

## Raad voor de Mededinging

### Auditoraat

#### Beslissing nr. 2008-V/M-12-AUD van 26 maart 2008

***Zaak MEDE-V/M-07/0038: BOFAR NV (hierna "Bofar") tegen ALCON-COUVREUR NV, ASTRAZENECA NV, BAYER NV, BIOGEN IDEC BELGIUM NV, BOEHRINGER INGELHEIM COMM. V., BRISTOL MYERS SQUIBB BELGIUM, JANSSEN-CILAG BELGIUM, PFIZER NV en SERONO BENELUX BV***

#### I. Procedure

1. Op 19 december 2007 werd bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging een klacht ingediend door BOFAR NV (hierna "Bofar") tegen ALCON-COUVREUR NV, ASTRAZENECA NV, BAYER NV, BIOGEN IDEC BELGIUM NV, BOEHRINGER INGELHEIM COMM. V., BRISTOL MYERS SQUIBB BELGIUM, JANSSEN-CILAG BELGIUM, PFIZER NV en SERONO BENELUX BV.

2. In aansluiting hierbij ontving het Auditoraat een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen. Dit verzoek werd als volgt geformuleerd:

"1. De verweerders te bevelen om terug te beginnen leveren aan de exporteurs, in het bijzonder aan Bofar of de bestellingen uit te voeren, in het bijzonder deze van Bofar, minstens in de verhouding tot de volumes die in het verleden werden geleverd.

2. Een dwangsom op te leggen op basis van artikel 66 WBEM voor elke inbreuk op de voorlopige maatregel, om zo de verweerders te dwingen te leveren."

3. De klacht werd geregistreerd onder het nummer MEDE-P/K-07/0037, het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen onder het nummer MEDE-V/M-07/0038.

4. Het onderzoek werd gevoerd door mevrouw Katrijn De Vliegheer, attaché bij de Dienst voor de Mededinging, onder leiding van de heer Bert Stulens, auditeur-generaal bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging.

#### II. Partijen

##### 2.1 De verzoeker: Bofar NV

5. De verzoeker is Bofar NV, met maatschappelijke zetel te 3200 Aarschot, Industriezone B, Nieuwlandlaan B 321 en met ondernemingsnummer 0425.935.908.

6. Bofar werd in 1984 opgericht. Bofar is een groothandelaar die afgewerkte farmaceutische producten exporteert. Zij treedt op als groothandelaar-exporteur van farmaceutische producten en medische hulpmiddelen en verkoopt momenteel geen producten in België. Zij handelt op basis van een E en G vergunning.

7. De E vergunning laat Bofar toe farmaceutische producten te exporteren vanuit België en deze te verkopen aan importeurs in iedere lidstaat van de Europese Unie. De IC vergunning laat Bofar toe om farmaceutische producten in te voeren vanuit andere lidstaten. De G vergunning verleent Bofar het recht om haar eigen producten te verdelen voor dewelke zij een vergunning in België heeft voor het in de handel brengen van producten.

8. Verzoeker wordt vertegenwoordigd door Meesters Marc Picat en Marco Hartmann-Rüppel, advocaten bij Advocatenkantoor TaylorWessing, Trône House, Troonstraat 4, 1000 Brussel.

2.2 De verweerders: ALCON-COUVREUR NV, ASTRAZENECA NV, BAYER NV, BIOGEN IDEC BELGIUM NV, BOEHRINGER INGELHEIM COMM. V., BRISTOL MYERS SQUIBB BELGIUM, JANSSEN-CILAG BELGIUM, PFIZER NV en SERONO BENELUX BV

9. Het verzoek om voorlopige maatregelen is gericht tegen volgende ondernemingen:

– Alcon-Couvreur N.V. (hierna “Alcon”) met maatschappelijke zetel te 2870 Puurs, Rijksweg 14 en met ondernemingsnummer 0402.134.977.

Alcon behoort tot de Alcon groep, die haar hoofdkantoor heeft in Zwitserland. De activiteiten van Alcon omvatten het fabriceren en leveren van een volledig gamma oftalmisch chirurgisch materiaal en benodigdheden evenals geneesmiddelen en verzorgingsproducten voor het oog.

Alcon verdeelt geneesmiddelen en medische hulpmiddelen op de Belgische en Luxemburgse markt. De geneesmiddelen worden verkocht aan groothandelaars, groothandelaars-verdelers en, voor bepaalde geneesmiddelen, aan hospitalen.

Alcon wordt vertegenwoordigd door Meesters Peter Leys, Kurt Haegeman, Joost Haans, Jurian Van Parys en Liesbeth D’Hespeel, advocaten bij Baker & McKenzie Louizalaan 149, 1050 Brussel.

– AstraZeneca N.V. (hierna ‘AstraZeneca) met maatschappelijke zetel te 1160 Brussel, Egide Van Ophemstraat 110.

AstraZeneca N.V. maakt deel uit van AstraZeneca International, dat haar hoofdkantoor heeft in het Verenigd Koninkrijk. De activiteiten van AstraZeneca International omvatten zes therapeutische domeinen: oncologie, respiratoire aandoeningen, gastro-enterologie, cardiologie, centraal zenuwstelsel en infectiologie en pijnbestrijding.

AstraZeneca begon haar activiteiten in België op 28 november 1948 via een dochteronderneming Pharma Union.

AstraZeneca wordt vertegenwoordigd door Meesters Catherine Longeval en Peter L’Ecluse, advocaten bij Van Bael & Bellis, Louizalaan 165, 1050 Brussel.

– Bayer N.V. (hierna Bayer”) met maatschappelijke zetel te 1050 Brussel, Louizalaan 143.

Bayer is een verkoopsorganisatie voor producten van Bayer-Schering, dat de farmaceutische activiteiten van Bayer Healthcare Belgium uitoefent. Bayer Healthcare Belgium maakt deel uit van de Bayer Groep, wiens activiteiten het fabriceren van geneesmiddelen op het gebied van gezondheidszorg voor vrouwen, cardiologie, hematologie en oncologie omvatten.

Bayer wordt vertegenwoordigd door Meesters Catherine Longeval en Peter L’Ecluse, advocaten bij Van Bael & Bellis, Louizalaan 165, 1050 Brussel.

– Biogen Idec Belgium NV (hierna “Biogen”) met maatschappelijke zetel te 1830 Diegem, Pegasuslaan 5.

Biogen maakt deel uit van Biogen Idec, dat haar hoofdkantoor heeft in de Verenigde Staten. De activiteiten van Biogen omvatten het fabriceren van geneesmiddelen op het gebied van neurologie, dermatologie, oncologie en reumatologie.

Biogen wordt vertegenwoordigd door Meesters Jacques-Philippe Gunther, Charlotte Breuvert, Agathe Richard en Isabelle Heenen, advocaten bij Willkie Farr & Gallagher, Louizalaan 480, 3B, 1050 Brussel.

– Boehringer Ingelheim Comm. V (hierna “Boehringer”) met maatschappelijke zetel te 1200 Brussel, Ariandelaan 16.

Boehringer maakt deel uit van Boehringer Ingelheim dat haar hoofdkantoor heeft in Duitsland. De activiteiten van Boehringer omvatten het fabriceren van geneesmiddelen verkrijgbaar op voorschrift en producten voor gezondheidszorg voor consumenten.

Boehringer wordt vertegenwoordigd door Meester Dirk Arts, advocaat bij Allen&Overy, Tervurenlaan 268A, 1150 Brussel.

– Bristol Myers Squibb Belgium (hierna “Bristol”) met maatschappelijke zetel te 1420 Braine-l'Alleud, Avenue de Finlande 8.

Bristol maakt deel uit van Bristol Myers Squibb, dat haar hoofdkantoor heeft in de Verenigde Staten.

Bristol wordt vertegenwoordigd door Meester Ludo Deklerck, advocaat bij Thomson Hine, Louisalaan 375-b 8, 1050 Brussel.

– Janssen-Cilag Belgium (hierna “J-C”) met maatschappelijke zetel te 2600 Berchem, Rodeveldlaan 1.

J-C maakt deel uit van de Johnson & Johnson Family of Companies (hierna “J&J”), meer bepaald tot de farmaceutische groep van J&J. J&J heeft in bijna alle EU landen een lokale “Janssen-Cilag” vestiging, die telkens instaat voor de commercialisering en beleving van alle voorschriftplichtige geneesmiddelen van J&J aan de lokale markt.

J-C werd in 1994 als aparte juridische entiteit verantwoordelijk gesteld voor de verkoop van J-C geneesmiddelen op de Belgische en Luxemburgse markt. Voordien werd deze taak waargenomen door Janssens Pharmaceutica N.V. De fabricatie van de J-C geneesmiddelen gebeurt niet door de J-C vennootschappen, maar door andere vennootschappen binnen de groep.

J-C wordt vertegenwoordigd door Meesters Gerwin van Gerven, Tom Snels en AnneKatrien Lenaerts, advocaten bij Linklaters, Brederode 13, 1000 Brussel.

– Pfizer NV (hierna “Pfizer”) met maatschappelijke zetel te Pleinlaan 17, 1050 Brussel.

Pfizer maakt deel uit van Pfizer Inc., dat haar hoofdkantoor heeft in de Verenigde Staten.

Pfizer Inc. beschikt over een toonaangevend gamma van geneesmiddelen ter preventie, behandeling en genezing van aandoeningen in een groot aantal therapeutische domeinen, waaronder allergie en ademhaling, cardiovasculaire, metabolische en endocriene aandoeningen, oncologie en genitourologie.

Pfizer wordt vertegenwoordigd door Meesters Catherine Longeval en Peter L'Ecluse, advocaten bij Van Bael & Bellis, Louizalaan 165, 1050 Brussel.

– Serono Benelux BV (hierna “Serono”) met maatschappelijke zetel te 1020 Brussel, Heizel Esplanade b11.

Serono maakt deel uit van Merck Serono, dat haar hoofdkantoor heeft in Zwitserland.

10. Hierna “de verweerders” genoemd.

### III. Feiten

11. De distributie van geneesmiddelen wordt verricht door verschillende spelers op de markt. Er zijn de gewone groothandelaars, de groothandelaar- exporteurs en de groothandelaar-verdelers met een verplichting van openbare dienst.

12. De vigerende wetgeving voorziet dat sommige groothandelaars belast worden met een verplichting van openbare dienst. Een verplichting van openbare dienst houdt in dat de groothandelaar continu farmaceutische producten in voorraad moet hebben om op korte termijn aan de vraag te kunnen voldoen in het territorium waar hij in overeenstemming met zijn vergunning mag leveren.

13. Art. 101 van het KB van 16 december 2006 bepaalt: “De houder van dergelijke vergunning, groothandelaarverdelers genoemd, is bovendien tenminste verplicht:

“1) voortdurend over een geneesmiddelenvoorraad te beschikken waarmee hij dagelijks en op gebruikelijke wijze kan voorzien in de behoeften van de streek die hij bedient. Die voorraad moet overeenstemmen enerzijds met twee-derde van het aantal geneesmiddelen die in België in de handel zijn en anderzijds met de gemiddelde waarde van de maandelijke omzet van het vorig jaar per geneesmiddel. (...)”

14. Een gevolg van de verplichting van openbare dienst met betrekking tot andere vergunninghouders houdt in dat deze de verbintenis moeten aangaan de geneesmiddelen te leveren aan de houders van een vergunning voor de groothandel die belast zijn met verplichtingen inzake openbare dienstverlening op zodanige wijze dat zij in staat zijn om hun verplichtingen te voldoen.<sup>1</sup>

15. Groothandelaars-exporteurs moeten niet aan de verplichting voldoen zoals vermeld in artikel 101 van het KB van 16 december 2006, dit houdt ook in dat andere vergunninghouders niet verplicht zijn aan hen te leveren op grond van artikel 94 van het KB van 16 december 2006.

16. De uitvoer van geneesmiddelen wordt gereguleerd in de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen alsook door het Koninklijk besluit van 14 december 2006 betreffende de invoering van een nieuwe IC vergunning.

17. Een onderneming kan slechts farmaceutische producten exporteren uit België wanneer zij over een vergunning beschikt.<sup>2</sup>

18. Bofar is een onderneming die omschreven kan worden als een groothandelaar-exporteur en is dus actief op het vlak van de parallelle handel.

19. Onder parallelle handel wordt de situatie verstaan waarbij goederen door een exporteur in het ene land worden aangekocht tegen lage prijzen en nadien worden verkocht in een ander land tegen hogere prijzen. De parallelle handel staat tegenover de commerciële activiteiten van de fabrikanten die rechtstreeks of via tussenkomst van een lokaal filiaal hun producten verdelen in verschillende landen.

20. De producten die voor parallelle handel in aanmerking komen zijn voornamelijk medicijnen waarop nog een patent rust en waarbij er een groot prijsverschil bestaat tussen de gereguleerde prijs in het land van waaruit het geëxporteerd wordt en de prijs die van toepassing is in het land waar het product verbruikt wordt.<sup>3</sup> Het grote prijsverschil voor identieke producten in verschillende markten

---

<sup>1</sup> Art. 94 van het KB van 16 december 2006 betreffende geneesmiddelen voor menselijk en dierengeneeskundig gebruik.

<sup>2</sup> Art.12bis van de wet op de geneesmiddelen en artikel 74 van het KB van 14 december 2006.

<sup>3</sup> Conseil de la Concurrence (FR), Décision n°07-D-22 du 5 juillet 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques

is de belangrijkste voorwaarde voor de parallelle handel. De farmaceutische industrie leent zich hier zeer goed toe, omdat de prijzen nationaal gereguleerd worden. De prijzen verschillen hierdoor van land tot land en vormen dan ook een uitstekend terrein voor parallelle handelaars.

21. Zoals gezegd worden parallelle handelaars belevd door de fabrikanten in het ene land, en worden zij concurrenten van diezelfde fabrikanten in het andere land.

22. Wanneer deze fabrikanten hun producten niet langer leveren aan die exporteurs, kunnen zij de mededinging van deze exporteurs op de andere markten uitsluiten of minstens beperken.

23. Bofar wordt geconfronteerd met het stopzetten van leveringen of het sterk inperken hiervan door de aangeklaagde ondernemingen. Dit kan tot gevolg hebben dat Bofar haar activiteiten als exporteur niet verder zal kunnen uitvoeren.

#### IV. De klacht en de voorlopige maatregelen

24. Bofar heeft een klacht en een verzoek om voorlopige maatregelen ingediend tegen Alcon, AstraZeneca, Bayer, Biogen, Boehringer, Bristol, J-C, Pfizer en Serono. De klacht en de vraag om voorlopige maatregelen hebben betrekking op de vermeende schending van artikel 2 en 3 WBEM en artikel 81 en 82 EG-verdrag.

##### 4.1 De Klacht

De klacht kan als volgt worden samengevat.

25. De klager heeft als exporteur van farmaceutische producten gedurende verscheidene jaren een zakelijke relatie met de verweerders gehad. Zij is van mening dat gedurende het voorbije jaar de verweerders deze relatie hebben beëindigd of sterk ingeperkt. Dit gebeurde volgens de klager door niet langer aan haar te leveren of door de geleverde hoeveelheden drastisch te beperken.

26. Verschillende pogingen vanwege Bofar om te onderhandelen met de verweerders leverden geen resultaten op.

27. De klager is van mening dat de farmaceutische bedrijven hebben samengespannen om gelijkaardige distributiesystemen te implementeren. Volgens de klager is het hun ultieme doel om slechts één groothandelaar met verplichtingen inzake de openbare dienst aan te duiden voor het Belgische territorium. Als een eerste stap in deze richting zouden zij hebben beslist om niet langer te leveren aan exporteurs. Het zou hier gaan om onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen tussen de verschillende verweerders welke een inbreuk zou uitmaken op art. 2 WBEM en art.81 EG-verdrag.

28. De klager is bovendien van mening dat de verweerders misbruik maken van hun machtspositie door hem en ook andere exporteurs niet meer te beleveren of een quota op te leggen. Volgens de klager kunnen deze gedragingen gekwalificeerd worden als een leveringsweigering welke verboden is onder art. 3 WBEM en art.82 EG-verdrag.

##### 4.2 De gevraagde voorlopige maatregelen

29. In aansluiting bij de klacht vordert Bofar ten aanzien van de verweerders twee voorlopige maatregelen, namelijk:

1. De verweerders te bevelen om terug te beginnen leveren aan de exporteurs, in het bijzonder aan Bofar of de bestellingen uit te voeren, in het bijzonder deze van Bofar, minstens in de verhouding tot de volumes die in het verleden werden geleverd.

2. Een dwangsom op te leggen op basis van artikel 66 WBEM voor elke inbreuk op de voorlopige maatregel, om zo de verweerders te dwingen te leveren.

## V. De toepassingsvoorwaarden voor voorlopige maatregelen

30. Overeenkomstig artikel 62, § 1 WBEM, gecoördineerd op 15 september 2006, kan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging voorlopige maatregelen nemen om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk zouden zijn voor het algemeen economisch belang.

31. Indien de auditeur echter tot het besluit komt dat een verzoek om voorlopige maatregelen niet ontvankelijk is of ongegrond, dan dient hij het verzoek op grond van artikel 62, § 3 WBEM te seponeren bij een met redenen omklede beslissing. Tegen de beslissing tot sepot kan de klager evenwel nog een beroep instellen bij de voorzitter van de Raad.

32. Om voorlopige maatregelen in de zin van artikel 62, § 1 van de WBEM (cfr. artikel 35 van de oude WBEM) te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn:

- het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager;
- het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM;
- het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden.

33. Indien aan één van deze voorwaarden niet is voldaan, kunnen geen voorlopige maatregelen worden opgelegd. Van zodra één voorwaarde niet is vervuld, dienen de andere voorwaarden dan ook niet meer te worden geanalyseerd.

### 5.1 Het bestaan van een klacht ten gronde en het rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager

#### 5.1.1. HET BESTAAN VAN EEN KLACHT TEN GRONDE

34. Krachtens artikel 62, § 1 en § 2 van de WBEM kan een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen enkel ingediend worden wanneer er ook een klacht ten gronde bestaat.

35. Bofar heeft op 19 december 2007 bij de Raad voor de Mededinging klacht neergelegd tegen verweerders op grond van artikels 2 en 3 WBEM en artikels 81 en 82 EG-verdrag. Er bestaat dus een klacht ten gronde.

#### 5.1.2 HET RECHTSTREEKS EN DADELIJK BELANG VAN DE KLAGERS

36. Overeenkomstig artikel 44, § 1, 2° van de WBEM moet de klager aantonen dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij het indienen van de klacht.

37. Conform de vaststaande rechtspraak van het Hof van Beroep en de Raad voor de Mededinging kan worden vastgesteld dat het vereiste belang van de klager op hetzelfde niveau dient gesteld te worden als het belang dat vereist is bij een vordering in rechte in overeenstemming met artikelen 17 en 18 Ger. W.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Hof van Beroep van Brussel, 11 september 1996, *B.S.* 20 september 1996; Raad voor de Mededinging 22 mei 2002, beslissing nr. 2002-P/K-36, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/02, 34; Voorz. RvM 4 oktober 2002, beslissing nr. 2002-V/M-72, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/04, 26-27; Voorz. RvM 15 mei 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/02, 113; Voorz. RvM 20 oktober 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/04, 35-36; Voorz. RvM 25 maart 2004, *Driem. Tijdschr. RM* 2004/01, 169; Voorz. RvM 15 februari 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/01, 17

38. Dit impliceert dat de klager een reeds verkregen, persoonlijk en dadelijk belang moet aantonen.<sup>5</sup>
39. Het belang kan worden omschreven als elk materieel of moreel voordeel- effectief en niet theoretisch- dat de klager uit zijn klacht kan halen en die hij formuleert op het ogenblik van het instellen van de vordering.<sup>6</sup>
40. In beginsel moet het belang reeds verkregen en dadelijk, persoonlijk en rechtstreeks, rechtmatig en beschermenswaardig zijn. Het geringste belang volstaat.
41. Verzoeker is actief als exporteur van farmaceutische producten. Voor de uitoefening van haar activiteiten heeft zij gedurende verscheidene jaren commerciële relaties onderhouden met de verwerende partijen. De eenzijdige wijziging en/of stopzetting van deze relaties, met andere woorden de weigering van levering van farmaceutische producten en/of het opleggen van bepaalde quota's, door de verweerders zorgt er voor dat Bofar niet meer in staat zal zijn haar activiteiten verder uit te oefenen en zal mogelijks een uitsluiting uit de markt tot gevolg hebben.
42. Ten gevolge van de leveringsweigeringen of opgelegde quota ziet Bofar zijn omzet dalen:
- 2005: [...] euro
  - 2006: [...] euro
  - 2007: [...] euro
43. Bofar schat haar omzetzaling voor 2008 op [...] euro, dit betekent driekwart van de totale omzet in 2007.
44. Enkele verwerende partijen betwisten de ontvankelijkheid van het verzoek tot voorlopige maatregelen aangezien Bofar niet over een rechtstreeks en dadelijk belang zou beschikken en er geen voldoende gemotiveerde klacht zou zijn.
45. J-C beweert dat Bofar heeft nagelaten aan te tonen dat er een rechtstreeks en oorzakelijk verband bestaat tussen de door haar opgelopen schade en de leveringen van de producten door J-C. Zij beweert verder nooit de leveringen aan Bofar te hebben stopgezet of aan een quota te hebben onderworpen.
46. Biogen is van oordeel dat Bofar onvoldoende bewijzen heeft aangebracht ter ondersteuning van de door haar geformuleerde klacht en er dus geen sprake kan zijn van een klacht en een rechtstreeks en dadelijk belang.
47. Pfizer en Bayer betwisten het feit dat Bofars belang een persoonlijk belang zou zijn. Zij zijn van mening dat Bofar optreedt als het officieuze boegbeeld voor een veel groter aantal Belgische uitvoerders. Ook AstraZeneca is van oordeel dat Bofar een indirect en collectief standpunt verdedigt.
48. Deze stellingen kunnen niet gevolgd worden. Bofar formuleert inderdaad een probleem dat niet alleen haarzelf maar ook andere ondernemingen raakt. Dit doet evenwel geen afbreuk aan het feit dat zij alsnog over een rechtstreeks en dadelijk belang beschikt. Haar persoonlijke bedrijfsactiviteiten worden immers door de omschreven problematiek aangetast.
49. In het kader van een procedure tot het bekomen van voorlopige maatregelen moet de vereiste van het belang met de nodige soepelheid beoordeeld worden. De beslissing omtrent het feit of een klacht

---

<sup>5</sup> Ontwerp van wet tot bescherming van de economische mededinging, *Gedr. St. Senaat*, 1990-1991, 1289/2, 55, Brussel 11 september 1996, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1996, H. DE BAUW (ed.), Diegem, Kluwer, 1997, 778, noot VAN DEN BOSSCHE, A.-M.; Voorz. RvM 20 maart 2003, beslissing nr. 2003-V/M-20, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/01, 108-109

<sup>6</sup> J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, handboek gerechtelijk recht, Antwerpen, Intersentia, 2004, 84; Voorz. RvM 20 maart 2003, beslissing nr. 2003-V/M-20, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/01, 109; Voorz. RvM 20 oktober 2003, beslissing nr. 2003-V/M-81, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/04, 35.

aan de bij wet of reglement gestelde geldigheidsvereisten voldoet en of de klagende partij van het rechtens vereiste belang doet blijken, kan maar eerst volledig gebeuren bij de behandeling ten gronde.<sup>7</sup>

50. In de bijlagen bij deze beslissing worden de commerciële relaties van Bofar met verweerders beschreven. Hieruit blijkt dat Bofar met elk van de verweerders in het verleden een commerciële relatie had. Op grond van de beslissingen van de verweerders werden deze commerciële relaties ofwel stopgezet ofwel drastisch ingeperkt. Bofar heeft hierdoor dan ook afdoende aangetoond over het vereiste rechtstreeks en dadelijke belang te beschikken.

## 5.2. Het bestaan van een prima facie inbreuk

51. In het kader van artikel 62, § 1 van de WBEM volstaat het dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont, zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing (zie o.m. beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr. 98-VMP-1 en latere beslissingen).<sup>8</sup>

52. Deze rechtspraak werd bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 12 november 2002<sup>9</sup> waar het Hof stelde dat het volstaat dat de inbreuk ogenschijnlijk (prima facie) bestaat. Wel moet de waarschijnlijkheid voldoende zijn om voorlopige maatregelen te verantwoorden.

53. In onderhavige zaak verwijt de klager aan de verwerende partijen twee inbreuken. In de eerste plaats een inbreuk op artikel 81 EG-verdrag en artikel 2 WBEM met name een onderling afgestemde feitelijke gedraging en ten tweede een inbreuk op artikel 82 EG-verdrag en artikel 3 WBEM het misbruiken van hun individuele machtspositie. In het kader van deze analyse dienen beide vermeende inbreuken te worden onderzocht.

### 5.2.1. HET BESTAAN VAN EEN FEITELIJKE ONDERLINGE AFGESTEMDE GEDRAGING

#### A. THEORIE

54. Volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>10</sup> moet onder “onderling afgestemde feitelijke gedraging” begrepen worden: “een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico’s van de concurrentie welbewust vervangt door een onderlinge samenwerking welke leidt tot mededingingsvoorwaarden die gelet op de aard der producten, op de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang en de aard van de betrokken markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen.”

<sup>7</sup> Voorzitter Raad voor de Mededinging 18 juli 2005, *Driemaandelijks Tijdschrift RM* 2005/03, 9.

<sup>8</sup> Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, zaak MEDE-V/M-27, VZW Radio Tienen, e.a./CVBA Sabam, B.S., 9 januari 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 januari 2001, zaak nr.2001-V/M-02, BBUSO/LCM en Regionale Christelijke Ziekenfondsen, B.S., 5 mei 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 9 maart 2001, zaak nr. 2001-V/M-12, BVBA Incine /N.V. Rendac, B.S., 28 september 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 13 november 2001, zaak nr. 2001-V/M-58, BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie, B.S., 4 april 2002 ; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 24 december 2002, zaak nr. 2002-V/M-95, N.V.MSA/Gilde van Vlaamse antiquairs, B.S. 4/12/03, Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003-V/M-81 van 20 oktober 2003, VZW United Media Agencies/Febelma/BVDU/ BeMedia, B.S. 6 mei 2004 en beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2004-V/M-30 van 25 maart 2004, NV Source Belgium / CVBA Febelco.

<sup>9</sup> A.R. 2001/MR/1, N.V. Rendac/BVBA Incine, gepubliceerd in het Jaarverslag 2002 van de Raad - bijlagen II blz 693

<sup>10</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. Tegen Commissie, Jurispr. 1972, blz. 619; Arrest van het Hof van Justitie van 16 december 1975, Coöperatieve vereniging “Suikerunie” UA en anderen tegen Commissie, Jurispr. 1975, blz. 1663; Arrest van het Hof van Justitie van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a. tegen Commissie, Jurispr., blz. 1307



55. Parallele gedragingen mogen op zichzelf niet met onderling afgestemde gedragingen gelijkgesteld worden. Zij kunnen wel als een ernstige aanwijzing voor zodanige gedragingen beschouwd worden, wanneer zij leiden tot mededingingsvoorwaarden die, gelet op de aard der producten, op de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang en de aard van de betrokken markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen.

56. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging vereist een zekere vorm van consensus tussen de partijen welke het gevolg is van een direct of indirect contact. Het bewijs van een dergelijk contact kan verschillende vormen aannemen: Nota's van een vergadering, een telefoongesprek tussen concurrenten of een document waarbij de ene concurrent belangrijke confidentiële informatie, bijvoorbeeld toekomstige prijzen, onthult aan een andere concurrent.<sup>11</sup>

#### B. VISIE VAN BOFAR

57. Bofar is van mening dat uit de vaststelling dat alle verweerders zijn opgehouden met aan hem of andere exporteurs producten te leveren of bepaalde quota hebben opgelegd, een onderlinge afgestemde gedraging kan worden afgeleid. Deze gedraging heeft tot gevolg dat het exporteren van de producten in kwestie, gekocht aan de Belgische gereguleerde prijs, verhinderd wordt. Hieruit volgt dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt parallelle handel tussen lidstaten te verhinderen of ten minste te beperken.

58. Volgens Bofar wordt de gemeenschappelijke wil van de verweerders gemanifesteerd door een reeks brieven en mondelinge mededelingen aan haar en andere groothandelaars-exporteurs waarin zij aankondigen niet te zullen leveren of quota's te zullen opleggen. De gemeenschappelijke wil blijkt tevens uit het voornemen van de verweerders in de toekomst slechts één groothandelaar per land te bevoorraden. Volgens Bofar weerspiegelt een dergelijk beleid duidelijk een vorm van geconcentreerd gedrag.

#### C. VISIE VAN DE VERWERENDE PARTIJEN

59. De verweerders merken op dat noch het verzoek noch de klacht enig bewijs leveren van rechtstreekse of onrechtstreekse contacten die mogelijks tot beïnvloeding van het marktgedrag van verweerders aanleiding heeft gegeven. Verweerders stellen dat hun distributiebeleid individueel en unilateraal werd georganiseerd en dus zonder enig overleg met de andere verweerders.

60. Indien er al sprake zou zijn van enige vorm van parallellisme kan hieruit volgens verweerders zeker niet worden afgeleid dat er sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het louter parallellisme van gedragingen tussen verschillende ondernemingen bij het implementeren van hun distributiesystemen levert geen bewijs op van verboden afspraken tussen die ondernemingen.

61. Een parallelle gedraging kan slechts een indicatie vormen van het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging indien onderlinge afstemming de enige plausibele verklaring voor het parallel gedrag is.<sup>12</sup>

62. De zogezegde wilsovereenstemming tussen de verschillende farmaceutische ondernemingen die door Bofar wordt aangehaald is lang niet de enige mogelijke verklaring voor de invoering van de distributiesystemen door de verweerders.

63. Iedere onderneming heeft zijn eigen belang, los van de maatregelen die door de andere bedrijven worden aangevoerd, bij het lanceren van hun quotasysteem.

64. Het feit dat ook andere groothandelaars-exporteurs met dezelfde quota of leveringsweigeringen worden geconfronteerd betekent volgens de verweerders niet dat er een wilsovereenstemming zou zijn

---

<sup>11</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 31 maart 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. tegen Commissie*, *Jurispr.*, blz. 1307

<sup>12</sup> HvJ 31 maart 1993, *Wood Pulp/Commissie*, *Jurispr.* 1993, p1307.

tussen de verwerende partijen. Dit betekent enkel en alleen dat de farmaceutische ondernemingen geen discriminatoir beleid voeren ten opzichte van hun cliënteel dat zich in een vergelijkbare situatie bevindt.

65. Dat er onderling geen overleg werd gepleegd blijkt volgens verweerders onder meer ook uit volgende elementen:

- sommige ondernemingen hebben hun commerciële relatie met Bofar beëindigd: Alcon, Astrazeneca, Bayer, Pfizer, Bristol en Serono;
- andere ondernemingen hebben hun leveringen dan weer beperkt: Janssen-Cilag, Boehringer en Biogen.

#### D. CONCLUSIE

66. Bofar meent uit het parallelle gedrag van verweerders te kunnen afleiden dat er sprake is van een onderling afgestemde gedraging. Verweerders zouden hierbij een gezamenlijk doel hebben, namelijk exporteurs niet of slechts beperkt beleveren waardoor de mededinging met deze parallelle handelaars op de markten waarnaar wordt geëxporteerd, kan worden uitgeschakeld.

67. Vooreerst moet worden opgemerkt dat de verweerders de exporteurs niet op dezelfde manier benaderen. Er kunnen namelijk significante verschillen worden vastgesteld met betrekking tot de door de verweerders ingevoerde leveringswijze (individuele leveringen, distributiesystemen, leveringsquota, stoppen met leveren, enz.).

68. Verder blijkt uit het onderzoek dat de systemen niet ingevoerd werden binnen eenzelfde korte periode maar in tegendeel binnen een zeer ruime periode gaande van 2001 tot 2007.

69. In het gehele dossier wordt er buiten de feitelijke vaststelling van enige vorm van parallelisme geen enkel bewijs van een onderling afgestemde feitelijke gedraging of van enige contacten tussen de verwerende partijen met betrekking tot hun distributiesystemen aangebracht.

70. Zoals verder in deze beslissing zal blijken gaat Bofar uit van een één product – één markt definitie. Dit betekent dat elke fabrikant monopolist is voor zijn eigen producten en enkel door de parallelle handelaar zelf in een andere geografische markt zal worden beconcurrereerd. Omdat in die redenering de fabrikanten elk op verschillende markten actief zijn, lijkt een afgestemde gedraging zelfs niet zinvol.

71. Ook de bewering dat de verweerders zouden samenwerken om in de toekomst slecht één groothandelaar per land te bevoorraden wordt op geen enkele wijze ondersteund door enig bewijselement.

72. Als conclusie kan dan ook worden gesteld dat het dossier onvoldoende elementen bevat om de aanklacht van Bofar tegen verweerders betreffende een onderling afgestemde feitelijke gedraging te weerhouden. Dit betekent dat de waarschijnlijkheidstest voor een inbreuk op artikel 2 WBEM en artikel 81 EG-Verdrag in hoofde van de verweerders niet wordt gehaald.

#### 5.2.2. HET BESTAAN VAN EEN MISBRUIK VAN MACHTSPOSITIE

73. In het kader van de analyse van het bestaan van een prima facie inbreuk op artikel 82 EG-verdrag en artikel 3 WBEM dienen volgende elementen onderzocht te worden:

- De relevante productenmarkt en geografische markt;
- Het bestaan van een dominante machtspositie in hoofde van elk van de verwerende partijen op deze markt(en);
- De waarschijnlijkheid van een misbruik van machtspositie door elk van de verwerende partijen.

## A. VISIE VAN BOFAR

### Relevante geografische markt

74. Volgens verzoeker is de relevante geografische markt België. Zij verwijst naar vroegere beschikkingen waarin het bestaan van nationale markten wordt verklaard door tal van factoren waaronder het administratieve of aankoopbeleid van de individuele ziektekostensystemen, de reguleringssystemen en de verschillen in voorwaarden voor strategieën inzake de grootte en het merk van verpakkingen en distributiesystemen en de verschillende voorschrijfgewoonten van dokters.

### Relevante productmarkt

75. Verzoeker meent dat de relevante productmarkt, zoals omschreven door de Anatomical Therapeutical Chemical, hierna ATC, te wijd zou zijn.

76. Volgens deze klassering worden geneesmiddelen onderverdeeld in groepen al naar gelang van het orgaan of het systeem waarop zij inwerken evenals op hun chemische, farmacologische en therapeutische kenmerken. Dit is het zogenaamde ATC 3 niveau. Daarnaast kan de indeling in groepen nog verder gepreciseerd worden volgens het werkingsmechanisme van de geneesmiddelen. Dit is het zogenaamde ATC 4 niveau.

77. De verzoeker is van mening dat een dergelijke definitie van de markt te wijd zou zijn. Volgens Bofar is de ATC classificatie niet nauwkeurig genoeg om de substitueerbaarheid, het bedoelde gebruik, de bevoorradingsstructuur en de houding van consumenten in de farmaceutische markt te weerspiegelen. Naar de mening van Bofar dient de relevante productmarkt voor de gepatenteerde geneesmiddelen op voorschrift in kwestie deze van het merkproduct zelf te zijn (één-product-één-markt).

78. Bofar meent dat de specifieke kenmerken van de farmaceutische markt – het voorschrijven van een product of werkzame stof door de dokter en de onmogelijkheid voor de apotheker of de groothandelaar om te substitueren - als gevolg hebben dat de therapeutische substitueerbaarheid vanuit het perspectief van de dokter of de verwijzing naar enig ander niveau van de ATC classificatie niet toegepast kan worden voor de definitie van de relevante markt voor de distributie van farmaceutische producten.

### Het bestaan van een dominante machtspositie in hoofde van de verweerders

79. Volgens de verzoekende partij beschikken de verweerders over een dominantie machtspositie. Wat farmaceutische producten betreft die nog worden beschermd door een patent, zal volgens verzoeker in elk geval de conclusie moeten worden getrokken dat de farmaceutische fabrikant een machtspositie heeft.

80. In een één-product-één-markt benadering, dient elke fabrikant als een monopolist te worden beschouwd. Elke fabrikant beschikt aldus over een machtspositie ten aanzien van de groothandelaars.

81. Hetzelfde geldt in gevallen waar de relevante markt wordt gedefinieerd op basis van een verwijzing naar een bepaalde ATC groep en er geen substituut bestaat op die markt. De fabrikant is dan ook een monopolist met een machtspositie.

82. Verzoeker is van mening dat de farmaceutische ondernemingen ook in het geval van een ruimere marktdefinitie een machtspositie hebben ten aanzien van de groothandelaars. Het is duidelijk dat de groothandelaars afhangen van de farmaceutische producenten voor de leveringen van producten en dat vanuit het standpunt van de groothandelaars de farmaceutische producenten verplichte handelspartners zijn.

### De waarschijnlijkheid van een misbruik van machtspositie door de verweerders

83. Bofar is van mening dat de leveringsweigering of het opleggen van quota een misbruik van machtspositie uitmaakt. Zij is van mening dat wanneer uit het gedrag van de verweerders blijkt dat, door de weigering exporteurs en later andere groothandelaars die de exportmarkt kunnen beleveren te bevoorraden, zij de bedoeling hebben de nationale markten af te schermen, dit als een misbruik van machtspositie dient te worden beschouwd.

84. Verzoeker meent dat verweerders hun producten willen beschermen tegen intra-brand mededinging in de importmarkt. Bijgevolg, is de weigering producten die bestemd zijn voor parallelle distributie te leveren een disciplinaire maatregel om de positie van de verweerders in de importmarkt te versterken.

85. Aangezien de distributiesystemen van de verweerders slechts leveringen toelaten aan groothandelaars met verplichtingen inzake de openbare dienst, is verzoeker van mening dat deze systemen exporteurs uitsluiten en dat bijgevolg deze systemen niet kunnen worden beschouwd als functionerend op basis van objectieve en niet-discriminatoire criteria.

#### B. VISIE VAN DE VERWERENDE PARTIJEN

##### Relevante geografische markt

86. De verwerende partijen zijn het met de klager eens dat de relevante geografische markt nationaal is.

##### Relevante productmarkt

87. De verweerders zijn van mening dat de voorgestelde relevante markt, de markt voor distributie van een bepaald merkproduct (één-product-één-markt), niet gevolgd kan worden. Dit zou leiden tot de definitie van enkele duizenden markten met betrekking tot de distributie van geneesmiddelen en dit in tegenspraak met de nationale en communautaire rechtspraak. Zij gaan er van uit dat deze definitie geen steun vindt in de relevante rechtspraak en ook onjuist is.

88. Bovendien zou de door Bofar weerhouden markt niet weerspiegeld worden door haar eigen gedrag op de markt. Bofar beweert dat haar aankoopbeslissingen gesteund zijn op de eisen van haar klanten van wie de bestellingen bepaald worden door de apothekers die op hun beurt kopen wat de dokter heeft voorgeschreven. Bofars aankoopgedrag concentreert zich echter op een beperkt aantal producten, wat volgens verwerende partijen niet aansluit bij de door haar geformuleerde theorie over substitueerbaarheid en de relevante markt.

89. Gezien de exportactiviteiten van verzoeker zijn alle farmaceutische producten substitueerbaar zijn en kan er bijgevolg worden uitgegaan van een markt van alle farmaceutische producten waarbij er een significant prijsverschil bestaat tussen België en bepaalde andere lidstaten. Parallelhandelaars zijn immers niet geïnteresseerd in het therapeutische effect of de noden van de Belgische patiënten. Parallelhandelaars zijn wel geïnteresseerd in medicijnen bedoeld voor een grote populatie van patiënten met chronische aandoeningen zoals b.v. diabetes, depressies of astmapatiënten.

90. Gelet op de aard van de commerciële activiteiten van Bofar, d.i. “spot trading” wordt ook de gecombineerde markt voor geneesmiddelen, chemische producten, diergeneeskundige producten, fytofarmaceutische producten, parfumerie- en drogisterij artikelen als potentiële relevante markt naar voor geschoven.

91. De meerderheid van de verwerende partijen zijn echter van mening dat, conform de bestaande rechtspraak van de Europese Commissie, de markten meestal gedefinieerd worden aan de hand van de ATC classificatie en meer bepaald op basis van het ATC 3 niveau dat de geneesmiddelen groepeerd volgens hun therapeutisch gebruik.

### Het bestaan van een dominante machtspositie in hoofde van de verweerders

92. De verwerende partijen betwisten allen het bestaan van een machtspositie in hun hoofde op de voor de zaak relevante markten. Het verzoek noch de klacht voeren volgens hen enig element aan op grond waarvan een dergelijke machtspositie zou kunnen vastgesteld worden. Dit met uitzondering van de hypothese (die zij allen betwisten) waarbij elk product als een aparte markt moet worden beschouwd.

### De waarschijnlijkheid van een misbruik van machtspositie door de verweerders

93. Alle verwerende partijen die ofwel een quotasysteem hebben ingevoerd ofwel weigeren aan Bofar te leveren, stellen uitdrukkelijk dat hun handelingen geen misbruik uitmaken in de zin van artikel 3 WBEM en artikel 82 EG-verdrag. Sommigen verklaren niet te zijn gestopt met leveren zoals onder andere Janssens, Boehringer en Bayer en anderen zijn van mening dat een verkoopsweigering op zich geen misbruik uitmaakt. Iedere fabrikant heeft het recht om de distributie van haar producten te organiseren volgens de modaliteiten die zij verkiezen ook al zouden zij over een machtspositie beschikken.

94. Verweerders gaan bij het vaststellen van hun distributiesysteem uit van de op hen rustende verplichting om ervoor te zorgen dat geneesmiddelen in voldoende mate continu voorradig zijn om in de behoeften van de patiënten in België te voorzien.<sup>13</sup>

95. De verweerders beroepen zich ondermeer op de bestaande communautaire rechtspraak om vast te stellen dat de leveringsverplichtingen van een onderneming met een dominante machtspositie in verschillende opzichten beperkt zijn. Een dominante onderneming moet niet aan ongewone bestellingen voldoen en heeft in de mate van het redelijke de mogelijkheid om ter verdediging van haar commerciële belangen te handelen zoals zij wenselijk acht, mits haar handelswijze evenredig is aan de bedreiging en niet dient ter versterking of misbruik van die machtspositie.<sup>14</sup>

96. Deze zaak valt niet binnen één van de uitzonderlijke omstandigheden waarin een onderneming met een machtspositie een leveringsplicht zou kunnen hebben, laat staan verplicht zou zijn om onbeperkte hoeveelheden van haar product te leveren.

97. Bovendien kan een leveringsbeperking door een farmaceutische onderneming met een machtspositie met de bedoeling de parallelhandel te beperken, als een redelijke en evenredige maatregel ter bescherming van de commerciële belangen van die onderneming gerechtvaardigd zijn.<sup>15</sup>

## C. CONCLUSIE

### Relevante geografische markt

98. Gelet op het bovenstaande moet de Belgische markt als relevante geografische markt weerhouden worden.

### Relevante productmarkt

99. In haar beslissing van 5 juli 2007 heeft de Franse Conseil de la concurrence gesteld dat de analyse van de relevante markten, in de zin van therapeutisch gebruik en de substitueerbaarheid in hoofde van de voorschrijver, duidelijk verschilt van de analyse van dezelfde markten vanuit het standpunt van het distributiecircuit naar apotheken toe. Op deze markten is de commerciële vrijheid van de

---

<sup>13</sup> Art.12 Quinquies van de Wet op de geneesmiddelen van 25 maart 1964 en artikel 100 en 101 van het KB van 14 december 2006 betreffende geneesmiddelen voor menselijk en diergeneeskundig gebruik.

<sup>14</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands v. Commissie, Jur. 1978

<sup>15</sup> Zaak C-53/03 Syfait e.a. t. GlaxoSmithKline, opinie van de Advocaat-Generaal Jacobs van 28 oktober 2004, 76.

ondernemingen om tot substitutie over te gaan quasi nul.<sup>16</sup> Het is bijgevolg dus mogelijk dat er afgeweken dient te worden van de bestaande marktdefinitie, niveau 3 van de ATC classificatie om te komen tot nauwere marktdefinities zoals niveau 4 of niveau 5 van de ATC classificatie.

#### Het bestaan van een dominante machtspositie in hoofde van de verweerders

100. Gegeven het aanzienlijke aantal verweerders en het nog veel grotere aantal moleculen lijkt het opportuun in eerste instantie na te gaan of de aangeklaagde feiten als een misbruik van een mogelijks dominante machtspositie in het kader van artikel 82 EG-verdrag en artikel 3 WBEM kunnen worden beschouwd. Slechts wanneer hierop positief kan worden geantwoord, dient in tweede instantie voor elke verweerder zijn marktpositie op de nauwere markten te worden bepaald.

#### De waarschijnlijkheid van een misbruik van machtspositie door de verweerders

101. In het kader van artikel 62, § 1 van de WBEM volstaat het dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont, zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing (zie o.m. beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr. 98-VMP-1 en latere beslissingen).<sup>17</sup>

102. Deze rechtspraak werd bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 12 november 2002 (A.R. 2001/MR/1, N.V. Rendac/BVBA Incine, gepubliceerd in het Jaarverslag 2002 van de Raad - bijlagen II blz. 693), waar het Hof stelde dat het volstaat dat de inbreuk ogenschijnlijk (prima facie) bestaat. Wel moet de waarschijnlijkheid voldoende zijn om voorlopige maatregelen te verantwoorden.

103. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de loutere vaststelling van een verkoopsweigering niet voldoende is om als misbruik van machtspositie te worden gekwalificeerd. Het is vaststaande rechtspraak dat een dominante onderneming haar positie slechts misbruikt wanneer zij goederen of diensten weigert te leveren met als doel het uitsluiten van haar effectieve of potentiële concurrenten uit de markt en het versterken van haar eigen marktpositie en zonder dat ze voor deze weigering een objectieve rechtvaardiging kan geven.

104. Een dominante onderneming heeft het recht om redelijke maatregelen te treffen die zij gepast acht om haar eigen commerciële belangen te beschermen, dit op voorwaarde dat haar gedrag in verhouding staat tot de mogelijke schade en dat haar gedrag er niet op gericht is om haar dominante positie te versterken of te misbruiken.<sup>18</sup>

105. Bij de beoordeling van de gestelde handeling dient steeds rekening te worden gehouden met de economische context waarbinnen de handelingen plaats vinden. Bij de analyse dient dan ook voor ogen te worden gehouden dat Bofar als groothandelaar niet de Belgische markt voorziet maar actief is

---

<sup>16</sup> Conseil de la Concurrence (FR), Décision n°07-D-22 du 5 juillet 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produit pharmaceutiques.

<sup>17</sup> Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, zaak 2000-V/M-27, VZW Radio Tienen, e.a./CVBA Sabam, B.S., 9 januari 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 januari 2001, zaak nr. 2001-V/M-02, BBUSO/LCM en Regionale Christelijke Ziekenfondsen, B.S., 5 mei 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 9 maart 2001, zaak nr. 2001-V/M-12, BVBA Incine /N.V. Rendac, B.S., 28 september 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 13 november 2001, zaak nr. 2001-V/M-58, BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie, B.S., 4 april 2002; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 24 december 2002, zaak nr. 2002-V/M-95, N.V.MSA/Gilde van Vlaamse antiquairs, B.S. 4/12/03, Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003-V/M-81 van 20 oktober 2003, VZW United Media Agencies/Febelma/BVDU/ BeMedia, B.S. 6 mei 2004 en beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2004-V/M-30 van 25 maart 2004, NV Source Belgium / CVBA Febelco.

<sup>18</sup> Arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands v. Commissie, Jur. 1978

als exporteur. Exporteurs zijn ondernemingen waarvan de activiteiten bestaan uit het aankopen en opslaan van geneesmiddelen met het oog op de uitvoer van deze geneesmiddelen naar andere landen. Exporteurs zijn niet gebonden door een verplichting van openbare dienst. Hierin verschillen zij van gewone groothandelaars-verdelers die samen met de farmaceutische bedrijven een minimale voorraadverplichting hebben.

106. In tegenstelling tot groothandelaars-verdelers concentreren de exporteurs zich op de aankoop van een beperkt aantal producten. Exporteurs nemen niet het ganse gamma van producten van een farmaceutische onderneming af doch enkel die producten die interessant zijn omwille van het prijsverschil met het buitenland.

107. Kenmerkend voor de markt van geneesmiddelen is de prijsreglementering. Er wordt voor een geneesmiddel een prijs vastgelegd, met het oog op het nationale verbruik van dit medicijn, en dit op een niveau dat in overeenstemming is met het budgettaire evenwicht van de sociale zekerheid.

108. De exporteurs wensen beleverd te worden op basis van deze vastgelegde prijs, ook al beschikken zij niet over de bevoegdheid om op het nationale grondgebied te leveren. Dit is dus niet de prijs die zij bereiken aan de hand van onderhandelingen met de farmaceutische ondernemingen maar de door de overheid vastgelegde prijs.

109. Het valt moeilijk in te zien hoe men een onderneming die niet over de vrijheid beschikt om de prijzen van haar producten vast te leggen, kan verplichten om dezelfde verkoopsvoorwaarden toe te passen voor producten die exclusief bestemd zijn voor een ander grondgebied waar de marktomstandigheden duidelijk verschillend zijn.

110. Indien het bestaan van een sectoriele reglementering niet het concurrentieel functioneren van een markt verhindert en de toepassing van het mededingingsrecht mogelijk maakt, dient men toch op te merken dat een prijsreglementering een bijzonder karakter heeft dat het functioneren van een markt wel degelijk op fundamentele wijze raakt.

111. Een goede toepassing van het mededingingsrecht vereist een volledige inachtnaam van het bestaan van een prijsreglementering, dit in het bijzonder bij de kwalificatie van een misbruik.<sup>19</sup>

112. In het licht van het bovenstaande lijkt het voor een onderneming dan ook geen misbruik in te houden om, in het kader van de bescherming van haar commerciële belangen, te weigeren goederen te leveren aan een opgelegde prijs aan een onderneming die geen enkel product verkoopt op de nationale markt.

113. Een exporteur wil immers enkel dat product aankopen tegen de door de overheid vastgelegde prijs om het in het buitenland met winst te verkopen.

114. Steun hiervoor kan gevonden worden in het standpunt van Advocaat generaal Jacobs in de zaak Syfait (ECJ 2005 Greek Competition Commission/ GSK) waarin hij stelt dat de weigering van een dominante farmaceutische onderneming om aan alle bestellingen van groothandelaars te voldoen in algemene termen niet als een misbruik van dominante machtspositie kan worden gezien. Hij stelde dat de beperking tot levering objectief kan worden verantwoord “as a reasonable and proportionate measure in defence of that undertaking’s commercial interest”(paragraaf 100). Hierbij hield hij rekening met de volgende drie factoren:

– De farmaceutische industrie is zwaar gereguleerd met onder meer een prijzencontrole, waardoor er tussen verschillende lidstaten significante prijsverschillen kunnen bestaan. De pogingen van farmaceutische bedrijven om de parallelle handel te beperken, hebben niet tot doel deze markten te compartimenteren maar zijn slechts een reactie op het bestaan ervan.

---

<sup>19</sup> Conseil de la Concurrence (FR), Décision n°05-D-72 du 20 décembre 2005 relatives à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments.

- Indien farmaceutische ondernemingen deze parallelle handel niet zouden tegengaan, zouden zij zich verplicht kunnen voelen andere maatregelen te nemen om het effect hiervan te minimaliseren. M.a.w zij zouden kunnen pogen de prijzen te verhogen in die landen waar de prijzen lager zijn ofwel, zouden zij in die landen de lancering van nieuwe producten kunnen vertragen. In beide gevallen komt dit de consument niet ten goede. Indien zij er niet in slagen de parallelle handel tegen te gaan, zal dit een negatieve impact hebben op hun investeringen in O&O.
- In het geval van farmaceutische producten is het de parallelle handelaar, en niet de patiënt of consument die zijn voordeel haalt uit de parallelle handel omdat de parallelle handelaar de winsten voor zich houdt.<sup>20</sup>

115. Het Europees Hof van Justitie heeft de Syfait zaak om procedurele redenen terug verwezen naar de Griekse mededingingsautoriteit en heeft zich alsdusdanig over de grond van de zaak niet uitgesproken.

116. Rekening houdende met bovenvermelde gegevens dient te worden geconcludeerd dat er in onderhavige zaak op het eerste zicht geen sprake is van misbruik van machtspositie door de verwerende partijen.

### 5.2.3. CONCLUSIE

117. Gelet op bovenvermelde gegevens is de auditeur-generaal van mening dat er in onderhavige zaak geen sprake is van een prima facie inbreuk, noch op grond van het artikel 2WBEM en het artikel 81 EG-verdrag, noch op grond van het artikel 3 WBEM en het artikel 82 EG-verdrag.

### 5.3. Ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel of schade aan het algemeen economisch belang, dat dringend moet worden vermeden

118. Om voorlopige maatregelen in de zin van artikel 62, § 1 van de WBEM (cfr. artikel 35 van de oude WBEM) te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn:

- het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager;
- het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM;
- het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden.

119. Op grond van het feit dat in hoofde van verweerders prima facie geen inbreuk op artikel 2 en 3 van de WBEM noch op artikel 81 en 82 van het EG-Verdrag kan worden vastgesteld, moet worden geconcludeerd dat aan de toepassingsvoorwaarden om voorlopige maatregelen toe te kennen niet is voldaan. Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden dient in deze dan ook niet verder te worden onderzocht.

## VI. Beslissing

De vereisten die door artikel 62, § 1 eerste lid WBEM worden gesteld om voorlopige maatregelen op te leggen, zijn in de voorliggende zaak niet vervuld.

---

<sup>20</sup> Zaak C-53/03, Syfait e.a. tegen GlaxoSmithKline AEVE, opini van de Advocaat Generaal Jacobs, 28 oktober 2004.



De aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen kan niet worden ingewilligd.

Om deze redenen,

De auditeur-generaal seponeert op grond van artikel 62, § 3 de aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen wegens niet gegrond.

Aldus beslist op woensdag 26 maart 2008 door Bert Stulens, auditeur-generaal bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging.