") blijkt dat een Fabrikant een afnemer zou verzocht hebben zijn prijslijsten door te sturen aan andere Fabrikanten, teneinde zo tot enige afstemming te komen;*
- *het gebrek aan enig bewijs dat de Fabrikanten de ontvangst van concurrerende prijsinformatie opvatten als een signaal van die concurrent om tot afstemming te komen, of dat ze op enigerlei andere wijze de opvatting hadden dat hun concurrenten de informatie doorstuurden met dit doel voor ogen.*

12. Uit al deze elementen volgt ontegensprekelijk dat er een heel zware bewijslast op de Auditeur rust om naar de vereiste wettelijke standaard en op basis van "nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen" het bestaan van een OAFG met mededingingsbeperkend doel aan te tonen.

13. De Auditeur erkent echter de op hem rustende bewijslast niet; hij tracht zich er gemakkelijk van af te maken door zich ten onrechte te baseren op presumptierechtspraak die desgevallend enkel van toepassing kan zijn op horizontale contacten tussen concurrenten en gedragingen waarvan het manifest mededingingsbeperkend karakter vaststaat. Deze rechtspraak is duidelijk niet van toepassing in onderhavig geval, waar er geen sprake is van een horizontale uitwisseling, en waarbij minstens en in ieder geval het mededingingsverstorend karakter van a priori legitieme contacten tussen leveranciers en hun afnemers niet onomstotelijk vaststaat.

14. In het VvB slaagt de Auditeur er niet in de vier constitutieve elementen die nodig zijn om zijn zaak te bewijzen, hard te maken:

- *geen strategische informatie: de Betwiste Gedragingen hebben betrekking op prijsinformatie die vaststaand, definitief (in de zin van bindend), en niet langer vertrouwelijk, en bijgevolg niet strategisch is;*
- *geen OAFG: in het bijzonder toont de Auditeur niet aan dat er een "mentale consensus" tussen de Fabrikanten bestond om tot afstemming te komen;*

- *geen doelbeperking: de Betwiste Gedragingen, gelet op het vaststaand en definitief (i.e. bindend) karakter van de prijsinformatie en het tijdstip (i.e. nadat de prijzen aan de afnemers werden bekendgemaakt) van de doorzending alsook hun onregelmatig en onvolledig karakter, zijn, mede gelet op het gebrek aan precedenten, simpelweg niet van die aard dat zij "evident" schadelijke gevolgen (kunnen) hebben op de mededinging;*
- *geen enkele en voortdurende inbreuk: uit de aard van de Betwiste Gedragingen kan geen "algemeen plan" waaraan alle Fabrikanten bewust zouden hebben bijgedragen, worden afgeleid.*

15. *Ten eerste betrof de prijsinformatie waarvan de Auditeur beweert dat ze "strategisch" van aard was en indirect werd "uitgewisseld" tussen de Fabrikanten, quod non, geen prijsvoornemens maar vaststaande en definitieve prijzen waaraan de producten daadwerkelijk werden verkocht, en die opgenomen waren in algemeen toepasselijke prijslijsten. De Auditeur erkent in het VvB (in tegenstelling tot de Grieven) dat de prijzen geen prijsvoornemens betroffen.*
16. *Daarbij komt nog dat de algemeen toepasselijke prijsinformatie niet langer vertrouwelijk was vanaf het ogenblik dat ze noodgedwongen aan de afnemers werd gecommuniceerd, met de uitdrukkelijke bedoeling dat deze door de afnemers naar eigen goeddunken zou worden doorgegeven aan hun eigen klanten (en bijgevolg aan de gehele stroomafwaartse markt). Zodoende was de informatie de facto bekend op de markt en dus "toegankelijk" voor alle relevante marktspelers waaronder niet alleen de groothandelaars en kleinhandelaars, maar ook de (niet-betrokken) fabrikanten.*
17. *ITB (of enige andere fabrikant) had, vanaf het moment van de verplichte prijscommunicaties aan haar afnemers, niet meer onder controle wanneer en aan wie de afnemers de informatie doorstuurden. Zodoende kon ITB redelijkerwijs niet voorkomen dat deze algemeen bekend geworden informatie, aan wie dan ook, werd doorgestuurd.*
18. *Gelet op het voorgaande is de Auditeur ten onrechte tot het besluit gekomen dat de prijsinformatie die door een afnemer desgevallend naar een Fabrikant werd gestuurd nadat alle afnemers deze reeds hadden ontvangen, "strategisch" was en de uitwisseling ervan aanleiding zou kunnen geven tot een doelbeperking.*
19. *Bijgevolg kan de doorzending van dergelijke prijsinformatie door een afnemer en de in ontvangstname door een Fabrikant, die beiden in legitieme context plaatsvonden, ook geen aanleiding geven tot een OAFG.*
20. *Ten tweede maakt de noodzakelijke en legitieme bekendmaking van algemeen toepasselijke (en bindende) consumentenprijzen aan alle afnemers in combinatie met het onregelmatig versturen door sommige (afwisselende) groothandelaars aan één en soms meer Fabrikanten van die prijslijsten, in tegenstelling tot wat de Auditeur beweert, geen OAFG uit tussen de Fabrikanten onderling. Voor de vaststelling van een OAFG moet er immers sprake zijn van een "afstemming" en dus een "mentale consensus" tussen alle betrokken ondernemingen om de "risico's van de onderlinge concurrentie te vervangen door een feitelijke samenwerking", evenals van een praktische samenwerking op de markt als gevolg van de afstemming (marktgedrag), en een oorzakelijk verband tussen het*

marktgedrag en de afstemming. De Auditeur slaagt er niet de constitutieve elementen van een OAFG aan te tonen naar de wettelijk vereiste standaard.

21. *Vooreerst erkent de Auditeur weliswaar het bestaan van een zwaardere bewijsstandaard in afwezigheid van directe contacten, maar miskent hij dat dit betekent dat ook de intentie en het bewustzijn van de zogenaamde "tussenpersoon", in casu de afnemers, moet worden aangetoond. Het VvB viseert echter de afnemers niet, zodat de Auditeur, bij gebrek aan enig ander bewijs, ook niet het bestaan van wederkerigheid of onderlinge afstemming (i.e. bedoeling en bewustzijn) kan aantonen tussen de Fabrikanten onderling.*

22. *In ieder geval slaagt de Auditeur er niet in het bestaan van een mentale consensus en gemeenschappelijk plan tussen de Fabrikanten onderling aan te tonen.*

23. *Zo volgt uit vaststaande rechtspraak, waarvan de Auditeur de ware toedracht niet erkent, althans ze verkeerd toepast, dat uit de loutere ontvangst van prijsinformatie met betrekking tot een concurrent er geen "mentale consensus" kan worden afgeleid in afwezigheid van een duidelijk mededingingsverstorend doel. De Auditeur laat na een dergelijk doel te identificeren. Dit is niet verwonderlijk want het ontbreekt. Bij gebrek aan enige andersluidende indicaties, kan de Auditeur simpelweg niet besluiten dat achter de wettelijke noodzaak de afnemers op voorhand in te lichten over nieuwe definitief vastgestelde prijzen ook een mededingingsverstorend doel schuilt.*

24. *De Auditeur had moeten rekening houden met het feit dat er zich in het Dossier noch bewijs van enige intentie in hoofde van de "verzendende" Fabrikant, noch bewijs van enig verzoek tot doorzending vanwege de "verzendende" Fabrikant, noch enige verwachting of bewustzijn bij de "ontvangende" Fabrikant, noch enig ander overtuigend bewijs van "mentale consensus" om te komen tot een heimelijke verstandhouding, bevindt. Bij gebrek aan nog maar een begin van (rechtsreeks) bewijs van een kartelinbreuk mocht de Auditeur niet terugvallen op rechtspraak die gebaseerd is op vermoedens en berust het VvB dus op een kennelijke verkeerde rechtsopvatting.*

25. *Een nauwkeurige analyse van het chronologisch overzicht van de door de Auditeur onderzochte prijsmededelingen wijst eerder op het tegendeel, met name het gebrek aan consensus aangezien een overgroot deel van deze prijscommunicaties betrekking had op pro-competitieve gedragingen, met name productlanceringen, prijsverlagingen en ook verpakkingswijzigingen. Dergelijke initiatieven zijn niet verenigbaar met een theorie op basis waarvan de Fabrikanten gezamenlijk de bedoeling zouden hebben gehad om via het uitwisselen van prijslijsten tot afstemming te komen.*

26. *Voorts geeft de Auditeur in het VvB toe dat "er geen overvloed aan bewijsmateriaal aanwezig is". Zo blijkt uit de analyse van de 57 geïdentificeerde legitieme prijsmededelingen in de Grieven, dat deze slechts een, door de Auditeur samengesteld, selectief beeld weergeven van alle in de Relevante Periode gecommuniceerde prijslijsten. In werkelijkheid was er namelijk sprake van aanzienlijk meer prijslijsten, met name minimum 91, zodat de door de Auditeur gecreëerde illusie van "systematische" doorzending niet standhoudt.*

27. *Ook valt op dat van deze 57 instanties, de meeste prijscommunicaties slechts doorgestuurd werden naar één andere (willekeurige) Fabrikant en in minder dan 20% van de gevallen*

naar alle Fabrikanten. Het feit dat niet alle Fabrikanten telkens op de hoogte werden gesteld van de prijsveranderingen, strookt niet met enige beweerde "mentale consensus". De Auditeur miskent met andere woorden dat de informatie-ontvangst door de Fabrikanten onvolledig was. Bijgevolg hebben de doorzendingen nooit geresulteerd in een voldoende mate van markttransparantie voor de Fabrikanten om realistisch gezien in staat te zijn bij te dragen tot een gemeenschappelijk plan over mogelijke coördinatievoorwaarden en aldus de mededinging te schaden. In ieder geval is er geen enkel (sluitend) bewijs van doorgifte van prijsinformatie afkomstig van ITB zodat ITB niet kan worden betrokken bij deze zaak.

28. *De Auditeur faalt bijgevolg zowel in feite als in rechte om het bestaan van een "mentale consensus" aan te tonen.*

29. *Daarbij komt nog dat de Auditeur had moeten rekening houden met het bestaan (en zelfs bewijs) van een alternatieve verklaring voor het desgevallend versturen door een groothandelaar van prijsinformatie van één Fabrikant naar een andere Fabrikant, met name de eigen beweegredenen van de afnemers. Dit volgt ontegensprekelijk uit de verklaringen van de door de Auditeur verhoorde groothandelaars. De Auditeur handelt in strijd met de verplichting om zijn onderzoek à charge en à décharge te voeren wanneer hij de antwoorden van de groothandelaars die zijn conclusies tegenspreken, zonder reden, naast zich neerlegt terwijl hij andere antwoorden van diezelfde groothandelaars aanwendt als bewijs.*

30. *Wat het vereiste marktgedrag en oorzakelijk verband betreft, heeft de Auditeur geenszins naar de vereiste wettelijke standaard bewezen dat de Fabrikanten de prijsinformatie die zij desgevallend van een afnemer ontvingen, in aanmerking zouden hebben genomen met de bedoeling de prijsvorming en bijgevolg de mededinging te verstoren. Opnieuw wijzen de feiten eerder op het tegendeel.*

31. *Om al deze redenen is de Auditeur er niet in geslaagd om het bestaan van een OAFG aan te tonen.*

32. *Ten derde, zelfs indien aan de voorwaarden van een OAFG zou zijn voldaan, hetgeen niet het geval is, heeft de Auditeur niet aangetoond dat de Betwiste Gedragingen van die aard zijn dat ze de mededinging dermate schaden dat zij kunnen worden aangemerkt als een beperking van de mededinging "naar strekking", met name een gedraging waarvan de effecten op de mededinging evident en consequent zijn. De feiten uiteengezet in de Grieven en het VvB leveren eerder het omgekeerde bewijs nu de Fabrikanten hevig zijn blijven concurreren ondanks accijnsverhogingen en andere reglementaire beperkingen.*

33. *In ieder geval kan de indirecte, onregelmatige en doorgaans onvolledige (aan slechts één of twee Fabrikanten) doorzending van prijslijsten die vastgestelde en definitieve (in de zin van bindende) consumentenprijzen bevatten, welke reeds waren bekendgemaakt aan alle afnemers, niet worden beschouwd als "intrinsiek" schadelijk voor de mededinging.*

34. *Dit volgt ontegensprekelijk uit de Horizontale Richtsnoeren op basis waarvan (ook rechtstreekse) uitwisselingen van actuele of zelfs toekomstige prijzen niet "naar hun strekking" mededingingsbeperkend kunnen zijn wanneer het gaat om prijzen die reeds aan*

de klanten zijn meegedeeld en waaraan een onderneming zich verbindt in de toekomst te verkopen.

35. *Bovendien zijn er geen precedenten, noch in het Belgische mededingingsrecht, noch in het EU mededingingsrecht, noch, voor zover wij weten, in enige internationale mededingingsjurisdictie, die de vereiste "ervaring" zouden verschaffen om de legitieme bekendmaking van prijsinformatie aan de eigen klantenkring van een fabrikant te veroordelen als een "doelbeperking" van de mededinging, in omstandigheden waarin sommige groothandelaars deze onregelmatig en willekeurig hebben doorgegeven aan sommige (maar niet alle) andere Fabrikanten na de eigenlijke bekendmaking aan de afnemers en zonder dat hier ook maar enig overleg aan is voorafgegaan.*

36. *Een dergelijke interpretatie van het recht zou immers neerkomen op een fundamentele en materiële uitbreiding van het begrip "doelbeperking" tot voor het overige gewone en rechtmatige handelspraktijken, en zou ook leiden tot rechtsonzekerheid in een groot aantal sectoren waar fabrikanten om een aantal legitieme redenen verplicht zijn hun klanten vooraf in kennis te stellen van prijswijzigingen, zonder dat het feitelijk mogelijk was te voorkomen dat de prijsinformatie haar eigen leven zou gaan leiden doordat ze noodgedwongen zo breed werd verspreid. De kwalificatie als "doelbeperking" werd echter opzettelijk beperkt tot gevallen die duidelijk een ernstige inbreuk uitmaken op het mededingingsrecht, juist om te voorkomen dat het rechtszekerheidsbeginsel geschonden wordt, en teneinde de negatieve gevolgen te vermijden die daaruit zouden voortvloeien.*

37. *De Auditeur kan ook geen steun vinden in de economische theorie waar er geen plaats is voor een schadetheorie gebaseerd op "meer transparantie" met betrekking tot gedragingen zoals onderhavige. Als er dan al een effect van de Betwiste Gedragingen is, dan blijft dit beperkt tot het "iets eerder" waarnemen van reeds vastgestelde en definitieve prijzen waaraan de producten zullen verkocht worden en bijgevolg een versnelling maar zeker geen vermindering van het competitief proces. In dergelijke omstandigheden kan niet worden volgehouden dat de Betwiste Gedragingen per se schade toebrengen aan de concurrentie.*

38. *Gelet op bovengenoemde elementen had de Auditeur de economische en juridische context waarin de Betwiste Gedragingen plaatsvonden naar behoren in aanmerking moeten nemen, meer in het bijzonder het bewijs van hevige concurrentie en de a priori legitieme context van de contacten tussen fabrikanten en hun afnemers en het eigenbelang van de groothandelaars.*

39. *Indien de Auditeur voldoende oog zou hebben gehad voor de aard en het tijdstip van de ontvangen prijsinformatie en de economische context waarin Fabrikanten soms prijsinformatie ontvingen in combinatie met het gebrek aan de vereiste "ervaring" op zowel juridisch als economisch vlak, zou hij onmogelijk tot het besluit zijn gekomen van het bestaan van een doelbeperking en had hij bijgevolg een gevolgonderzoek moeten uitvoeren om de Betwiste Gedragingen als een inbreuk te kunnen kwalificeren en veroordelen. Bij gebrek hieraan kan er geen sprake zijn van een inbreuk op de mededingingsregels.*

40. *Tot slot, volgens vaste rechtspraak kan een mededingingsautoriteit slechts concluderen dat er sprake is van één enkele voortdurende inbreuk indien de litigieuze gedragingen kaderen binnen een gemeenschappelijk mededingingsverstorend doel of "algemeen plan" waaraan alle betrokken partijen bewust toe hebben bijgedragen.*

41. *De Auditeur levert in het VvB echter geen enkel rechtstreeks of zelfs onrechtstreeks bewijs van:*

    - *het bestaan van een "gemeenschappelijk plan" tussen de Fabrikanten om (wettelijk noodzakelijke) prijsmededelingen via afnemers uit te wisselen teneinde de prijsvorming op de markt te verstoren;*
    - *het bestaan van enige intentie van ITB (of de andere Fabrikanten) om bij te dragen aan een "gemeenschappelijk plan" op het moment dat zij de prijslijsten noodgedwongen naar hun klanten moesten sturen of wanneer zij een eerder bekendgemaakte concurrerende prijslijst van een groothandelaar ontvingen;*
    - *het feit dat een individuele Fabrikant op het moment dat hij een concurrerende prijslijst van een afnemer ontving - hetgeen niet ongebruikelijk is in een leverancier-afnemer relatie - begreep of had moeten begrijpen, dat zijn concurrerende Fabrikanten een dergelijk (onbestaand) plan nastreefden.*

42. *In elk geval bestaan er voor zowel het "zenden" als het "ontvangen" alternatieve legitieme verklaringen. Gelet hierop en de afwezigheid van enig (begin van) direct of indirect bewijs van het tegendeel, kan geen mededingingsverstorende bedoeling worden afgeleid uit het noodzakelijk en legitiem versturen van een definitief vastgestelde prijslijst. Deze bedoeling kan ook niet worden afgeleid uit de legitieme ontvangst van een concurrerende prijslijst.*

43. *Tenslotte moet worden opgemerkt dat ITB tijdens de Relevante Periode haar prijslijsten steeds met de gewone post naar de groothandelaars stuurde en bijgevolg noch de intentie of bewustzijn kan hebben gehad om bij te dragen of in te stemmen met enig mededingingsbeperkend gemeenschappelijk plan om strategische informatie uit te wisselen. Getuige hiervan is het feit dat de Auditeur slechts één, bovendien onrechtstreeks, bewijs heeft van ITB prijsinformatie die bij (maar) één andere Fabrikant zou zijn terechtgekomen. Bovendien volgt uit interne briefwisseling in het Dossier dat ITB zich uitdrukkelijk verzette tegen de idee samen te spannen met haar concurrenten. Om deze reden moet worden besloten dat ITB niet betrokken was bij enige vermeende (maar onbewezen) enkele en voortdurende inbreuk.*

44. *In de onwaarschijnlijke hypothese dat sprake zou zijn geweest van een OAFG met mededingingsbeperkende strekking waarbij ITB betrokken was, quod non, is er geen enkele reden om een boete op te leggen.*

45. *Ten eerste zou het gaan om een geheel nieuw type van gedragingen die de mededingingstoets niet zouden doorstaan. Ten tweede pleiten de a priori legitieme omstandigheden en juridische en economische context waarin de Betwiste Gedragingen plaatsvonden, evenals de allesbehalve schadelijke aard van de gedragingen, voor mildheid, minstens de toepassing van een belangrijke vermindering bij wijze van verzachtende omstandigheden.*

46. *Doorheen het VvB maakt de Auditeur gratuite en manifest onjuiste feitelijke beweringen, levert hij niet het vereiste bewijs, noch past hij het recht op een juiste wijze toe. Uit een correcte analyse van de Betwiste Gedragingen in de relevante economische en juridische context volgt dat er helemaal geen grond is om een inbreuk vast te stellen, laat staan om een boete op te leggen, en al helemaal niet om een serieuze ernstfactor te hanteren.*

47. *Gelet op het voorgaande, heeft de Auditeur het bestaan van een beweerde inbreuk op artikel IV.1, §1 WER en artikel 101, lid 1 VWEU niet naar de vereiste wettelijke standaard aangetoond, althans geen afdoende bewijs geleverd van de betrokkenheid van ITB.*

48. *Om al deze redenen verzoekt ITB het Mededingingscollege met eerbied te besluiten tot de afwezigheid van een inbreuk op artikel IV.1, §1 WER en artikel 101, lid 1 VWEU, minstens tot de niet-betrokkenheid van ITB bij dergelijke vermeende inbreuk."*

IV.5 Vlaamse Federatie van Persverkopers

39. Vlaamse Federatie van Persverkopers heeft schriftelijke opmerkingen neergelegd (6 bladzijden, waarvan hieronder een samenvatting):

1. "*In zijn voorstel van beslissing stelt de auditeur vast dat de vier fabrikanten op systematische wijze informatie meedeelden over toekomstige prijzen aan één of meerdere groothandelaars. Deze informatie werd vervolgens binnen een termijn van één dag of van enkele dagen door de groothandelaar overgemaakt aan één of meerdere van de andere fabrikanten, met kennis daarvan door de fabrikant waarvan de prijsinformatie afkomstig was. De auditeur stelt voorts vast dat geen van de fabrikanten zich heeft verzet tegen de ontvangst van de prijslijsten van hun concurrenten.*

2. *Hieruit volgt, aldus de auditeur, dat de indirecte uitwisseling van strategische informatie omtrent toekomstige prijzen tussen de vier fabrikanten heeft geleid tot onderlinge afstemming omdat zij niet zelfstandig hun prijsbeleid hebben gevoerd maar zich via indirecte contacten in hun marktgedrag hebben laten beïnvloeden door elkaars voorgenomen of aangenomen prijsbeleid.*

3. *Met name heeft het onderzoek van de auditeur aangetoond dat de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen tussen de vier fabrikanten via de groothandelaren de strategische onzekerheid op deze markt voor de vier fabrikanten op wezenlijke wijze heeft verminderd en hen een concurrentieel voordeel heeft opgeleverd doordat zij via deze informatie-uitwisseling kennis kregen van het marktgedrag van de concurrent en dat gedrag beter konden inschatten om vervolgens het eigen marktgedrag aan te passen, hetgeen zij ook daadwerkelijk hebben gedaan.*

4. *De betrokken fabrikanten kregen namelijk inzicht in het prijsgedrag van andere fabrikanten, het tijdstip van ingang en vooral de hoogte van de toekomstige prijzen voordat de eindconsument over deze informatie beschikte. Dit liet hen toe hun eigen prijzen en het tijdstip van ingang van deze prijzen optimaal aan te passen aan het gedrag van hun concurrenten, zodat zij het verlies van klanten en marktaandeel konden voorkomen of minstens zoveel als mogelijk beperken.*

5. *De auditeur stelt terecht vast dat deze informatie-uitwisseling wezenlijke negatieve gevolgen heeft gehad voor de mededinging doordat de betrokken fabrikanten (die in*

België een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 90% hebben) elkaars marktgedrag beter konden inschatten dan wanneer zij niet over deze informatie beschikken en sneller en directer kennis kregen dan via de markt van het prijsbeleid van concurrenten en deze informatie konden gebruiken, en ook daadwerkelijk gebruikten, om hun eigen prijsbeleid aan te passen. Deze informatie-uitwisseling schiep een wezenlijk voordeel voor voormelde fabrikanten, hetgeen ook wordt bevestigd door de lange "lead time" die geldt voor het implementeren van prijsaanpassingen in de markt.

6. *De auditeur wijst in het voorstel van beslissing ook naar de gereguleerde context van de sigarettenmarkt in België om de ernst en de aard van de geviseerde inbreuk te beoordelen.*

7. *Zo benadrukt de auditeur dat de strenge regels in verband met de reclame voor sigaretten en het groot aandeel van de accijnzen en belastingen in de consumentenverkoopprijs, hebben tot gevolg dat de concurrentie zich voornamelijk afspeelt op een beperkt deel van de prijzen.*

8. *Concreet speelt de concurrentie tussen de fabrikanten enkel op het vlak van de prijs van een pakje of een hoeveelheid sigaretten die overblijft indien van de voor het betreffende sigarettenmerk geldende consumentenverkoopprijs de door de overheid opgelegde BTW en de accijnzen worden afgetrokken. In punt 67 van het voorstel van beslissing duidt de auditeur deze prijs aan als de netto ex-fabrieksprijs of het net-available gedeelte1. Deze prijs c.q. dit gedeelte van de prijs vormt de basis voor de procentuele handelsmarge die aan de klein- en groothandel wordt toegekend.*

9. *In deze context wijst de auditeur bovendien op het feit dat de door de overheid opgelegde accijnsaanpassingen geregeld tijdstippen creëren waarop de vier betrokken fabrikanten gelijktijdig ertoe worden aangezet om binnen een nabije periode de prijzen van hun assortiment te overwegen en zich, aldus, lenen tot een heimelijke verstandhouding of coördinatie via informatie-uitwisseling.*

10. *Zo blijkt uit de beschikbare gegevens inderdaad dat de informatie-uitwisseling vooral gebeurde naar aanleiding van accijnsaanpassingen die, zoals de auditeur ook opmerkt, gewoonlijk worden doorgevoerd met 1 januari als ingangsdatum. Dit blijkt in het bijzonder ook uit de interne mail binnen Établissements L. Lacroix Fils NV van 6 januari 2015 die wordt aangehaald in de punten 102, 151, 391, 442 en 642 van het voorstel van beslissing en waarin melding wordt gemaakt van het feit dat hun pricing team rekening houdt met de prijsinformatie van haar concurrenten:*

    "It is this time of the year again where in Belgium we see almost every week price lists flying in."

11. *Meer zelfs, uit het dossier blijkt ook dat de informatie-uitwisseling tussen fabrikanten gestart is op het moment dat men in België is overgeschakeld op het 'net available' systeem. In haar verhoor merkte de groothandelaar Tabagro West CVBA immers het volgende op:*

    "Ja, zeker vanaf 2013 toen die negotiatie begon. Bij Imperial is dat al gestart in 2007 met de overschakeling op de net available."

12. *De bovenstaande toelichtingen bevestigen aldus hetgeen VFP heeft uiteengezet in haar verzoek van 8 november 2021 om tussen te komen in onderhavige procedure. Met name*

heeft VFP vastgesteld dat de opeenvolgende accijnsverhogingen die sinds 2013 zijn doorgevoerd zich niet hebben vertaald in een evenredige verhoging van de consumentenprijs, maar deels zijn opgevangen door een verlaging van de netto ex-fabrieksprijzen. Omdat alle tabaksfabrikanten bij iedere accijnsverhoging op een gelijkaardige wijze reageerden, had VFP ernstige vermoedens dat de fabrikanten onderlinge afspraken maken om margedalingen op te leggen aan de handelaars.

13. *In het voorstel tot beslissing vindt VFP bevestiging dat prijscoördinatie via indirecte informatie-uitwisseling aan de grondslag ligt van de gestage uitholling van deze winstmarges.*

14. *Dit blijkt ook heel duidelijk uit het e-mailverkeer dat door de auditeur wordt aangehaald.*

15. *In het bijzonder kan dienaangaande worden verwezen naar de interne e-mail van Établissements L. Lacroix Fils NV (in onderstaande mail aangeduid als "ITB") van 31 januari 2013 die wordt aangehaald in de punten 140 en 243 van het voorstel van beslissing en waarin Établissements L. Lacroix Fils NV haar reactie bepaalt op het niet-doorrekenen van een accijnsverhoging door British American Tobacco Belgium NV (in onderstaande mail aangeduid als "BAT") aan de consumenten. Hieruit blijkt zeer duidelijk dat de twee fabrikanten er gezamenlijk voor opteren om de marges van de kleinhandelaren te laten dalen (eigen benadrukking):*

    "Hallo,
    Gelieve hierbij de nieuwe prijslijst BAT te vinden. Je zult geen aankondiging van prijsverhoging merken maar wel de toepassing van de nieuwe februari accijns. ***Op eerste zicht zal BAT de nieuwe accijns op oude prijs toepassen en geen compensatie doorvoeren.***
    [VERTROUWELIJK], check je eens of er eventueel toch een compensatie is maar via A&P of iets anders.
    Enkele impacten van de accijns op de BAT portfolio:
    FMC:
    Lucky Strike 19's: ***van 8% marge naar 7,98%***
    Lucky Strike 24: ***van 7,84% marge naar 7,77%***
    Belga: ***van 7,68% naar 7,64%***
    FCT:
    Pall Mall ***van 10,45% naar 10,17%***
    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
    Grossiers zullen nu ook zo snel mogelijk moeten overschakelen naar systeem op available voor retail
    Gevolg voor ITB: de training naar onze reps en FM ivm accijns en trade terms moet zo snel mogelijk (eind feb.) doorgaan."

16. *Aldus blijkt duidelijk dat de tabaksfabrikanten door hun onderlinge coördinatie verantwoordelijk zijn voor de winstdaling van de persverkopers. Volgens VFP zijn de negatieve gevolgen van de inbreukmakende gedragingen in deze zaak dan ook bijzonder zwaarwichtig.*

17. *Dienaangaande verwijzen wij nogmaals naar de studie die wij reeds hebben aangehaald in punt 15 van ons voormeld verzoek van 8 november 2021 waaruit blijkt dat door de prijsstrategie van de tabaksfabrikanten in reactie op de accijnsverhoging op rookwaren die in 2021 in voege is getreden de gemiddelde marge op sigaretten is gedaald van 6,41% in 2019 tot 5,46% in 2021. Op die manier verliest een gemiddelde persverkoper op jaarbasis 1.980 euro nettowinst tegenover 2019, ofwel een winstdaling van meer dan 10% ten opzichte van de gemiddelde winst in 2019.*

18. *Aansluitend bij het voorgaande punt merkt onze cliënte tot slot op dat zij van mening is dat de inbreukperiode die door de auditeur in zijn voorstel van beslissing werd weerhouden te kort is.*

19. *Met name merkt VFP op dat de betrokken fabrikanten anno 2021 nog steeds stelselmatig op gelijkaardige wijze reageren op accijnsverhogingen. Dit doet VFP vermoeden dat de informatie-uitwisseling niet werd beëindigd op 31 januari 2015 maar op heden nog steeds doorloopt.*

20. *Anderzijds is het zeer onwaarschijnlijk dat pas in 2011 (of, in geval van British American Tobacco Belgium NV, in 2012) werd aangevangen met de geviseerde praktijk. In het dossier zijn immers duidelijke aanwijzingen te vinden dat de geviseerde praktijken al gestart zijn in 2007 of zelfs vroeger. Volgens Timani NV, die naar eigen zeggen sinds 1991 actief is, hebben dergelijke praktijken steeds bestaan. Voorts dient te worden opgemerkt dat de ACM reeds een gelijkaardige beslissing heeft getroffen inzake informatie-uitwisseling tussen tabaksfabrikanten op de Nederlandse markt in de periode juli 2008 tot en met juli 2011. Gelet op de nauwe verwevenheid tussen de inbreukmakende partijen in deze beide procedures, de gelijkaardige wijze waarop de strategische informatie werd uitgewisseld, het gelijkaardig functioneren van de Belgische en de Nederlandse markt en hun geografische nabijheid, schijnt het VFP zeer onwaarschijnlijk toe dat de Nederlandse en Belgische dochterondernemingen van de betrokken concerns geheel onafhankelijk van elkaar functioneerden en er niet dezelfde commerciële praktijken op nahielden.*

21. *VFP nodigt het Mededingingscollege dan ook uit om het dossier, waartoe zij geen toegang heeft, aan een nauwkeurig en gedetailleerd onderzoek te onderwerpen en de inbreukperiode desgevallend uit te breiden. Dienaangaande merken wij met name op dat uit de verklaringen van de auditeur blijkt dat er zich in het dossier meer bewijzen van doorsturen van prijslijsten bevinden dan diegene het voorstel van beslissing worden aangehaald. Volgens VFP is het dan ook nodig om die bijkomende bewijselementen in de analyse te betrekken. Voorts kan dienaangaande uiteraard worden verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie die wordt aangehaald in punt 613 van het voorstel*

van beslissing inzake het bewijs van inbreuken op het mededingingsrecht. Hieruit blijkt met name dat het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst in de meeste gevallen moet worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden."

V. Beoordeling door het Mededingingscollege

V.1 Procedure

V.1.1 De tussenkomende partij

40. In haar Repliek op de Schriftelijke opmerkingen van de Tussenkomende partij stelt ITB dat de voorzitter de tussenkomst toeliet zonder de betrokken partijen te horen en toegang te geven tot het verzoek om tussenkomst.

41. Het Mededingingscollege merkt op dat artikel IV.49, §6 WER bepaalt dat de voorzitter een termijn kan bepalen waarbinnen derden die het Mededingingscollege zal horen schriftelijke opmerkingen kunnen neerleggen. Artikel IV.50, §2 WER bepaalt dat het Mededingingscollege belanghebbende derden hoort die daar om vragen en elke natuurlijke of rechtspersoon hoort wanneer het Mededingingscollege dat nodig acht. Deze bepalingen voorzien niet dat betrokken partijen gehoord worden over een verzoek om tussenkomst of inzage zouden krijgen van dat verzoek.

42. Gelet op het belang van de verkoop van tabaksproducten voor de verkopers van kranten en tijdschriften, kan de Vlaamse Federatie van Persverkopers (VFP) als een belanghebbende derde worden beschouwd.

43. De in de beslissing van de voorzitter betreffende de termijn voor het neerleggen van schriftelijke opmerkingen van VFP werd een termijn bepaald voor het indienen van een repliek door de auditeur en de betrokken partijen. Deze laatsten hebben elk een schriftelijke repliek neergelegd op 20 december 2021.

44. Overeenkomstig artikel IV.52, § 2 WER kan het Mededingingscollege ten aanzien van een betrokken partij niet steunen op documenten waarvan deze partij geen kennis kon nemen. Het College steunt zijn beslissing ten aanzien van de tussenkomst dan ook alleen op de Schriftelijke opmerkingen van VFP en hun tussenkomst tijdens de zitting.

45. Het stelt met de betrokken partijen vast dat deze Schriftelijke opmerkingen grieven betreffen die niet behandeld werden in het Gemotiveerd voorstel van beslissing of feiten inzake de duur van inbreuken waarvoor onvoldoende bewijs voorligt.

V.2 Marktafbakening

46. Het College deelt mede gelet op de beslissingen van de Europese Commissie waarnaar hij verwijst, het oordeel dat de auditeur formuleert onder de randnummers 81-82 en 86-87 betreffende de definitie van de productmarkt en de geografische markt.

V.3 Onderzochte praktijken

V.3.1 De herhaaldelijke uitwisseling van vertrouwelijke informatie over toekomstige prijzen

47. Het College stelt vast dat BAT, ITB, JTI en PMB[670] allen prijslijsten van concurrerende fabrikanten ontvingen (zie *infra* randnummer 58. Deze prijslijsten bevatten toekomstige publieksprijzen, alsook ten minste in bepaalde gevallen, de groothandelsprijzen.

48. Het is daarbij niet relevant of het prijsverhogingen of prijsverminderingen, prijzen van bestaande of van nieuwe producten betreft[671]. Ook wanneer nieuwe prijzen alleen accijnsverhogingen doorrekenen, is het voor concurrenten relevant te zien of een concurrent zich daartoe beperkt.

49. Het College stelt vast dat uit de bewijzen waarnaar de auditeur verwijst in de randnummers 107-109 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing blijkt dat BAT en PMB zich niet alleen niet verzet hebben tegen de uitwisseling, maar er om verzochten. Dit spreekt de verklaring van groothandelaren tegen dat prijslijsten alleen op hun initiatief zijn verstuurd[672]. Er liggen ook geen bewijzen voor dat BAT, ITB, JTI of PMB zich voor de huiszoekingen zouden hebben verzet tegen het ontvangen van prijslijsten van concurrenten.

50. 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 stelt vast dat BAT en PMB in hun communicatie met afnemers tijdens de inbreukperiode ook uitdrukkelijk stelden dat hun prijslijsten een vertrouwelijk karakter hadden (*confidentiality disclaimer* in prijslijst)[673]. 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 (randnummer 439 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing).

51. [VERTROUWELIJK][674] [675].

52. Het College stelt gelet op de verklaringen van groothandelaren waar de auditeur naar verwijst in randnummer 126 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing, vast dat het toekomstige prijzen betrof die naar de groothandel na ontvangst van de informatie nog gewijzigd konden worden. De prijslijsten van BAT en PMB benadrukken dat de prijzen niet bindend waren en nog konden gewijzigd worden[676]. Volgens het dossier waren de groothandelaren ook vaak niet akkoord met de nieuwe prijslijsten, hetzij de publieksprijs, hetzij de prijs naar de groothandel.

53. Gelet op randnummer 93 van de Horizontale Richtsnoeren[677] oordeelt het College dat het hier bovendien om strategische informatie ging. Wanneer de overheid een accijnswijziging doorvoert, is de

---

670 Samen 'de fabrikanten'.

671 Elk van deze hypotheses werden vermeld in de grieven. Zie randnummer 89 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

672 Anders in de Schriftelijke opmerkingen van BAT, p. 13.

673 Randnummer 637 van het Gemotiveerd Voorstel van beslissing.

674 Randnummers 94-96 van de Schriftelijke opmerkingen van ITB.

675 Randnummer 58 van deze beslissing.

676 Zie bij voorbeeld de stukken uit de huiszoekingen 1720-01_00000303 (Prijslijst BAT: "*Deze prijs- en producten lijst is louter informatief en niet bindend en hieraan kunnen dan ook geen rechten worden ontleend*") en 1720-03_00000573 (Prijslijst PMB: "*Deze prijslijst is louter informatief en niet bindend. Aan deze prijslijst kunnen dan ook geen rechten worden ontleend.*".

677 *Pb.* 2011 C11/1).

wetenschap of een concurrent de prijs naar de groothandel en/of de consument al dan niet zal aanpassen, zonder meer van strategisch belang. De concurrentie tussen de fabrikanten, zowel op het niveau van de groothandel als van de consument, speelt in de tabaksmarkt voornamelijk op het niveau van de prijs, ondermeer omdat de vrijheid voor fabrikanten om reclame te voeren voor tabaksproducten steeds verder beperkt werd. De informatie-uitwisseling liet 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. Het College aanvaardt dat wanneer informatie van de groothandel doorvloeit naar een groot aantal kleinhandelaren, deze informatie gemakkelijker te verkrijgen is en daardoor desgevallend als minder vertrouwelijk kan aanzien worden. De fabrikanten verkregen de informatie echter onmiddellijk van de groothandelaar en in een format dat bovendien ook informatie over de groothandelsprijs kon bevatten. Het College oordeelt dat de fabrikanten daardoor sneller en meer getailleerde informatie verkregen dan wanneer zij informatie bij de kleinhandel hadden proberen in te winnen. Hierdoor werd de strategische onzekerheid die het kenmerk is van een normale concurrentie verminderd. Dat geldt ook voor het op de markt brengen van nieuwe producten. Bovendien geldt nog dat de informatie die die naar de detailhandel werd doorgestuurd niet altijd dezelfde inhoud leek te hebben als de prijslijsten die de groothandelaar ontving naar fabrikanten werden doorgestuurd. Zij zou met name niet, of ten minste niet altijd, de groothandelsmarge betreffen, wat voor concurrerende fabrikanten gevoelige informatie is[678].

54. Het College oordeelt ook dat ‘systematisch’ niet vereist dat élke aankondiging wordt doorgestuurd naar élke concurrent. Het is voor het College niet relevant van hoeveel afnemers informatie werd verkregen, noch of zij over elke nieuwe prijslijst of telkens over alle andere fabrikanten informatie ontvingen. Het acht het belangrijker dat vast gesteld is dat zulks tijdens de duur van de inbreuk bij herhaling gebeurde[679]. En dat was zoals blijkt uit onder randnummer 58 van deze beslissing duidelijk het geval betreffende prijslijsten van BAT en PMB..

55. Uit de bewijzen waarnaar de auditeur verwijst in de randnummers 136-158, 444 en 446 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing blijkt ook dat ITB, JTI en PMB van de ontvangen prijslijsten gebruik maakten bij het bepalen van hun eigen prijzen en marktgedrag. Een dergelijk bewijs ligt niet voor betreffende BAT (voetnoot 59 en randnummer 160 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing). Maar BAT, en ook PMB, hebben om prijslijsten verzocht[680], waarbij redelijkerwijze moet worden aangenomen dat zij er gebruik van wilden maken.

56. Betreffende een aantal prijslijsten stellen ITB en PMB[681] dat zij de informatie ontvingen nadat zij hun eigen prijzen al naar de groothandelaren gecommuniceerd hadden. Ook in dit geval betreft het nog steeds het ontvangen van op dat ogenblik vertrouwelijke informatie van concurrenten die de ontvangende concurrent toeliet haar eigen beleid te evalueren en eventueel bij te sturen of te behouden. Het gebruik van vertrouwelijke prijsinformatie van concurrenten betreft voor het College de beschikking over de informatie om het marktgedrag van concurrenten in te schatten, want dat laat toe de risico’s van een normale concurrentie te beperken. Er is daarbij niet vereist dat de ontvangende fabrikant zijn prijzen ook effectief wijzigt.

678 Zie bij voorbeeld randnummer 103 in de Schriftelijke opmerkingen van BAT.
679 Vergelijk ACM Besluit van 25 november 2021, randnummers 44 ev.
680 Randnummers 107-109 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.
681 Vermeld op p. 10 van Bijlage 1 bij de Schriftelijke opmerkingen van ITB en op de p. 72 (voetnoot 155), 134, 136 en 141 van Bijlage 2 bij de Schriftelijke opmerkingen van PMB.

57. Het College verwijst verder naar de in de randnummers 101-105 vermelde bewijsstukken en naar de chronologische beschrijving van de informatie-uitwisseling met verwijzing naar de relevante bewijsstukken in de randnummers 161-402 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing. Het College oordeelt dat uit deze chronologie zoals ook uit de randnummers 107-109 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing blijkt dat wel degelijk sprake was van een gangbare praktijk, waarbij het voor het College gelet op de frequentie niet beslissend is of er al dan niet sprake is van een vaste, dit wil zeggen voor elke nieuwe prijslijst herhaalde praktijk[682].

V.3.2 Betrokkenheid per partij

58. Het College stelt vast dat op grond van de door de auditeur voorgelegde bewijzen waarnaar het in deze beslissing heeft verwezen, de betrokkenheid van de partijen bij de informatie-uitwisseling kan worden samengevat als volgt:

Ontvangende fabrikant	Informatie betreffende prijzen van				van	tot
	BAT[683]	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

V.3.3 Geografische omvang van de onderzochte praktijken

59. Het College deelt het oordeel van de auditeur dat de onderzochte praktijken van BAT, ITB, JTI en PMB het verminderen van de onzekerheid aangaande hun toekomstig marktgedrag in België tot doel hadden en de onderzochte praktijken betrekking hadden op het gehele Belgische grondgebied.

V.3.4 Duur van de onderzochte praktijken

60. Het College oordeelt dat niet de datum van een eerste versturen, maar van een eerste ontvangen zonder protest in principe bepalend is voor de aanvang van de inbreuk.

61. Het College is met de auditeur van oordeel dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de duur van de onderzochte praktijken (de periode waarin informatie werd uitgewisseld), en de duur van inbreuk. De inbreuk heeft geduurd zolang prijslijsten golden die met aan de praktijken te wijten kennis van de prijzen van concurrenten konden worden bepaald.

---

682 Zie met name de randnummers 162-164, 175-179, 182-184, 186-187, 189, 193-194, 196, 199-200, 202, 204, 209, 211-212, 215-216, 218, 220-221 en 224, 226, 228, 230-231, 233-236, 240-241, 243, 247, 249, 253-254, 258-261, 264-265, 268-269, 275, 282, 294-296, 301-305, 307, 310-311, 316-317, 320-321, 323-324, 326, 328-334, 336-339, 346, 350-353, 356, 362, 369-372, 379-381, 384, 386-387 en 391-395 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing. Het College laat evenwel buiten beschouwing: de mails van BAT van 19 februari 2013 (randnummer 245) omdat het roltabak betrof..

683 Het ontvangen van de prijslijst van BAT van 14 februari 2014 is door het College niet in aanmerking genomen omdat deze informatie volgens ITB ook in een onafhankelijke studie beschikbaar was, en dit argument niet door de auditeur is weerlegd (Bijlage 1 bij de Schriftelijke opmerkingen van ITB p 60).

62. Voor BAT was de aanvangsdatum 14 februari 2012[684]. Voor ITB[685], voor JTI [686], en voor PMB[687] was dit 24 januari 2011.

63. Voor ITB en JTI heeft de inbreuk geduurd tot 31 januari 2015. Dit betreft de prijzen per 1 januari 2015 van JTI waarover ITB op voorhand informatie heeft ontvangen en de prijzen van PMB per 1 januari van PMB waarover ITB en JTI op voorhand informatie ontvingen[688]. Ook voor BAT is de einddatum 31 januari 2015[689]. Dit betreft de prijzen per 1 januari 2015 van PMB waarover BAT op voorhand informatie heeft ontvangen[690]. PMB heeft een laatste maal informatie ontvangen op 25 februari 2014 en had toen de eigen prijzen al bepaald[691].

64. De duur van de inbreuk was op grond van deze gegevens:

- Voor BAT 2 jaar en 11 maanden,
- Voor ITB 4 jaar,
- Voor JTI 4 jaar,
- Voor PMB 3 jaar en 1 maand.

V.4 Juridische analyse

V.4.1 Toepasselijke mededingingsregels

65. Het College stelt vast dat deze zaak ingevoerde producten betreft (randnummer 41 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing) en de onderzochte praktijken daarom beoordeeld dienen te worden in het licht van de artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER.

V.4.2 Bewijslast

66. Het College herinnert aan de vaste rechtspraak dat niet elk van de door de mededingingsautoriteit aangevoerde bewijzen noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de inbreuk aan dezelfde criteria hoeft te voldoen. Het is voldoende dat de door deze autoriteit aangevoerde verzameling aanwijzingen, in haar geheel beschouwd, voldoet aan de regel dat de mededingingsautoriteit inbreuken dient te bewijzen.[692]

67. Wanneer het een inbreuk betreft die zich over verschillende jaren uitstrekt, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het feit dat er geen rechtstreeks bewijs is dat een onderneming gedurende een bepaald tijdvak heeft deelgenomen aan deze inbreuk, er niet aan in de weg staat dat die deelname ook voor dit tijdvak wordt vastgesteld, mits deze vaststelling op objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen berust.[693]

---

684 Randnummer 200 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.
685 Randnummer 164 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.
686 Randnummer 162 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.
687 Randnummer 163 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.
688 Randnummers 389, 395 en 397 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.
689 BAT heeft nog prijslijsten van PMB ontvangen na de datum waarop geen prijslijsten meer ontving. Zie randnummer 395 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.
690 Randnummers 389-390 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing (PMB prijzen verstuurd naar ITB),
691 Randnummer 372 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing en p. 143 van Bijlage 2 bij de Schriftelijke opmerkingen van PMB.
692 Arrest van het Hof van 15 oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jur. blz. I-8375, rns. 513-523.
693 Arrest van het Hof van Justitie van 17 september 2015, *Total Marketing Services/Commissie*, C-634/13, randnummer 27.

68. Het College wijst er verder op dat het bewijs van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU behalve de afstemming tussen de betrokken ondernemingen, een daaropvolgend marktgedrag en een causaal verband tussen beide vereist,[694] maar dat de concrete draagwijdte voor de beoordeling van het marktgedrag afhankelijk is van het onderscheid tussen gedragingen die er toe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging beperkt wordt.

69. Het College oordeelt:

a. Dat er een voldoende groot aantal nauwkeurige, onderling overeenstemmende en niet met bewijsmateriaal weerlegde bewijzen voorliggen van een gedurende een aantal jaren herhaalde indirecte uitwisseling van vertrouwelijke informatie over toekomstige prijzen[695], terwijl de betrokken ondernemingen rechtens genoegzaam dienen aan te tonen wat naar hun oordeel afbreuk doet aan de bewijskracht van het bewijs waarop de mededingingsautoriteit zich baseert, tenzij een dergelijk bewijs niet kan worden geleverd ten gevolge van het gedrag van deze autoriteit zelf.[696]

b. Dat gelet op (i) het feit dat BAT en PMB om het toesturen van prijslijsten vroegen[697], (ii) dat ITB, JTI en PMB gebruik maakten van de ontvangen vertrouwelijke informatie bij het bepalen van hun marktgedrag[698], (iii) dat de auditeur aantoonde dat prijslijsten niet alleen werden ontvangen in het kader van onderhandelingen tussen groothandelaren en hun leveranciers[699] en (iv) de fabrikanten niet bewezen hebben dat er telkens voor het ontvangen van de toegestuurde prijslijsten een andere en legitieme verklaring is dan de wens om geïnformeerd te worden over het toekomstige marktgedrag van concurrenten op een ogenblik dat die informatie nog confidentieel was.

c. Dat de uit het feit dat elk van de fabrikanten bij herhaling prijslijsten van concurrerende fabrikanten aanvaard hebben zonder er zich van te distantiëren, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie, kan worden afgeleid dat er sprake was van een welbewuste feitelijke samenwerking [700].

d. Dat het causaal verband bewezen moet worden geacht omdat uit de bewijzen waarnaar de auditeur verwijst in de randnummers 136-158, 444 en 446 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing ook blijkt dat ITB, JTI en PMB van de ontvangen prijslijsten gebruik maakten bij het bepalen van hun eigen prijzen en marktgedrag. Een dergelijk bewijs ligt niet voor betreffende BAT[701], maar er ligt daarentegen bewijs

694 Zie randnummer 484 en de aldaar aangehaalde rechtspraak, o.a. arrest *Dole Food* en *Dole Fresh Fruit Europe/Commissie*, C-286/13, randnummer 126.

695 Zie met name de randnummers 162-164, 175-179, 182-184, 186-187, 189, 193-194, 196, 199-200, 202, 204, 209, 211-212, 215-216, 218, 220-221 en 224, 226, 228, 230-231, 233-236, 240-241, 243, 245, 247, 249, 253-254, 258-261, 264-265, 268-269, 275, 282, 294-296, 301-305, 307, 310-311, 316-317, 320-321, 323-324, 326, 328-334, 336-339, 346, 350-353, 356, 362, 369-372, 379-381, 384, 386-387, en 391-395 en ook 439 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

696 Arrest van het Hof van Justitie van 22 november 2012, *E.ON Energie/Commissie*, C-89/11 P, randnummer 76.

697 Randnummers 107-109 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

698 Randnummers 136-158, 444 en 446 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing

699 Randnummers 641-642 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

700 HvJ 22 oktober 2015, zaak C-194/14P, AC Treuhand, rechtsoverweging 31; HvJ 21 januari 2016, C-74/14, *Eturas*; zie ook ACM Beslissing 25 november 2021, randnummer 93. Zie ook HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92, *Anic*, overweging 121; en verder randnummers 422, 632 en 633 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

701 Voetnoot 59 en randnummer 160 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

voor dat BAT, zoals ook PMB, actief om prijslijsten van concurrenten verzochten[702], waaruit redelijkerwijze mag worden besloten dat BAT deze informatie wilde gebruiken.

e. Dat het aanvaarden van deze vertrouwelijke informatie over toekomstige prijzen van concurrenten de fabrikanten, ook wanneer zij hun prijzen en marktgedrag na ontvangst niet beslisten aan te passen, toeliet de risico's te beperken die eigen zijn aan normale mededingingsvoorwaarden.

f. Dat, zoals hierna verder ontwikkeld, het een mededingingsbeperking naar strekking (doelinbreuk) betreft.

V.4.3 Ondernemingen

70. Er is niet betwist dat BAT, ITB, JTI en PMB ondernemingen zijn.

V.4.4 Onderling afgestelde feitelijke gedragingen

71. Het College stelt met de auditeur vast dat de onderzochte praktijken niet wijzen op een overeenkomst tussen BAT, ITB, JTI en PMB of tussen enkelen onder hen. Het stelt ook vast dat geen bewijs voorligt van een overeenkomst tussen één of meer fabrikanten en één of meer groothandelaren om prijslijsten van andere fabrikanten aan hen door te sturen.

72. Het College oordeelt zoals eerder gesteld met de auditeur dat:

- zoals blijkt uit het feit dat zij allen herhaaldelijk en ITB en JTI frequent prijslijsten van concurrenten ontvingen (zie randnummer 58 en voetnoot 682 van deze beslissing), BAT, ITB, JTI en PMB wisten of behoorden er rekening mee te houden dat de informatie over de eigen prijzen die zij aan hun groothandelaren zonden, door deze laatsten aan concurrerende fabrikanten zou worden doorgezonden[703],
- dat BAT en PMB in hun communicatie met afnemers tijdens de inbreukperiode weliswaar stelden dat hun prijslijsten een vertrouwelijk karakter hadden (*confidentiality disclaimer* in prijslijst)[704], maar dat niet is aangetoond dat zij aandrongen op het respecteren van deze clausule, terwijl zij zelf door groothandelaren doorgestuurde prijslijsten met een *confidentiality disclaimer* van concurrenten ontvingen[705], en er dus rekening mee moesten houden dat ook hun prijslijsten werden doorgestuurd of zich ten minste de vraag moesten stellen of hun *confidentiality disclaimer* werd gerespecteerd,
- uit de bewijzen waarnaar de auditeur verwijst in de randnummers 107-109 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing blijkt dat BAT en PMB actief om prijslijsten verzochten en deze verwachtten, en zich dus kennelijk niet verzetten tegen het ontvangen van de informatie, en dus

---

702 Randnummers 106-109 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

703 Zie, in een zaak die een gelijkaardige vorm van uitwisseling van informatie tussen groothandelaren betrof, randnummer 596 van de beslissing van de Franse Autorité de la concurrence 20-D-04 van 16 maart inzake de distributie van Apple producten. Zie HvJ 21 juli 2016, zaak C-542/14, VM Remonts, rechtsoverweging 31. Zie over het denken van de Commissie terzake in deze zin ook de eerste en vierde zin in randnummer 437 van de in de relevante periode natuurlijk nog niet beschikbare Draft revised Horizontal Guidelines (https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-03/draft_revised_horizontal_guidelines_2022.pdf).

704 Randnummer 637 van het Gemotiveerd Voorstel van beslissing.

705 BAT prijslijsten van PMB en omgekeerd.

wisten of er rekening mee dienden te houden dat de andere fabrikanten hun informatie ontvingen,

- er bijgevolg sprake was van een uitwisselingspraktijk,
- uit de bewijzen waarnaar de auditeur verwijst in de randnummers 136-158, 444 en 446 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing blijkt dat ITB, JTI en PMB van de ontvangen prijslijsten gebruik maakten en er alleszins rekening mee konden houden bij het bepalen van hun eigen prijzen en marktgedrag,
- dat een dergelijk bewijs niet voorligt betreffende BAT (voetnoot 59 en randnummer 160 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing), maar dat BAT niet alleen ook gebruik kon maken van de ontvangen informatie, en deze verwachtte want actief om prijslijsten heeft verzocht[706], waarbij men redelijkerwijze mag aannemen dat het de bedoeling was om er gebruik van te maken.
- dat de vorm van indirecte samenwerking die voorwerp is van deze zaak onderscheiden moet worden van *hub&spoke* kartels die typisch een meer actieve betrokkenheid van de *hubs* impliceren[707].

73. Er ligt alleszins betreffende ITB en JTI geen bewijs voor dat zij zich daartegen verzetten, of er zelfs vragen over stelden aan de groothandelaren. Fabrikanten konden zich nochtans gemakkelijk distantiëren, bij voorbeeld door een prijslijst terug te sturen met verzoek er geen meer door te sturen.

74. Het College oordeelt dat het zich niet distantiëren van of verzetten tegen ontvangst van de prijsinformatie in deze omstandigheden neerkomt op stilzwijgende goedkeuring of aanvaarding van de informatie.

75. In deze omstandigheden mag het College de vereiste afstemming, dit wil zeggen consensus over het uitwisselen van de informatie tussen concurrenten, aannemen op grond van de vaststelling dat geen van de fabrikanten al die jaren ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven dat zij de informatie over de toekomstige prijzen van hun concurrenten niet wensten te ontvangen.[708]

76. Het College stelt echter vast dat BAT alleen prijslijsten van PMB ontving[709]. Het oordeelt daarom op grond van het voorgaande dat dat er enerzijds sprake was van een onderling afgestemde gedraging

---

706 Randnummers 108-109 van het gemotiveerd voorstel van beslissing.

707 Zie bij voorbeeld de Background note of the Secretariat voor de roundtable van het OESO Competition Committee op 17 oktober 2019: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf.

708 Anders dan bvb. JTI (Antwoord rns. 207-208) aanvoert, is dit ook het standpunt van Advocaat-Generaal Szpunar in de zaak *Eturas* (C-74/14): "een onderling afgestemde gedraging berust per definitie op 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 onderling afgestemde feitelijke gedraging eigen is" (randnummer 46); "In het bijzonder zou wederkerigheid ook stilzwijgende instemming moeten omvatten (randnummer 47); "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 (randnummer 48). 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 adressaat onder bepaalde omstandigheden bij de andere partij of partijen de indruk wekt dat de adressaat het ongeoorloofde initiatief onderschrijft en zich daarnaar zal gedragen. Om tot een bewuste deelname van de adressaat aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging te kunnen concluderen, moet de context van de interactie zodanig zijn dat de adressaat 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" (randnummer 49) (onderlijning door de auditeur).

709 Zie randnummer 58 van deze beslissing.

tussen ITB, JTI en PMB met een gezamenlijk markt aandeel tijdens de relevante periode dat PMB inschat op meer dan 64%, en anderzijds tussen BAT en PMB. Deze laatste samenwerking betrof volgens de inschatting van PM meer dan 76% van de productmarkt en beide samenwerkingen samen volgens dezelfde bron meer dan 79% van de relevante markt. De auditeur gaat uit van een totaal marktaandeel van meer dan 90% [710]. Het oordeelt dat wanneer alle partijen zo stilzwijgend instemmen met een uitwisseling van informatie voldaan is aan het vereiste van wederkerigheid in de rechtspraak[711]. Daarvoor is voor het College niet vereist dat ontvangende fabrikanten op de hoogte waren van de mededingingsbeperkende doelstellingen van de verzendende fabrikant bij het verzenden, maar er rekening mee diende te houden dat andere fabrikanten ook prijslijsten ontvingen en de fabrikanten zo beschikten over informatie die hen toeliet de risico's van een normale mededinging te beperken.

77. Daarbij is voldaan aan de voorwaarde die de rechtspraak formuleerde met betrekking tot stilzwijgende goedkeuring dat het "mededingingsverstorende karakter" van de gedraging "onomstotelijk vaststaat"[712] vermits de onderzochte gedragingen gekwalificeerd worden als een doelbeperking[713].

78. Het College merkt op dat het eigen is, zo niet aan elke onderling afgestemde feitelijke gedraging, dan toch zeker aan een via derden onderling afgestemde feitelijke gedraging dat er geen directe samenwerking is tussen partijen. De actieve participatie aan de inbreuk betreft ook niet het toesturen van de eigen prijslijsten met consumentenprijzen aan de groothandelaren, maar op de eerste plaats het parallel stilzwijgend instemmen met het ontvangen van de prijslijsten van andere fabrikanten, waarbij er redelijkerwijze wanneer dat met de aangegeven frequentie gebeurt van uit moet worden gegaan dat ook concurrenten prijslijsten ontvangen. En de inbreuk betreft voor het College niet het verwijt dat partijen hun prijslijsten aan groothandelaren stuurden om aan concurrenten een signaal te geven (fabrikanten sturen hun groothandelaren uiteraard hun eigen prijslijsten), maar het feit daten zij door het ontvangen van de informatie in staat werden gesteld om met die gegevens rekening te houden bij het bepalen van het eigen markt gedrag.

79. Het College aanvaardt dat het doorsturen van prijslijsten door groothandelaren aan concurrerende fabrikanten kan kaderen in hun onderhandelingen met fabrikanten, maar oordeelt dat de auditeur heeft weerlegd dat fabrikanten alleen kennis kregen van de prijsgegevens van concurrenten in het kader van de prijsonderhandelingen met hun groothandelaren[714]. En het College oordeelt dat niet de intentie van de groothandelaar maar de stilzwijgede instemming van de ontvangende fabrikant bepalend is[715]. Verder oordeelt het College dat het verstrekken van vertrouwelijke informatie van concurrenten niet onontbeerlijk was om de groothandelsprijzen te onderhandelen aangezien de uitwisselingspraktijk na de huiszoekingen gestopt is.

---

710 Zie de cijfers vermeld door PMB in table 3 in Bijlage 1 bij de Schriftelijke opmerkingen van PMB gesteund op AC Nielsen cijfers betreffende 2015. De auditeur steunt op Euromonitor International cijfers betreffende 2015 (randnummers 36-37 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing).

711 Conclusie van Advocaat-Generaal Szpunar in de zaak *Eturas*, HJEU 21 januari 2016, zaak C-74/14.

712 Arrest van het Gerecht van 30 november 2011, *Quinn Barlo*, T-208/06, randnummer 51.

713 Het College laat zich verder in deze zaak niet inspireren door Engelse uitspraken in hub and spoke zaken die zoals de auditeur opmerkt een andere feitensituatie betroffen en het College alleszins niet binden.

714 Randnummers 641-642 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

715 Vergelijk de ACM beslissing van 25 mei 2020 waarnaar verwezen wordt in randnummer 422 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing.

80. Het College merkt verder op dat wanneer de onderling afgestemde feitelijke gedraging via een derde partij tot stand komt, niet vereist dat deze derde zelf ook schuldig is aan het mededingingsbeperkend gedrag. Het volstaat dat de ondernemingen met hun eigen gedrag gezamenlijk deelnemen aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkend doel. Dit kan door inschakeling of het zich niet verzetten tegen het gedrag van een derde partij die al dan niet zelf deelneemt aan de mededingingsbeperkende gedraging.

81. Het College merkt ook op dat opdat de risico's van concurrentie zouden worden beperkt, het niet vereist is dat informatie wordt ontvangen van alle concurrenten, en dat zeker niet wanneer betreffende de grootsten onder hen informatie is verkregen[716].

82. Het College oordeelt daarom met de auditeur dat uit het voorgaande blijkt dat de fabrikanten welbewust de risico's van concurrentie hebben vervangen door een feitelijke samenwerking gericht op en bestaande uit het elk ontvangen en dus de uitwisseling van vertrouwelijke informatie over toekomstige prijzen via afnemers, en dat het dan ook besluit dat de onderzochte praktijken als onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen respectievelijk ITB, JTI en PMB, en tussen BAT en PMB moeten worden beschouwd in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU en artikel IV.1, lid 1 WER. Wanneer gesofistikeerde multinationale ondernemingen meer dan eens zo gevoelige nog vertrouwelijke informatie ontvangen zonder zich daar tegen te verzetten, moet het College dat zien als een stilzwijgende instemming met een indirect onderling afgestemde feitelijke gedraging.

83. Het College oordeelt dat zeker nu markten steeds meer geconcentreerd zijn, de effectieve handhaving van de mededingingsregels een scherp toezicht vereist op vormen van collusie. Het moet duidelijk zijn dat vormen van indirecte uitwisseling van gegevens waarvan het uitwisselen als een doelinbreuk is beschouwd, gevat worden door het voor deze doelinbreuken geldende verbod[717].

V.4.5 Beperking van de mededinging naar strekking

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.[718]

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.[720]

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

---

716 Zie de samenvatting in randnummer 58 en voetnoot 710 van deze beslissing.

717 Het College leest dezelfde bekommernis in de besluiten van de ACM van 27 mei en 25 november 2021.

718 Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole*, zaak C-286/13, randnummer 122. In dezelfde zin: arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, randnummer 41. Zie verder Arrest van het Gerecht van 16 september 2013, *Wabco Europe e.a./Commission*, zaak T-380/10, randnummer 78 en arrest van het Gerecht van 15 december 2016, *Koninklijke Philips NV / Commissie*, zaak T-762/14, randnummer 63.

719 Horizontale richtsnoeren, randnummer 74.

720 Horizontale richtsnoeren, voetnoot 4.

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.[721]

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[722]. 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)[723]. De loutere verklaringen dat zij geen effect hadden kan het College niet als een tegenbewijs beschouwen.

V.4.6 Eén enkele voortdurende inbreuk

92. Gelet op de rechtspraak[724] 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 ITB, JTI en PMB er actief van gebruik maakten, oordeelt het

721 Arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, zaak C-226/11*, Expedia*, randnummer 37.

722 Arrest van het Hof van6 september 2017, zaak C-413/14P overwegingen 137-138; en arrest an het Gerecht van 26 januari 2021, zaak T-286/09, overweging 522, beide betreffende Intel.

723 Oa. randnummer 28 van het gemotiveerd voorstel van beslissing.

724 Arrest van het Gerecht van 8 juli 2008, zaak T-53/03, *BPB plc tegen Commissie*, randnummer 257 en arrest van het Gerecht van 6 februari 2014, zaak T-27/10 *AC Treuhand v Commission*, randnummer 238 met verwijzing naar andere rechtspraak.

College dat sprake is van een enkele voortdurende inbreuk, wat evenwel niet inhoudt dat de duur van de inbreuk voor alle ondernemingen dezelfde is.

V.4.7 Merkbare beïnvloeding van de mededinging op de Belgische markt en effect op de handel tussen lidstaten

93. Vermits de onderzochte praktijken de handel in de betrokken producten op het volledige Belgische grondgebied betroffen, en als doelbeperking worden gekwalificeerd, oordeelt het College dat zij op merkbare wijze de mededinging op de Belgische markt beperkten in de zin van artikel IV.1 WER.

94. Het College stelt vast dat deze zaak ingevoerde producten betreft (randnummer 41 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing) en de onderzochte praktijken betrekking hadden op het gehele grondgebied van België. Zij hadden dan ook een effect op de handel tussen de lidstaten.

V.4.8 Niet-toepasbaarheid van de artikelen IV.1, §3 WER en 101, lid 3 VWEU

95. Het College deelt om de door hem in de randnummers 566-569 van het Gemotiveerd voorstel van beslissing gegeven redenen de conclusie van de auditeur dat in deze zaak niet is voldaan aan de voorwaarden van de artikelen IV.1, §3 WER en 101, lid 3 VWEU.

VI. Aansprakelijkheid

96. Het College volgt de auditeur in zijn beslissing om wegens proceseconomische redenen in deze zaak de aansprakelijkheid te beperken tot de dochterondernemingen die rechtstreeks betrokken waren bij de onderzochte praktijken. Philip Morris Benelux BVBA, British American Tobacco Belgium NV, JT International Company Netherlands BV en Établissements L. Lacroix Fils NV hebben ieder rechtstreeks deelgenomen aan de verboden gedragingen.

VII. Sancties

VII.1 Toepasselijke richtsnoeren

97. Op 3 september 2020 heeft het Directiecomité van de BMA de Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.79, §1, eerste lid, en §2, eerste lid WER bij overtredingen van de artikelen IV.1, §1, IV.2 en/of IV.2/1 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU aangenomen (verder "Richtsnoeren"). Zij zijn van toepassing sinds 16 september 2020 op alle zaken waarin op die dag nog geen met redenen omkleed voorstel van beslissing is overgemaakt aan het Mededingingscollege, met uitzondering van de zaken die voorwerp zijn van een schikkingsprocedure en waarvoor de auditeur al een mogelijke geldboete heeft meegedeeld in zoverre de schikkingsprocedure effectief leidt tot een schikking.[725]

98. Randnummer 3 van de Richtsnoeren bepaalt dat de BMA zich bij het berekenen van de geldboeten zal laten leiden door de door de Europese Commissie gebruikte Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten (verder "Commissierichtsnoeren")[726].

---

725 Richtsnoeren, randnummer 13.

726 Richtsnoeren van de Commissie van 1 september 2006 voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *Pb C* 210/02.

VII.2 Basisbedrag van de boete

99. Overeenkomstig randnummer 20 van de Commissierichtsnoeren wordt het basisbedrag van de boete vastgesteld als een deel van de waarde van de verkopen dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk, vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft.

VII.2.1 Berekeningsbasis en referentiejaar

100. Om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen, wordt uitgegaan van de waarde van de verkopen van de betrokken ondernemingen, namelijk van de omzet behaald door de betrokken ondernemingen in België die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houdt met de inbreuk.[727] In deze zaak is de relevante omzet de omzet die door de betrokken fabrikanten in België wordt verwezenlijkt met de verkoop van sigaretten.

101. Het referentiejaar voor de omzet dat in aanmerking wordt genomen, is normaliter het laatste volledige jaar waarin de onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen, *in casu* 2014 voor BAT, ITB en JTI. Bij gebrek aan gegevens betreffende 2013 neemt de College ook voor PMB 2014 als referentiejaar.

102. De relevante omzet voor elke fabrikant is bijgevolg:

a. voor BAT: [VERTROUWELIJK][728];

b. voor ITB: [VERTROUWELIJK][729];

c. voor JTI: [VERTROUWELIJK] [730] en

d. Voor PMB: [VERTROUWELIJK] [731].

VII.2.2 Ernst van de inbreuk

103. De ernst van de inbreuk wordt geval per geval beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden. Het deel van de omzet dat in aanmerking wordt genomen, zal doorgaans maximaal 30% bedragen.

104. Het College wijst er op dat de het uitwisselen van vertrouwelijke informatie over toekomstige prijzen geen nieuw type inbreuk is en verwijst naar randnummer 74 van de *Horizontale richtsnoeren*.

105. Het College gaat verder uit van wat volgt:

- Het betreft een horizontale onderling afgestemde feitelijke gedraging betreffende een doelinbreuk, wat omdat zulks voor de partijen niet altijd even duidelijk is, een lagere coëfficiënt verantwoordt dan een horizontale overeenkomst.
- Het betreft een informatie-uitwisseling via derden die als een doelbeperking is gekwalificeerd, wat omdat zulks voor de partijen niet altijd even duidelijk is, een lagere coëfficiënt verantwoordt dan een horizontale directe onderling afgestemde gedraging, maar in principe hoger dient te zijn dan bij een informatie-uitwisseling die niet als een doelbeperking wordt gekwalificeerd.

727 Richtsnoeren, randnummer 5.
728 Antwoord BAT van 9 juli 2020.
729 Antwoord ITB van 3 juli 2020.
730 Antwoord JTI van 26 juni 2020.
731 Antwoord PMB van 9 juli 2020.

106. Gelet op de specifieke context en kenmerken van deze zaak beslist het College om in deze zaak een coëfficiënt van 10% toe te passen.

VII.2.3 Duur van de inbreuk

107. De duur van de inbreuk was volgens het College zoals eerder vermeld:

- Voor BAT 2 jaar en 11 maanden,
- Voor ITB 4 jaar,
- Voor JTI 4 jaar,
- Voor PMB 3 jaar en 1 maand.

VII.3 Toevoeging extra bedrag

108. Het College oordeelt met de auditeur dat het niet noodzakelijk is om een extra bedrag toe te voegen aan het basisbedrag.[732]

VII.4 Aanpassing in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden

109. Randnummer 27 van de Commissierichtsnoeren voorziet dat het basisbedrag verhoogd of verlaagd kan worden wegens het bestaan van verzwarende, respectievelijk verzachtende omstandigheden.

110. Een niet-exhaustieve lijst van verzwarende of verzachtende omstandigheden is opgenomen in randnummers 28 en 29 van de Commissierichtsnoeren.

VII.4.1 Verzwarende omstandigheden

111. Het College weerhoudt geen verzwarende omstandigheden.

VII.4.2 Verzachtende omstandigheden

112. Op het ogenblik van de feiten dienden ondernemingen te weten dat het uitwisselen van vertrouwelijke informatie over toekomstige prijzen als een doelinbreuk werd beschouwd. Er was echter op dat ogenblik nog geen zaak beslist waarin het parallel ontvangen van vertrouwelijke informatie zoals voorwerp is van deze zaak, als bewijs werd beschouwd van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, vermits de beslissingen van de Franse Autorité de la concurrence van 16 maart 2020 en van de ACM van 27 mei en 25 november 2021 nog niet genomen waren[733].

113. Het betreft informatie die, althans wat de publieksprijzen betreft, uiteindelijk publiek zou worden, ten laatste op het ogenblik dat de producten in de winkel liggen.

114. Het College stelt vast dat de fabrikanten door het ontvangen van de informatie de risico's van een normale mededinging weliswaar konden beperken, maar dat er geen bewijs voorligt dat dit geleid heeft tot een verhoging van prijzen voor de consument.

115. Het College kan daarom gelet op de bijzondere omstandigheden van deze zaak verzachtende omstandigheden in aanmerking nemen en de coëfficiënt voor de berekening van het basisbedrag van de boete herleiden tot 5%.

---

732 Commissierichtsnoeren, randnummer 25.

733 Zie voor de beslissing van 25 november 2021 met samenvatting van het voorafgaande ACM documentnr. ACM/UIT/565336.

116. Gelet op het feit dat BAT alleen prijslijsten ontving van één concurrent (PMB) gold weliswaar ook voor hen dat zij dienden te weten dat het uitwisselen van vertrouwelijke informatie over toekomstige prijzen als een doelinbreuk werd beschouwd, maar hadden zij op basis van de stukken geen duidelijke reden om zich bewust te zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de vier fabrikanten. Het College noteert verder dat volgens de Auditeur er geen bewijs is dat BAT de informatie in aanmerking nam bij het bepalen van haar eigen markt- en prijzenbeleid.

117. PMB ontving slechts 11 prijslijsten waarvan 8 na dat het zijn eigen prijzen al bepaald had[734]. Dat kan samen met het feit dat nog geen zaak gekend was betreffende een zelfde type afstemming een mindere alertheid verklaren.

118. Het College herleidt om die redenen de coëfficiënt ten aanzien van BAT en PMB verder tot 2,5.%.

VII.5 Samenvatting

119. Basisbedrag:

- Voor BAT: [VERTROUWELIJK] x 0,025 = [VERTROUWELIJK] EUR
- Voor ITB: [VERTROUWELIJK] x 0,05 = [VERTROUWELIJK] EUR
- Voor JTI: [VERTROUWELIJK] x 0,05 = [VERTROUWELIJK] EUR
- Voor PMB: [VERTROUWELIJK] x 0,025 = [VERTROUWELIJK] EUR

120. De duur van de inbreuk bedraagt 2 jaar en 11e maanden voor BAT, 4 jaar voor ITB en JTI en 3 jaar en 1 maand voor PMB.

- Voor BAT: [VERTROUWELIJK] x 2,09 = [VERTROUWELIJK] EUR
- Voor ITB: [VERTROUWELIJK] x 4 = [VERTROUWELIJK EUR
- Voor JTI: [VERTROUWELIJK] x 4= [VERTROUWELIJK] EUR
- Voor PMB: [VERTROUWELIJK] x 3,08 = [VERTROUWELIJK] EUR

VII.6 Wettelijk maximum voor de boete

121. Overeenkomstig de artikelen IV.79, §1, lid 1 en IV.84, §1 WER mag de aan een onderneming opgelegde boete niet meer bedragen dan 10% van hun omzet, waarbij voor inbreuken die een aanvang namen en beëindigd werden voor het in werking treden van de wet op 2 mei 2019 het de omzet betreft in België en bij de uitvoer behaald tijdens het boekjaar voorafgaand aan de beslissing.

122. Het College ontving in antwoord op een tijdens de zitting gestelde en per mail herhaalde vraag de cijfers voor het boekjaar 2021 van BAT, ITB, JTI en PMB. Het College stelt daarom het wettelijk plafond van 10% van hun omzet vast op basis van de antwoorden van BAT, ITB, JTI en PMB.

123. Het wettelijk plafond van 10% van hun omzet bedraagt:

a. [VERTROUWELIJK] voor BAT,

b. [VERTROUWELIJK] voor ITB,

c. [VERTROUWELIJK] voor JTI en

734 Bijlage 2 bij de Schriftelijke opmerkingen van PMB, p. 72, 137 en 141.

d. [VERTROUWELIJK] voor PMB.

[VERTROUWELIJK].

Om deze redenen

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

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
voorzitter