

**HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN**

**Zaken 2012/AR/1843 en 2012/AR/1798**

**Tussen**

**Biomet Belgium BVBA**

**Appellante**

**- en -**

**AGX Group BVBA**

**Verweester**

---

**Schriftelijke opmerkingen van de Belgische Mededingingsautoriteit op  
grond van artikel IV. 77 WER**

---

## 1. Inleiding

In haar tussenarrest van 23 juni 2014 heeft Uw Hof beslist om een beroep te doen op de procedure vervat in artikel IV.77 WER.

*In casu* heeft het Hof van beroep te Antwerpen (hierna: het Hof) de BMA verzocht om opmerkingen te maken over de toepassing van de mededingingsregels, rekening houdend met hetgeen in het motiverend gedeelte van bovenvermeld arrest wordt overwogen.

Concreet heeft het Hof volgende vier vragen voorgelegd aan de BMA:

*“1. Hoe in casu de relevante productmarkt dient afgebakend te worden:*

- *Op grond van de stelling van Biomet: als het aanbieden (voor wat AGX betreft) dan wel afnemen (voor wat Biomet betreft) van vervoersdiensten voor medische en chirurgische lensets?*
- *of op grond van de stelling van AGX: als één enkele algemene markt voor vervoer van colli's ? of of op een andere wijze ?*
- 2. *Hoe in casu de relevante geografische markt dient afgebakend te worden: op nationaal niveau (stelling Biomet) of ruimer (stelling AGX) of op een andere wijze ?*
- 3. *Welke de marktaandeelen zijn van de betrokken partijen op de relevante product- en geografische markt, waarbij ook de door Biomet aangehaalde cijfers inzake marktaandeelen van de beroepsfederaties Unamec en Eucomed worden getoetst.*
- 4. *Of er naar het oordeel van de BMA sprake is van een overeenkomst die op merkbare wijze de mededinging beperkt in de zin van art. 2 WBEM (thans art. IV.1 WER) / art. 101 VWEU ?”*

Op 5 september 2014 heeft de BMA, met het oog op de formulering van haar opmerkingen, het Hof verzocht haar alle voor de beoordeling van de zaak noodzakelijke stukken toe te zenden, conform artikel IV. 77, derde alinea, WER.

Op 16 september 2014 heeft de BMA van het Hof volgende stukken ontvangen:

- Het tussenvonnissen dd. 26 april 2011 en het (bestreden) tussenvonnissen dd. 3 april 2012 van de rechtbank van koophandel te Antwerpen;
- De twee aktes in hoger beroep (inzake 2012/AR/1798 en inzake 2012/AR/1843);
- De laatste syntheseconclusie in hoger beroep van de BVBA AGX Group (neergelegd ter griffie op 20 maart 2013);
- De laatste syntheseconclusie in hoger beroep van de BVBA BIOMET BELGIUM (neergelegd ter griffie op 10 april 2013).

Hierbij heeft het Hof ook meegedeeld dat de overtuigingsstukken na het tussenarrest teruggezonden werden naar de partijen, zodat zij zich niet meer in het procedurebundel van het Hof bevinden.

## 2. De draagwijdte van de schriftelijke opmerkingen van de BMA op grond van artikel IV.77 WER

Artikel IV.77 WER is de spiegelbepaling in het WER van artikel 15, derde lid, van Verordening Nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (thans artikelen 101 en 102 VWEU).

De WBEM 2006 voorzag niet in een gelijkaardige bepaling voor wat betreft de toepassing van het Belgisch mededingingsrecht. Volgens de memorie van toelichting komt artikel IV.77 WER tegemoet aan de vraag dat de BMA ook zou kunnen tussenkomen als *amicus curiae* in procedures voor Belgische gerechten indien een zaak de toepassing betreft van de Belgische mededingingsregels.<sup>1</sup>

De Europese Commissie heeft in haar Mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU<sup>2</sup> aangegeven wat haar houding is in dit verband.

De BMA zal zich bij het beantwoorden van een verzoek op grond van artikel IV.77 WER eveneens laten leiden door bovenvermelde Mededeling.

Voor alle duidelijkheid, door schriftelijke opmerkingen in te dienen op grond van artikel IV.77 wordt de BMA geen tussenkomende partij in de zin van het Gerechtelijk Wetboek, noch binden haar opmerkingen het Hof. De rol van de BMA bestaat erin het Hof bij te staan inzake de toepassing en interpretatie van de relevante wetsbepalingen.

Verder komt het de BMA niet toe om, in het kader van een *amicus curiae* tussenkomst, feitelijke informatie aan te wenden buiten de informatie die haar is overgemaakt door het Hof of die publiek toegankelijk is, zoals in het bijzonder publieke versies van beslissingen van de Europese Commissie en andere mededingingsautoriteiten.

## 3. De feitelijke en juridische context

Voor een uiteenzetting van de feitelijke en juridische context, verwijst de BMA naar randnummers 4 tot en met 13 van het tussenarrest van het Hof van 23 juni 2014.

Wat de relevante feiten betreft, begrijpt de BMA dat er op 1 juli 2008 een overeenkomst van onbepaalde duur is afgesloten tussen Biomet enerzijds en AGX anderzijds.

Voorwerp van deze overeenkomst was het vervoer en de levering door AGX van alle chirurgische leensets van Biomet aan ziekenhuizen in België vóór een chirurgische ingreep, en het ophalen van de betrokken sets bij de ziekenhuizen na deze ingreep, om deze terug te bezorgen aan Biomet.

---

<sup>1</sup> DOC 53 2591/001, p. 19.

<sup>2</sup> Pb. [2004] C 101/54.

De overeenkomst voorzagt, volgens bovenvermelde stukken, in een exclusiviteit ten behoeve van AGX voor wat betreft de standaardbestellingen ('standard orders'). De dringende bestellingen ('rush orders') vielen buiten deze exclusiviteit.

Onder standaardbestellingen worden de bestellingen begrepen waarvoor er twee dagen voor de operatie leensets (in het Engels: 'surgery') beschikbaar zijn in de magazijnen van Biomet. (Derde aanvullende en syntheseconclusie Biomet, randnr. 4)

Voor alle duidelijkheid: de BMA heeft van deze overeenkomst geen kopie ontvangen. Bijgevolg is zij voor de feiten volledig aangewezen op wat bovenvermelde vonnissen, arresten en conclusies vermelden mbt. deze overeenkomst.

#### 4. De vragen

##### a) De eerste twee vragen:

De eerste twee vragen zijn als volgt geformuleerd :

*"1. Hoe in casu de relevante productmarkt dient afgebakend te worden:*

- *Op grond van de stelling van Biomet: als het aanbieden (voor wat AGX betreft) dan wel afnemen (voor wat Biomet betreft) van vervoersdiensten voor medische en chirurgische leensets?*
- *of op grond van de stelling van AGX: als één enkele algemene markt voor vervoer van colli's ? of*
- *of op een andere wijze ?*

*2. Hoe in casu de relevante geografische markt dient afgebakend te worden: op nationaal niveau (stelling Biomet) of ruimer (stelling AGX) of op een andere wijze ?"*

#### *Afbakening van de relevante markt : de principes*

De Europese Commissie heeft de wijze waarop zij de begrippen relevante product- en geografische markt toepast bij haar toezicht op de toepassing van het gemeenschappelijke mededingingsrecht, toegelicht in een document getiteld: *"Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht"*.<sup>3</sup>

Samengevat is de relevante markt een combinatie van de relevante product- en geografische markten, welke respectievelijk als volgt worden gedefinieerd:

- *"Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd."*
- *"De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen."*

---

<sup>3</sup> Pb. [1997] C 372/5.

Inzake marktbevestiging wordt gekeken naar de substitueerbaarheid aan de vraagzijde, de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde en de potentiële concurrentie. Vanuit economisch standpunt is – voor de bepaling van de relevante markt – substitutie aan de vraagzijde de belangrijkste onmiddellijke en disciplinerende factor voor de aanbieders van een bepaald product.

### *Afbakening van de relevante markt in concreto*

Uit voorgaande beslissingen van de Europese Commissie, kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

De te leveren diensten betreffen in wezen het bezorgen van kleine pakketten, *in casu* leensets.

In eerdere beslissingen, is de Europese Commissie tot de bevinding gekomen dat de markt voor het bezorgen van kleine pakketten (“small package delivery services”) - door de Commissie gedefinieerd als pakketten die minder wegen dan 31.5 kg<sup>4</sup> - gesegmenteerd kan worden in een expressmarkt en een standaardmarkt. Het onderscheid steunt op het feit dat een expressdienst over het algemeen sneller (tijdgevoeliger) en betrouwbaarder is dan een standaarddienst, en typischerwijze een reeks bijkomende diensten inhoudt van toegevoegde waarde, zoals onder meer bewijs van levering en bureau tot bureau levering (“desk-to-desk delivery”).<sup>5</sup>

Verder heeft de Europese Commissie een onderscheid gemaakt tussen domestieke en internationale levering van pakketten, omwille van de nationale dimensie van de infrastructuur die gebruikt wordt voor transportdiensten.<sup>6</sup>

Het is correct dat de te leveren diensten onder het contract iets verder lijken te gaan dan het zuiver leveren en ophalen van leensets bij ziekenhuizen.<sup>7</sup> Deze bijkomende diensten lijken eerder beperkt in omvang, zodat zij niet kunnen leiden tot een andere marktdefinitie. Meer bepaald is de omvang van de dienstverlening in haar geheel te beperkt om te kwalificeren als “contract logistics” (vrij vertaald: “contract-logistiek”), dat volgens de Europese Commissie gekenmerkt wordt door de focus op het beheer van de goederenstroom voor de consument.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Zie Zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express, Commissiebeslissing van 30 januari 2013, Pb. [2014] C 137/8, randnr. 14, voetnoot (2).

<sup>5</sup> Zie o.m. Zaak COMP/M.3971 – Deutsche Post / Exel, Commissiebeslissing van 24 november 2005, randnr. 21. Zie, meer recentelijk, Zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express, Commissiebeslissing van 30 januari 2013, Pb. [2014] C 137/8, randnr. 14.

<sup>6</sup> Zie o.m. Zaak COMP/M.3971 – Deutsche Post / Exel, Commissiebeslissing van 24 november 2005, randnr. 22. Zie, meer recentelijk, Zaak COMP/M.6570 – UPS/TNT Express, Commissiebeslissing van 30 januari 2013, Pb. [2014] C 137/8, randnr. 15.

<sup>7</sup> Overeenkomstig Bijlage I bij de overeenkomst zou AGX eveneens de contractuele verplichting gehad hebben na te gaan dat de gebruikte leensets volledig zijn, de zgn. ‘Completeness Test’.

<sup>8</sup> Zie o.m. Zaak COMP/M.1895 – Ocean Group / Exel, Commissiebeslissing van 3 mei 2000, randnr. 7.

De relevante product- en geografische markt in deze zaak lijkt bijgevolg de Belgische markt voor de expresslevering van kleine pakketten, onder meer gelet op het tijdgevoelig karakter van de levering, het bewijs van levering evenals de levering- en ophaling in de ziekenhuizen zelf.

Een studie van de FOD Volksgezondheid van 2010, met de titel : “Gebruik van leensetten in het ziekenhuis. Verwerking van de gegevens in de ziekenhuizen in 2009”, bevestigt dat leensetten in ziekenhuizen het vaakst geleverd worden door een express transportfirma (pp. 9-10).<sup>9</sup>

Een engere definitie van de productmarkt naargelang het type product dat vervoerd wordt of klant dat bediend wordt, vindt geen steun in de beslissingspraktijk van de Europese Commissie.

Het feit dat bepaalde leveranciers van vervoersdiensten hun activiteiten toespitsen op bepaalde industrie- sectoren en hun expertise in een bepaalde sector hen zou helpen om klanten te winnen en hen een zekere kracht zou verlenen in de markt, volstaat niet om te leiden tot de definitie van een aparte productmarkt.<sup>10</sup> De voornaamste reden is dat leveranciers van vervoersdiensten in de regel in staat zijn om alle soorten consumenten te bedienen, zonder dat er een onderscheid gemaakt dient te worden naargelang het type goed dat vervoerd wordt.<sup>11</sup>

### *b) De derde vraag*

De derde vraag is als volgt geformuleerd:

*“3. Welke de marktaandelen zijn van de betrokken partijen op de relevante product- en geografische markt, waarbij ook de door Biomet aangehaalde cijfers inzake marktaandelen van de beroepsfederaties Unamec en Eucomed worden getoetst.”*

De stukken die door het Hof in het kader van huidige procedure zijn overgemaakt, laten de BMA niet toe om op basis van bovenvermelde marktdefinitie de marktaandelen van de betrokken partijen op de relevante markt te bepalen, te weten de Belgische markt voor de expresslevering van kleine pakketten .

Het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 3 april 2012 verwijst enkel naar marktaandelen aangeleverd door Biomet, op basis van gegevens van de federaties Unamec en Eucomed. Biomet zou hieruit afleiden dat haar marktaandeel op de markt van leensets in België iets boven 15% zou uitkomen (p. 3), hetgeen ook blijkt uit de derde aanvullende en syntheseconclusie van Biomet van 10 april 2013 (pp. 21-22).

Hieruit kan worden geconcludeerd dat het marktaandeel van Biomet als afnemer van diensten op de Belgische markt voor de expresslevering van kleine pakketten beduidend lager moet zijn dan 15%.

---

<sup>9</sup> Dit document is beschikbaar op:

<http://www.sante.belgique.be/internet2Prd/groups/public/@public/@dg1/@acutecare/documents/ie2faq/19065818.pdf>

<sup>10</sup> Zie, bij analogie, in verband met contractlogistiek, Zaak COMP/M.1895 – Ocean Group / Exel, Commissiebeslissing van 3 mei 2000, randnr. 9.

<sup>11</sup> Idem

Blijft de vraag naar het marktaandeel van AGX als dienstenleverancier op de Belgische markt voor de expresslevering van kleine pakketten. Geen van partijen geeft een schatting van het marktaandeel van AGX hierop.

AGX geeft wel een schatting van haar aandeel in de vervoer van alle colli's in België, met name minder dan [0-5%]. (Aanvullende en syntheseberoepsconclusie AGX Group, p. 23)

De BMA heeft geen publieke cijfers gevonden met betrekking tot het marktaandeel van AGX op de Belgische markt voor de expresslevering van kleine pakketten.

Wel blijkt uit een mededeling van het BIPT van 19 maart 2014, dat AGX niet voorkomt in de lijst van de 8 voornaamste leveranciers van pakketten / expressdiensten in België.<sup>12</sup>

Gelet op bovenstaande elementen lijkt het bijgevolg hoogstwaarschijnlijk dat het marktaandeel van AGX op de Belgische markt voor de expresslevering van kleine pakketten minder dan 15% bedraagt.

### *c) De vierde vraag*

De vierde vraag is als volgt geformuleerd:

*“Of er naar het oordeel van de BMA sprake is van een overeenkomst die op merkbare wijze de mededinging beperkt in de zin van art. 2 WBEM (thans art. IV.1 WER) / art. 101 VWEU ?”*

Volgende elementen zijn hierbij van belang.

Ten eerste is de overeenkomst in kwestie een verticale overeenkomst, afgesloten tussen niet-concurrenten.

Ten tweede bevat deze overeenkomst een exclusiviteitsbeding, en is zij afgesloten voor onbepaalde duur.

Ten derde bestrijkt de overeenkomst het volledig grondgebied van België.

Daar de overeenkomst het volledige grondgebied van België bestrijkt, moet worden geconcludeerd dat enige mededingingsbeperking die erin vervat zou zijn, voor zover zij merkbaar is, de mededinging binnen de interne markt kan beïnvloeden en bijgevolg valt onder artikel 101 VWEU.<sup>13</sup>

Een mededingingsbeperking die niet merkbaar is, valt echter buiten artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER.

*In casu* is het hoogstwaarschijnlijk dat noch AGX noch Biomet een marktaandeel hebben op de Belgische markt voor de expresslevering van kleine pakketten van meer dan 15%.

---

<sup>12</sup> Zie “Communication of the BIPT Council of 19 March 2014 regarding the Belgian postal services observatory for 2010, 2011 and 2012”, p. 4. Dit document is beschikbaar op:

[http://www.bipt.be/public/files/en/21221/Communication\\_observatory\\_EN.pdf](http://www.bipt.be/public/files/en/21221/Communication_observatory_EN.pdf)

<sup>13</sup> Zie Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. [2004] C 101/81, randnrs. 86-88.

Bijgevolg valt de mededingingsbeperking die het exclusiviteitsbeding inhoudt onder de *de minimis*-bekendmaking, nu dit beding niet tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen (zie *infra*).

Biomet merkt op dat noch de Europese rechtbanken noch de Belgische rechtbanken gebonden zijn door de *de minimis*-mededeling (Derde aanvullende en syntheseconclusie Biomet, randnr. 30).

Deze stelling is correct doch naast de kwestie, nu de *de minimis*-mededeling voortbouwt op vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de interpretatie van de merkbaarheidsvereiste onder artikel 101 VWEU. Volgens deze vaststaande rechtspraak is artikel 101 VWEU niet van toepassing wanneer de handel tussen lidstaten of de mededinging door de overeenkomst niet merkbaar wordt beïnvloed.<sup>14</sup> Een overeenkomst tussen partijen met lage marktaandelen, voor zover het geen doelbeperkingen bevat, kan geen merkbare impact hebben op de mededinging, en valt bijgevolg buiten het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU (en artikel IV.1 WER).

In het *Expedia*-arrest van 13 december 2012 heeft het Hof van Justitie wel duidelijk gemaakt dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en die ertoe strekt de mededinging binnen de interne markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen - een zogenaamde "doelbeperking" (in het Engels: "restriction by object") - naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, een merkbare beperking van de mededinging vormt.<sup>15</sup> Als reactie op dit arrest heeft de Europese Commissie haar *de minimis*-mededeling medio 2014 aangepast om te verduidelijken dat zij niet van toepassing is op overeenkomsten die tot doel hebben de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.<sup>16</sup>

Daarnaast heeft de Europese Commissie op 25 juni 2014 ook een 'Commission staff working document' gepubliceerd, getiteld: "*Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*".<sup>17</sup> In dit document verduidelijkt de Europese Commissie, aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie, welke soorten overeenkomsten tot doel hebben de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen en bijgevolg buiten de *de minimis*-bekendmaking vallen.

Pagina's 13 tot en met 16 van dit document hebben specifiek betrekking op doelbeperkingen in afspraken tussen niet-concurrenten. De Europese Commissie stelt in dit verband (p. 13): "*Restrictions by object in agreements between non-competitors can be distinguished as to whether they relate to market partitioning by territory and/or customer group or to limitations on the buyer's ability to determine its resale price.*"

---

<sup>14</sup> Zie arrest van 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia Inc. / Autorité de la concurrence*, punten 16 en 17.

<sup>15</sup> Zie arrest van 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia Inc. / Autorité de la concurrence*, punten 35, 36 en 37.

<sup>16</sup> Europese Commissie, Mededeling betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimismededeling), punt 2, Pb. [2014] C 291/1.

<sup>17</sup> Dit document is onder meer beschikbaar op de website van de Europese Commissie (DG COMP), via volgende link: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf)



Vrij vertaald: “Doelbeperkingen in overeenkomsten tussen niet concurrenten kunnen worden onderscheiden naargelang zij betrekking hebben op marktverdeling op basis van grondgebied en/of consumentengroup of beperkingen op de mogelijkheid van de koper om zijn wederverkoop prijs te bepalen.”

Deze doelbeperkingen komen overeen met de “harde kern” doelbeperkingen die eveneens buiten het toepassingsgebied vallen van Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (zie artikel 4).<sup>18</sup>

Voor zover nodig, bevestigen deze teksten dat een exclusiviteitsbeding zoals deze in de overeenkomst tussen AGX en Biomet niet kwalificeert als een doelbeperking.

Bijgevolg valt de mededingingsbeperking die het exclusiviteitsbeding inhoudt onder de *de minimis*-bekendmaking.

## 5. Conclusie

De overeenkomst tussen AGX en Biomet valt onder de *de minimis*-mededeling. Immers, (i) het exclusiviteitsbeding kwalificeert niet als een doelbeperking, en (ii) het is wat betreft Biomet zeker en wat betreft AGX hoogstwaarschijnlijk dat zij geen marktaandeel hebben op de relevante markt van meer dan 15%. Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat de overeenkomst in kwestie de mededinging niet merkbaar beïnvloedt en buiten het toepassingsgebied valt van artikel 101 VWEU, respectievelijk artikel IV.1 WER.

\*

\*           \*

---

<sup>18</sup> Pb. [2010] L 102/1.

Niet-vertrouwelijke versie

Voor de BMA,

haar voorzitter,  
Prof. em. Dr. Jacques Steenbergen,

haar Directeur Juridische Studies,  
Joachim Marchandise

Brussel, 17 november 2014