

## RAAD VOOR DE MEDEDINGING

### Auditoraat

#### Beslissing nr. 2010-P/K-45-AUD van 17 november 2010

**Zaak CONC-P/K-04/0055 Oxycure B.V.B.A. / Air Products N.V., Medigaz N.V., Westfalen B.V.B.A., Air Liquide Medical N.V., Messer Belgium N.V., Ysfabriek Strombeek N.V., Indugas N.V., Linde Gas Belgium N.V. en BTG-GTB B.V.B.A.**

#### I. Procedure

1. Op 23 september 2004 werd bij de Raad voor de Mededinging op grond van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M. 1999), een klacht ingediend door Oxycure B.V.B.A. tegen Air Products N.V. en Medigaz N.V. en tegen elke andere in België gevestigde onderneming die gas en meer bepaald zuurstof produceert. De klacht werd geregistreerd onder het nummer CONC-P/K-04/0055.
2. Op 1 oktober 2006 is de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (B.S. van 29 september 2006, hierna de W.B.E.M. 2006), in werking getreden. Deze wet werd gewijzigd door de artikelen 142 tot en met 156 van de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen (B.S. van 19 mei 2009).
3. Het artikel 94, §2 van de W.B.E.M. 2006 voorziet dat de procedurehandelingen verricht in het kader van de oude W.B.E.M. van toepassing blijven met het oog op de toepassing van de huidige W.B.E.M.

#### II. Betrokken partijen

##### 2.1. Klager

4. Oxycure B.V.B.A., hierna de klager, met maatschappelijke zetel te 5380 Noville-les-Bois, Rue Massart 28 is een onderneming naar Belgisch recht die werd opgericht op 27 mei 1998 met als maatschappelijk doel onder meer de productie, aankoop, verkoop en distributie van geneesmiddelen. De klager kan in uitvoering van het maatschappelijk doel activiteiten ontwikkelen als groothandel en als kleinhandel, en dit zowel in België als in het buitenland. Daarnaast kan de onderneming ook actief zijn op het vlak van de import en export van geneesmiddelen. Bij haar oprichting had de onderneming de maatschappelijke benaming 'Les quatre saisons'. Vanaf 09/03/2004 werd de benaming gewijzigd in 'Oxycure'.

5. In de praktijk is Oxycure vooral actief op het vlak van het aanbieden van zuurstoftherapie bij patiënten thuis.

##### 2.2. Verweerders

6. De klager richt zich in de klacht tegen Air Products N.V., Medigaz N.V. en tegen elke andere in België gevestigde onderneming die gas en meer bepaald zuurstof produceert. Hoewel de klager hiermee niet specificeert tegen welke overige ondernemingen hij zijn klacht richt, bevat de klacht toch voldoende elementen om alle betrokken ondernemingen te identificeren. Het gaat meer bepaald om volgende ondernemingen:

## Publieke versie

- Air Products S.A., hierna ‘Air Products’, met maatschappelijke zetel te 1160 Brussel, Waversesteenweg 1789;
- Medigaz S.A., hierna ‘Medigaz’, met maatschappelijke zetel te 1160 Brussel, Waversesteenweg 1798;
- Messer Belgium N.V., hierna ‘Messer’, met maatschappelijke zetel te 1830 Machelen, Woluwelaan 3;
- Ysfabriek Strombeek N.V., hierna ‘Ysfabriek’, met maatschappelijke zetel te 1860 Meise, Broekstraat 70;
- Indugas S.A., hierna ‘Indugas’, met maatschappelijke zetel te 5100 Naninne, Rue Pied des Alouettes 44;
- Linde Gas Belgium N.V., hierna ‘Linde Gas’, met maatschappelijke zetel te 2845 Niel, Tunnelweg 7;
- BTG-GTB S.P.R.L., hierna ‘BTG-GTB’, met maatschappelijke zetel te 7860 Lessines, Zoning Ouest 15;
- Westfalen B.V.B.A., hierna ‘Westfalen’, met maatschappelijke zetel te 9320 Erembodegem, Watermolenstraat 11;
- Air Liquide Médical S.A., hierna ‘ALM’, met maatschappelijke zetel te 4020 Luik, Parc d’Affaires Zénobe Gramme, Quai des Venues 8.

7. Deze opsomming van de betrokken ondernemingen tegen wie de klacht gericht is, werd in een navolgend schrijven de dato 11 maart 2005 door de klager bevestigd. Hierna wordt naar deze betrokken ondernemingen als groep verwezen als ‘de verweerders’.

### III. De klacht

8. Oxycure wenst actief te worden op het vlak van het verlenen van zuurstoftherapie aan huis. Aangezien zij zelf geen zuurstof produceert en geen deel uit maakt van een grotere groep dient zij zuurstof aan te kopen bij andere ondernemingen.

9. De klager zou haar activiteiten op volgende wijze willen ontplooiën:

In een eerste fase wenst zij als onderaannemer van een andere onderneming haar activiteiten te ontplooiën. Zij zou dan gebruik maken van de distributievergunningen van haar leverancier om volgende activiteiten uit te oefenen :

- de distributie van medische zuurstof van de leverancier, onder de verantwoordelijkheid van de industrieapotheker van de leverancier;
- de facturatie voor deze diensten door zichzelf. De facturatie voor de medische zuurstof zou gebeuren door de leverancier.

In een tweede fase, wanneer zij de nodige distributievergunningen ontvangen heeft van de farmaceutische inspectie zou zij volgende taken op zich nemen :

- de verkoop en de distributie van medische zuurstof van de leverancier, onder verantwoordelijkheid van de eigen industrieapotheker;
- de facturatie van de geleverde diensten en de medische zuurstof.

In een laatste fase, na ontvangst van de nodige vergunningen, wenst de klager over te gaan tot :

- de productie en distributie van vloeibare medische zuurstof van de klager, onder de verantwoordelijkheid van de eigen industrieapotheker;

- de productie en distributie van gasvormige medische zuurstof van de klager, onder de verantwoordelijkheid van de eigen industrieapotheker.

10. De klager ondervindt echter problemen bij de aankoop van zuurstof. Deze wordt haar om allerlei redenen geweigerd en ook als onderaannemer wordt zij niet aanvaard. Volgens de klager is dit het gevolg van een afspraak tussen de verschillende zuurstofproducenten/distributeurs, onder impuls van Air Products N.V. en haar filiaal Medigaz S.A. om haar de toegang tot de markt te ontzeggen.

#### IV. In rechte

##### 4.1. Ontvankelijkheid

###### 4.1.1. Toepassingsveld

11. De klager meent dat er sprake is van een afspraak tussen de verweerders met als doel een algemene leveringsweigering van zuurstof ten aanzien van de klager. In het kader van de ontvankelijkheidsanalyse van een klacht volstaat het vast te stellen dat de aangeklaagde feiten mogelijks tot de vaststelling van een inbreuk op de W.B.E.M. kunnen leiden. Aan deze voorwaarde is in casu voldaan.

###### 4.1.2. Klacht te gronde

12. De klacht werd ingediend conform de vormvereisten voorzien in het Koninklijk Besluit van 22 januari 1998 betreffende het indienen van klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 23, §1, c en d) van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (B.S. 24 april 1998), zoals gewijzigd bij het Koninklijk Besluit van 28 december 1999 ( B.S. 1 februari 2000).

###### 4.1.3. Rechtstreeks en dadelijk belang

13. Conform artikel 44, §1, 2° W.B.E.M. moet de verzoeker aantonen dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij het instellen van de vordering. Het Hof van beroep te Brussel en de Raad voor de Mededinging hebben reeds meermaals geoordeeld dat het vereiste belang van de klager op hetzelfde niveau dient te worden gesteld als het belang dat vereist is bij een vordering in rechte overeenkomstig de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek. Dit impliceert dat de klager moet doen blijken van een reeds verkregen en dadelijk belang bij de klacht. Onder belang dient te worden verstaan elk materieel of moreel voordeel dat de klager op het ogenblik van het indienen van zijn klacht mag verwachten en waardoor zijn huidige of toekomstige rechtstoestand gewijzigd of verbeterd kan worden.

14. Door het feit dat de klager geen zuurstof kan aankopen bij de verweerders zou het voor de klager onmogelijk zijn om zuurstoftherapie op een rendabele manier aan te bieden.

###### 4.1.4. Het begrip onderneming

15. De verweerders zijn alle rechtspersonen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven. Zij vallen om deze reden te beschouwen als ondernemingen in de zin van artikel 1, a) W.B.E.M. 1999 dat ongewijzigd is overgenomen in de W.B.E.M. 2006. De aangeklaagde feiten kunnen dan ook in het kader van de toepassing van de W.B.E.M. onderzocht worden.

###### 4.1.5. Conclusie

16. In de mate dat aan de ontvankelijkheidsvereisten voldaan is, dient de klacht in hoofde van de klager als ontvankelijk te worden beschouwd.

## 4.2. Relevante productmarkt

17. Gelet op wat volgt onder de bespreking van de gegrondheid van de klacht, is het niet noodzakelijk om een afgeijnde definitie te geven van de relevante productmarkt. Een omschrijving van de productmarkt kan echter wel bijdragen tot een beter begrip van de zaak.

### 4.2.1. De stroomopwaartse markt van de productie en groothandelsdistributie van medische zuurstof

#### Industriële gassen

18. De Nederlandse mededingingsautoriteit en de Europese commissie hebben zich in een aantal beslissingen uitgesproken over de marktdefinitie met betrekking tot industriële gassen (Zaak COMP/M.1630 Air Liquide/BOC; Zaak COMP/M.1641 Linde/AGA; Beslissing NMa 10 januari 2001, Air Products en Chemicals Inc./AGA Transfers BV).

19. Uit deze beslissingen blijkt onder meer dat industriële gassen onderverdeeld kunnen worden in atmosferische of luchtgassen enerzijds en niet-atmosferische of niet-luchtgassen anderzijds. Atmosferische gassen zijn onder andere stikstof (ongeveer 78% van de lucht), zuurstof (circa 21% van de lucht) en argon (0,9% van de lucht).

20. Ieder gas kan als een aparte markt worden beschouwd. Bepaalde gassen kunnen in principe wel als substituut voor elkaar worden beschouwd voor een bepaald gebruik. Toch kan worden vastgesteld dat de afnemers dit niet echt als een optie zien. Onderzoek van de Commissie heeft aangetoond dat het verschil in prijzen en gebruik van een specifiek gas binnen het door de klant gebruikte toepassingsproces vaak substitutie tussen verschillende gassen uitsluit (Zaak COMP/M.1630 Air Liquide/BOC).

#### Leveringsmethode

21. Industriële gassen, waaronder zuurstof, kunnen onder verschillende vormen (vloeibaar of gasvormig) en via verschillende distributiekanaalen (tonnage, bulk of in cilinders) geleverd worden (Zaak COMP/M.1630 Air Liquide/BOC; Zaak COMP/M.1641 Linde/AGA; Beslissing NMa 10 januari 2001 Air Products en Chemicals Inc./AGA Transfer BV).

22. Bij tonnage gaat het om grote hoeveelheden industriële gassen die via installaties op het terrein van de afnemer of via pijplijnen bij de afnemer worden geleverd.

23. De levering via bulk, is vooral van toepassing op vloeibare gassen. Om deze reden spreekt men ook over vloeibare bulk gassen. Bij vloeibare bulk gassen worden de gassen geleverd in vloeibare bulkvorm (op lage temperatuur) door speciaal hiervoor gebouwde geïsoleerde weg- of railtankers.

24. In het geval van cilindergassen worden de gassen geleverd in geperste vorm in hoge drukcilinders. Deze vorm van levering wordt gebruikt bij klanten wiens vraag naar zuurstof eerder beperkt is.

25. De drie distributiekanaalen voor de drie leveringswijzen zijn erg verschillend. De bij de klanten aanwezige installaties en materialen onderscheiden zich per leveringsvorm en de prijzen voor de individuele gassen wijken per distributiekanaal en de daarmee verbonden leveringsvorm aanzienlijk van elkaar af (Beslissing NMa 10 januari 2001 Air Products en Chemicals Inc./AGA Transfer B.V.).

26. Men kan de bovenvermelde onderverdeling op basis van de toestand waarin de industriële zuurstof voorkomt en de verschillende distributiekanaalen voor industriële zuurstof verder

doortrekken naar medische zuurstof. Industriële en medische zuurstof verschillen immers voornamelijk op het vlak van de toepasselijke wetgeving en niet op het vlak van de toestand waarin de zuurstof kan voorkomen (gasvormig/vloeibaar) of op de manier van distributie.

#### 4.2.2. De stroomafwaartse markt voor het aanbieden van zuurstoftherapie aan huis

27. Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen zuurstoftherapie in een ziekenhuis of medische omgeving en zuurstoftherapie aan huis. De klager wenst actief te worden in dit laatste segment van de markt.

28. Binnen de zuurstoftherapie aan huis kan een onderscheid gemaakt worden tussen:

##### (a) Zuurstoftherapie met gasvormige medische zuurstof

Bij deze vorm van zuurstoftherapie zit de zuurstof opgeslagen in flessen. Deze vorm van zuurstoftherapie heeft als nadeel dat het de mobiliteit van de patiënt beperkt en dat de flessen regelmatig vervangen moeten worden. Deze therapie is dan ook enkel geschikt voor patiënten die slechts occasioneel zuurstof nodig hebben.

##### (b) Zuurstoftherapie met vloeibare medische zuurstof

Bij deze vorm van therapie is de zuurstof vloeibaar. Het voordeel hiervan is dat men in één fles veel meer zuurstof kan opslaan. De flessen met vloeibare zuurstof worden meestal geleverd met een kleinere herlaadbare fles. Dit geeft de patiënt een veel grotere autonomie en mobiliteit. Deze therapie wordt meestal voorgeschreven voor chronische patiënten.

##### (c) Zuurstoftherapie aan de hand van een concentrator

Een concentrator is een apparaat dat de zuurstof uit de buitenlucht haalt en dit via een slang bij de patiënt brengt. Het voordeel van dergelijk apparaat is dat er geen zuurstofflessen hervuld moeten worden. De mobiliteit van de patiënt wordt wel sterk beperkt.

Er is een groot verschil tussen deze drie vormen van zuurstoftherapie met betrekking tot het type patiënt, de toepassingsmodaliteiten, de kostprijs etcetera.

#### 4.2.3. Relevante geografische markt

29. Voor wat betreft de markt van de productie en distributie van medische zuurstof heeft de Europese Commissie na onderzoek vastgesteld dat het economisch niet rendabel is om bulkassen te leveren buiten een straal van 200 kilometer van een productiefaciliteit (Zie de zaak COMP/M.1641 Linde/AGA).

30. Aangaande de markt voor gasvormige zuurstof in cilinders is uit Nederlands onderzoek gebleken dat er nauwelijks grensoverschrijdende leveringen plaatsvinden. De concurrentie vindt voornamelijk op nationaal niveau plaats (Beslissing NMa 10 januari 2001 Air Products en Chemicals Inc./AGA Transfer B.V.).

31. Voor wat betreft de stroomafwaartse markt voor zuurstoftherapie aan huis dient eerst en vooral vastgesteld te worden dat het een sterk gereguleerde markt betreft waarbij de regelgeving van land tot land kan verschillen. Bovendien is het voor een vlotte

dienstverlening aangewezen dat de afstanden beperkt zijn. Via een sterk uitgebreid netwerk wordt deze dienst door de meeste ondernemingen nationaal aangeboden.

#### 4.3. Gegrondheid

32. Uit de formulering van de klacht kan afgeleid worden dat de klager meent het slachtoffer te zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de verweerders. Het doel van deze restrictieve mededingingspraktijk zou te vinden zijn in het verhinderen dat de klager op rendabele wijze actief zou kunnen worden op de markt voor het aanbieden van zuurstoftherapie.

33. Onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen houden een vorm van coördinatie in tussen ondernemingen waarmee, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, doelbewust de aan de mededinging verbonden risico's worden ontlopen door een vorm van feitelijke samenwerking (Hof van Justitie 14 juli 1972, ICI t. Commissie, Jur. 1972, 619, r.o. 64; Gerecht van Eerste Aanleg 17 december 2001, SA Hercules Chemicals NV t. Commissie, zaak T-7/89).

34. Opdat er sprake kan zijn van onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen dient aangetoond te worden dat de ondernemingen onderling samengewerkt hebben of minstens informatie hebben uitgewisseld door middel van directe of indirecte contacten waardoor zij in staat waren hun gedragingen op elkaar af te stemmen en de mededinging te beperken.

35. Het onderzoek heeft dergelijke samenwerking of informatie-uitwisseling door directe dan wel indirecte contacten tussen de verweerders niet kunnen aantonen.

36. Het feit dat het directe bewijs voor de onderling afgestemde feitelijke gedraging niet kan geleverd worden, doet echter geen afbreuk aan de vaststelling dat er sprake is van een parallel gedrag tussen de verschillende verweerders. Zij hebben immers allen geweigerd om de klager te belevaren. De loutere vaststelling dat er sprake is van een parallel gedrag volstaat echter niet om te kunnen spreken van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Daartoe moet de oorzaak van het parallelle gedrag onderzocht worden. Dit gedrag kan immers maar het bewijs vormen van onderling afgestemd gedrag wanneer de enige aanvaardbare uitleg te vinden is in het feit dat er samenwerking of informatie-uitwisseling door directe dan wel indirecte contacten moet plaatsgevonden hebben tussen de verweerders. Er moet dan ook in concreto nagegaan worden welke motieven de verweerders aanhalen als verklaring voor de leveringsweigering ten opzichte van de klager.

37. De onderneming BTG-GTB heeft naar eigen zeggen een vrij conflictueuze relatie met de zaakvoerder van de klager. Er is onder meer sprake van een procedure wegens oneerlijke concurrentie opgestart door BTG-GTB tegen Médigas, een andere onderneming van de zaakvoerder van de klager. Daarnaast stelt BTG-GTB ernstige betalingsproblemen ondervonden te hebben met Proxigas, eveneens gecontroleerd door de zaakvoerder van de klager. Om deze reden heeft BTG-GTB geoordeeld dat het voor haar niet opportuun was om de klager te belevaren.

38. ALM, Air Liquide Médical, zou zowel direct als indirect door de klager benaderd zijn voor wat betreft de belevaring met zuurstof. Wat betreft de directe contacten houdt ALM voor nooit enige schriftelijke aanvraag gekregen te hebben van de klager met het oog op een commerciële samenwerking betreffende het verlenen van zuurstoftherapie aan huis. Deze schriftelijke aanvraag is noodzakelijk om de betrokken onderneming toe te laten de opportuniteit en de wettelijkheid van de gevraagde samenwerking af te toetsen. Wat betreft de indirecte contacten via een onafhankelijke apotheker wijst ALM op het volgende. De flessen die via deze apotheker door de klager werden aangeboden om te vullen met zuurstof waren vanuit technisch oogpunt niet compatibel met de installatie van ALM. Om deze reden kon de belevaring via de onafhankelijke apotheker niet doorgaan.

39. Messer heeft aangegeven niet geïnteresseerd te zijn in een samenwerking met de klager omdat het commerciële netwerk van de onderneming al voldoende uitgebouwd is. Zo heeft de

onderneming wat betreft de verkoop van medische zuurstof in flessen voor de thuiszorg een netwerk van 20 onafhankelijke agenten. Dit netwerk is volgens Messer voldoende geografisch gespreid om een landelijke dekking te verzekeren.

40. Ysfabriek verwijst naar het toepasselijke wettelijke kader als motivering voor haar leveringsweigering. Volgens de onderneming beschikt de klager niet over de nodige wettelijk vereiste vergunningen opdat zij door Ysfabriek met medische zuurstof zou beleverd kunnen worden. Dit leidt de onderneming af uit het feit dat de klager, ondanks haar verzoek daartoe, nooit de vereiste vergunningen voorgelegd heeft. Ysfabriek heeft vervolgens onderzocht of het mogelijk was de klager op te nemen in haar netwerk van medische depots. Deze mogelijkheid strookte echter niet met de commerciële strategie van de klager, waardoor een commerciële samenwerking tussen beide ondernemingen niet mogelijk bleek.

41. Indugas is als onderneming noch actief op het vlak van de productie van medische zuurstof noch op het vlak van het vullen van flessen met dit gas. Om deze reden is een commerciële samenwerking inzake medische zuurstof met de klager dan ook niet mogelijk.

42. Westfalen [...].Om deze reden is de door de klager gevraagde commerciële samenwerking dan ook niet mogelijk.

43. Linde Gas [...]

44. Air Products geeft aan nooit gecontacteerd te zijn door de klager met het oog op de beleving met medische zuurstof. [...]. Bovendien geeft Air Products aan dat er sprake is van een zeer gespannen relatie tussen de onderneming en de zaakvoerder van de klager. Dit vindt zijn oorsprong in de overname van een aantal ondernemingen, meer bepaald Proxigaz en Medigaz, van de zaakvoerder van de klager door Air Products.

45. Medigaz geeft, net zoals Air Products, aan nooit gecontacteerd te zijn door de klager met het oog op de beleving met medische zuurstof. [...]

46. Uit het overzicht van de motieven voor de leveringsweigering weergegeven onder de randnummers 38 tot en met 46 blijkt dat de door verweerders ingeroepen motieven vrij divers zijn. Een aantal verweerders beroept zich op het feit dat de klager niet over de nodige wettelijke vergunningen beschikt, waardoor zij de klager niet kunnen beleveren. Dit wordt door de klager niet tegengesproken. Hij beroept zich enkel op het feit dat de betrokken ondernemingen op de hoogte waren van het feit dat hij er alles zou aan doen om de nodige vergunningen te bekommen. Andere verweerders motiveren hun leveringsweigering door erop te wijzen dat hun distributienetwerk voldoende uitgebouwd is. Zij wensen om deze reden hun netwerk niet verder uit te breiden. Verder beroepen een aantal verweerders zich op het feit nooit enige schriftelijke aanvraag gekregen te hebben van de klager om medische zuurstof te leveren.

47. Uit het voorgaande volgt dat hoewel het gedrag van de verweerders ten aanzien van de klager weliswaar parallel is, onderlinge afstemming tussen de verweerders niet weerhouden kan worden als oorzaak van het parallelle gedrag.

#### 4.4. Conclusie

48. De door de verweerders ingeroepen motieven voor de leveringsweigering aan de klager vormen een logische en aanvaardbare verklaring voor de leveringsweigering. Bovendien zijn de ingeroepen motieven dermate verschillend en eigen aan de specifieke situatie van de individuele verweerders, waardoor onderlinge afstemming van het gedrag tussen de verweerders niet weerhouden kan worden als verklaring voor het parallelle gedrag.

## V. Seponering

49. Het Audotiraat seponeert conform artikel 45, §2 W.B.E.M. een klacht of verzoek wegens niet ontvankelijk of niet gegrond ofwel gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen.

Om deze redenen,

Het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging,

Uitspraak doende overeenkomstig artikel 45, §2 W.B.E.M.

- Verklaart de klacht van Oxycure ontvankelijk doch niet gegrond,
- Seponeert de klacht

Aldus beslist en uitgesproken voor het Auditoraat door Bert Stulens, Auditeur-generaal, Marielle Fassin, Auditeur en Karel Marchand, Adjunct-auditeur.