

## RAAD VOOR DE MEDEDINGING

### Beslissing nr. 2013-I/O-20 van 27 augustus 2013

#### **Zaak MEDE-I/O-09/0001 : Mededingingsbeperkende praktijken met betrekking tot de prijszetting en de organisatie van de BSE testen.**

#### I. Het procedureverloop

1. Op 6 januari 2009 [...].

[...] heeft het Auditoraat beslist om een ambtshalve onderzoek te openen op grond van artikel 44, § 1, 2° WBEM. Het is ter griffie van de Raad gekend met het nummer MEDE-I/O-09/0001.

2. Op 20 januari 2009 werden bij opdrachtbevel van de auditeur-generaal van de Raad voor de Mededinging, huiszoeken verricht bij vijf betrokken ondernemingen (allen laboratoria die BSE testen uitvoerden).

3. [...].

4. Op 11 juni 2010 heeft de auditeur van de Raad voor de Mededinging zijn verslag en het onderzoeksdossier ingediend bij de Raad. Tevens heeft hij kopie ervan overgemaakt aan de betrokken ondernemingen.

5. Bij brief van 22 juni 2010 heeft het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (FAVV) een verzoek ingediend om te worden gehoord door de Tweede kamer van de Raad en om toegang te krijgen tot het verslag van de auditeur.

6. Bij beslissing van 27 augustus 2010 aangaande het verzoekschrift van het FAVV heeft de Tweede kamer van de Raad aan FAVV het recht verleend om te worden gehoord en om toegang te krijgen tot de niet-vertrouwelijke versie van het verslag van de auditeur.

7. Bij brief van 2 september 2010 heeft de griffier van de Raad aan de betrokken ondernemingen, tegen wie het onderzoek gevoerd was, laten weten dat de Tweede kamer van de Raad beslist heeft om het FAVV te horen als derde en het een niet-vertrouwelijke versie van het verslag te bezorgen. De betrokken ondernemingen werden ertoe uitgenodigd om vóór 13 september 2010 gegevens uit het verslag, op de vertrouwelijkheid waarvan zij zich zouden beroepen, kenbaar te maken.

8. Enkele betrokken ondernemingen hebben zich beroepen op de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens in het verslag.

9. Bij brief van 24 september 2010 heeft de griffier van de Raad aan de betrokken ondernemingen, aan het FAVV, en aan de auditeur laten weten dat de voorzitter van de Tweede kamer beslist heeft dat de termijn voor schriftelijke opmerkingen voor FAVV afloopt op 25 oktober 2010 en voor de betrokken ondernemingen op 18 november 2010.

10. Bij brief van 28 september 2010 heeft de voorzitter van de Tweede kamer, conform artikel 48, §2, eerste lid WBEM, beslist over de niet-vertrouwelijke versie van het verslag voor mededeling aan het FAVV.

11. Bij brief van 4 oktober 2011 heeft de griffier een niet-vertrouwelijke versie van het verslag aan het FAVV bezorgd.

12. Verzoeken van bepaalde betrokken ondernemingen om een verlenging van de termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen te bekomen, die verstrijkt op 18 november 2010, werden door de voorzitter van de kamer verworpen.

## PUBLIEKE VERSIE

13. Op 25 oktober 2010 heeft het FAVV als derde die wordt gehoord schriftelijke opmerkingen ingediend ter griffie van de Raad.

14. Bij brieven van 25 en 28 oktober 2010 heeft de griffier van de Raad de schriftelijke opmerkingen voor het FAVV overgemaakt aan de betrokken ondernemingen.

15. Vele betrokken ondernemingen hebben binnen de termijn die verstreek op 18 november 2010 schriftelijke opmerkingen ingediend ter griffie.

16. Bij brief van 6 december 2010 heeft de griffier van de Raad aan de betrokken ondernemingen en aan het FAVV laten weten dat de voorzitter van de Tweede kamer een termijn voor schriftelijke opmerkingen door de auditeur, als antwoord op de schriftelijke opmerkingen voor de betrokken ondernemingen en voor de derde FAVV, had toegekend die verstrijkt op 15 februari 2011.

17. Bij brief van 14 februari 2011 heeft de auditeur de voorzitter van de Tweede kamer gevraagd om de antwoordtermijn voor zijn onderscheiden schriftelijke opmerkingen te verlengen tot 28 februari 2011.

18. Bij brief van 14 februari 2011 heeft de adjunct-griffier aan de auditeur, de betrokken ondernemingen en het FAVV laten weten dat de voorzitter van de Tweede kamer op dat verzoek tot verlenging is ingegaan, conform artikel 48, § 3, eerste lid WBEM, dat aan de voorzitter van de kamer de bevoegdheid verleent om een termijn voor schriftelijke opmerkingen of replieken te verlengen op met redenen omklede vraag.

19. Op 25 februari 2011 heeft de auditeur zijn antwoorden op de schriftelijke opmerkingen van de betrokken ondernemingen en op de schriftelijke opmerkingen van het FAVV ingediend ter griffie van de Raad.

20. Bij brief van 28 februari 2011 heeft de adjunct-griffier aan de desbetreffende betrokken ondernemingen, respectievelijk aan het FAVV kopie van het antwoord van de auditeur overgemaakt.

21. De Tweede kamer heeft beslist om de hoorzitting van het FAVV als derde te bepalen op woensdag 13 april 2011, in aanwezigheid van de betrokken ondernemingen en van de auditeur.

22. Bij beslissing van 4 maart 2011 heeft de voorzitter van de Tweede kamer aan het FAVV een termijn toegekend die verstrijkt op vrijdag 1 april 2011, ten einde hem de mogelijkheid te bieden om gevolg te geven aan de schriftelijke opmerkingen van de auditeur en om desgewenst op zijn beurt eventuele laatste schriftelijke opmerkingen in te dienen.

23. Bij beslissing van 4 maart 2011 heeft de Tweede kamer van Raad beslist om ook de heer Geert De Poorter, werkzaam bij het FAVV, te horen ter zitting van de Tweede kamer van 13 april 2011. Artikel 48, § 5, tweede lid WBEM bepaalt dat de kamer van de Raad die een zaak van restrictieve mededingingspraktijken behandelt, elke natuurlijke of rechtspersoon kan horen, wanneer zij het nodig acht. Bij het verhoor van Geert De Poorter kunnen de betrokken ondernemingen en de auditeur aanwezig zijn.

In dezelfde beslissing wordt aan de heer Geert De Poorter een termijn toegekend die verstrijkt op vrijdag 1 april 2011 teneinde hem de mogelijkheid te bieden om desgewenst schriftelijke opmerkingen in te dienen.

24. Bij een laatste beslissing van 4 maart 2011 heeft de Tweede kamer van de Raad beslist om de clementieverzoeker, Eurofins, en haar werknemer, de heer Dirk Bontridder, te horen ter zitting van woensdag 13 april 2011.

De auditeur had om dit verhoor verzocht bij brief van 15 februari 2011.

Eurofins wordt gehoord als betrokken onderneming en als clementieverzoeker. De heer Dirk Bontridder wordt gehoord als derde, conform artikel 48, §5, tweede lid WBEM, dat bepaalt dat de

## PUBLIEKE VERSIE

kamer van de Raad die een zaak van restrictieve mededingingspraktijken behandelt, elke natuurlijke of rechtspersoon kan horen wanneer zij het nodig acht.

Aan Eurofins en de heer Dirk Bontridder wordt in dezelfde beslissing een termijn toegekend die verstrijkt op 1 april 2011, ten einde hen de mogelijkheid te bieden om schriftelijke opmerkingen in te dienen.

25. Het FAVV, de heer Geert De Poorter, Eurofins, de heer Dirk Bontridder, de andere betrokken ondernemingen, en de auditeur werden van deze beslissingen van 4 maart 2011 op de hoogte gesteld bij brieven van de adjunct-griffier. Allen werden uitgenodigd om te verschijnen op de zitting van woensdag 13 april 2011.

Allen werden er tevens van op de hoogte gebracht dat de Raad de hoorzitting van de auditeur en de betrokken ondernemingen had bepaald op donderdag 26 mei 2011 en vrijdag 27 mei 2011, en werden voor deze zittingen opgeroepen.

26. Bij brief van 7 maart 2011 heeft de adjunct-griffier van de Raad de betrokken ondernemingen ervan op de hoogte gesteld dat de voorzitter van de Tweede kamer hen een termijn voor het indienen van laatste schriftelijke opmerkingen had verleend die verstrijkt op donderdag 19 mei 2011.

27. Bij brief van 28 maart 2011 heeft de adjunct-griffier aan de betrokken ondernemingen, aan de derden die worden gehoord en aan de auditeur laten weten dat de hoorzitting van woensdag 13 april 2011 verplaatst werd naar donderdag 28 april 2011.

28. Bij brief van 12 april 2011 heeft de voorzitter van de Tweede kamer de termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen door Eurofins, op haar verzoek, verlengd van 1 april 2011 (beslissing van 4 maart 2011) tot vrijdag 6 mei 2011.

29. Ter zitting van de Tweede kamer van de Raad van donderdag 28 april 2011 werden de heer De Poorter, als vertegenwoordiger van het FAVV en in eigen naam, Eurofins, en de heer Dirk Bontridder gehoord.

30. Bij elektronisch bericht van 6 mei 2011 heeft de adjunct-griffier van de Raad een document dat ter griffie is ingediend door de heer Geert De Poorter namens het FAVV, overgemaakt aan de betrokken ondernemingen die ter hoorzitting van 28 april 2011 aanwezig waren.

31. Op 6 mei 2011 heeft Eurofins schriftelijke opmerkingen ingediend ter griffie.

32. Bij brief van 16 mei 2011 heeft de voorzitter van de Tweede kamer aan de betrokken ondernemingen laten weten dat de termijn voor de laatste schriftelijke opmerkingen van de betrokken ondernemingen wordt verlengd van 19 mei 2011 tot dinsdag 24 mei 2011 om 12 uur 's middags.

33. Vele betrokken ondernemingen hebben binnen de termijn die verstreek op 24 mei 2011 schriftelijke opmerkingen ingediend ter griffie.

34. De auditeur en de betrokken ondernemingen werden gehoord ter zitting van de Tweede kamer van de Raad van donderdag 26 mei 2011. De zitting kon die dag gesloten worden, en diende niet voortgezet te worden op vrijdag 27 mei 2011, zoals in het vooruitzicht gesteld.

## II. Het verslag van de auditeur

35. In het gemotiveerd verslag besluit de auditeur tot het bestaan van restrictieve mededingingspraktijken door de BSE laboratoria, de Federatie Belgisch Vlees (FEBEV) en de runderslachthuizen. Deze zouden een overtreding vormen van artikel 101 VWEU en artikel 2 WBEM. Samengevat komt hij als volgt tot dit besluit.

36. In het verslag wordt de relevante markt als volgt afgebakend. De productmarkt is de markt voor TSE testen ("transmissible spongiform encephalopathie"), die in werkelijkheid neerkomt op de markt

## PUBLIEKE VERSIE

voor BSE testen (“bovine spongiform encephalopathie”, of spongiforme encephalopathie bij runderen, ook wel gekke-koeienziekte genoemd). De geografische markt is de nationale Belgische markt.

37. Tijdens de periode van onderzoek (van begin 2001 tot in 2009) waren er in België een beperkt aantal laboratoria door de overheid erkend om BSE testen uit te voeren op monsters afkomstig van de slachthuizen. Uiteindelijk ging het om 19 BSE laboratoria, vanaf 1 mei 2005).

Volgens het verslag zijn de BSE laboratoria en de slachthuizen ondernemingen, en is de FEBEV een ondernemingsvereniging, in de zin van het mededingingsrecht.

38. De BSE laboratoria zouden zich volgens het verslag schuldig hebben gemaakt aan mededingingsbeperkende afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Deze zouden bestaan hebben in een gezamenlijke strategie om de daling van de prijs van de BSE testen te beïnvloeden, in de zin van het trachten te behouden van een zo hoog mogelijke prijs. Om dat doel te bereiken zouden de BSE laboratoria onder elkaar gevoelige informatie op het vlak van de kostprijs gewisseld hebben. Zij zouden eensgezindheid in de uitvoering van die gezamenlijke strategie hebben nagestreefd op regelmatige bijeenkomsten en door middel van andere contacten, zoals e-mailverkeer.

In het verslag wordt voor elk BSE laboratorium een inbreukmakende periode aangehouden, die aanvangt op een bepaalde datum in 2001 (behalve voor Lavetan, die pas later dan de anderen als BSE laboratorium erkend is en vanaf 1 mei 2005 aan de inbreuk zou hebben deelgenomen) en die eindigt op 30 november 2009.

39. Een aansluitende vorm van ongeoorloofde mededingingsbeperkende afspraken zou bestaan hebben in het opstellen en uitvoeren van een geografische marktverdeling, waarbij bepaalde laboratoria gedurende een bepaalde termijn BSE testen hebben uitgevoerd op monsters afkomstig van bepaalde slachthuizen. Het ging om een rotatiesysteem, waarbij de BSE laboratoria tijdens opeenvolgende periodes telkens andere slachthuizen bedienden.

Wat deze inbreuk betreft zou de inbreukmakende periode voor elk BSE laboratorium lopen van 1 juli 2004 (en voor Lavetan van mei 2005) tot april 2009. Immers, voor 1 juli 2004 en na april 2009 zou het FAVV de zogenaamde geografische marktverdeling georganiseerd hebben.

40. Tijdens dezelfde periode zouden de BSE laboratoria ook andere concurrentievoorwaarden gelijkgeschakeld hebben, meer bepaald de uitvoeringstermijn van de BSE testen en de toeslag voor het uitvoeren van BSE testen tijdens het weekend.

41. Volgens het verslag gaat het om één enkele voortgezette inbreuk door de BSE laboratoria.

42. Naast afspraken tussen BSE laboratoria onderkent het verslag ook de betrokkenheid van de slachthuizen en van FEBEV. Tijdens dezelfde periode van 1 juli 2004 tot april 2009 zouden zij hun instemming hebben betuigd met voormeld geografisch rotatieschema voor de uitvoering van BSE testen door bepaalde BSE laboratoria op monsters van bepaalde slachthuizen, en met andere concurrentievoorwaarden, meer bepaald de uitvoeringstermijn. Bijgevolg zouden ook FEBEV en slachthuizen zich schuldig hebben gemaakt aan een mededingingsbeperkende afspraak.

43. Volgens het verslag kunnen deze afspraken de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie beïnvloeden, zodat naast artikel 2 WBEM ook artikel 101 VWEU toepassing moet vinden.

44. Het verslag besteedt aandacht aan de rol van het FAVV in verband met de uitvoering van de BSE testen op monsters afkomstig van runderslachthuizen.

Volgens het verslag heeft het toepasselijke nationale rechtskader en de rol die het FAVV daarin speelt niet tot gevolg dat de overheid de onderzochte gedragingen van de ondernemingen heeft opgelegd, mogelijk gemaakt of vergemakkelijkt. Evenmin zou de overheid haar bevoegdheid hebben gedelegeerd aan de betrokken ondernemingen. Uit het onderzoek zou blijken dat de overheid de gedragingen van de ondernemingen heeft bevestigd en omgezet in bindende regels. Dit laatste zou

volgens het verslag echter niet van dien aard zijn dat het de ondernemingen zelf van hun mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid zou ontlasten.

### III. Wat betreft de geldigheid van het onderzoek en de eerbiediging van het recht van verdediging

45. Sommige ondernemingen doen gelden dat het onderzoek onvolledig en selectief zou zijn verricht, zodat hun recht van verdediging zou zijn aangetast. Een onvolledig en selectief samengesteld onderzoeks dossier zou de betrouwbaarheid van het onderzoek in zijn geheel in het gedrang brengen, zodat het geen basis zou kunnen vormen voor het verslag van de auditeur en voor de vervolging van de betrokken ondernemingen voor de Raad.

Meer bepaald wijzen zij erop dat de heer Geert De Poorter van het FAVV in de loop van het onderzoek is gehoord door de auditeur-generaal, de adjunct-auditeur en de onderzoeker, doch dat van dit verhoor geen proces-verbaal is opgemaakt, zodat de betrokken ondernemingen geen kennis kunnen nemen van de inhoud van het verhoor, en, naar gelang van het geval, zich niet kunnen verweren tegen, of voor hun verweer geen gebruik kunnen maken van, hetgeen de heer Geert De Poorter heeft verklaard.

Volgens enkele ondernemingen is deze werkwijze tijdens het onderzoek des te meer laakbaar nu tijdens het horen van het FAVV en zijn vertegenwoordiger, de heer Geert De Poorter, ter hoorzitting van de Raad van 28 april 2011, is gebleken dat de heer De Poorter zelf om het onderhoud met het Auditoraat en de onderzoeker had verzocht, ten einde mondelinge toelichting te geven bij het antwoord van het FAVV op het verzoek om inlichtingen van 23 maart 2009.

Bovendien, zo wijzen zij erop, is tijdens het horen van het FAVV ter hoorzitting van de Raad van 28 april 2011 eveneens aan het licht gekomen dat het FAVV in de persoon van zijn gedelegeerde bestuurder (dit is niet dezelfde persoon als de heer Geert De Poorter) heeft verzocht om te worden gehoord door het Auditoraat, doch dat op dit verzoek niet is ingegaan. Noch van het verzoek van de gedelegeerde bestuurder, noch van het negatieve antwoord van het Auditoraat zou in het onderzoeks dossier enig spoor terug te vinden zijn.

46. De heer Geert De Poorter is gehoord op de zitting van de Raad van 28 april 2011, waar hij, zowel als vertegenwoordiger van het FAVV als in eigen naam, op eigen initiatief verklaringen heeft afgelegd en vervolgens ondervraagd is door de auditeur, de betrokken ondernemingen die dit wensten, en de Raad.

Op een enkele geïsoleerde verklaring na, heeft hij geen verklaringen afgelegd waartegen de betrokken ondernemingen gemeend hebben zich te moeten verweren in hun schriftelijke opmerkingen na de zitting van 28 april 2011. Integendeel, de betrokken ondernemingen beroepen zich voor hun verdediging op de verklaringen van de heer Geert De Poorter.

In die omstandigheden kan niet aangenomen worden dat de betrokken ondernemingen door het horen van de heer Geert De Poorter in de procedure voor de Raad in een minder gunstige toestand zouden verkeren dan wanneer een schriftelijke neerslag zou zijn opgesteld en in het onderzoeks dossier zou zijn opgenomen van zijn verhoor tijdens het onderzoek.

47. Wegens het ontbreken van een proces-verbaal van het verhoor van de heer Geert De Poorter tijdens het onderzoek, kan niet nagegaan worden of de vervolgende instantie, het Auditoraat dus, in de persoon van de bevoegde auditeur, zich ingevolge de mondelinge verklaringen van de heer Geert De Poorter een oordeel heeft kunnen vormen met betrekking tot de vraag of de praktijken die hij in het verslag aan de betrokken ondernemingen verwijt, in strijd zijn met het verbod op restrictieve mededingingspraktijken.

Die omstandigheid is echter niet van belang in verband met de eerbiediging van het recht van verdediging.

De auditeur beroept zich niet op hetgeen de heer Geert De Poorter tijdens het onderzoek ten laste van de betrokken ondernemingen zou hebben verklaard. Hij zou dit overigens niet kunnen, omdat hij het bewijs ervan niet kan leveren.

In zoverre de verklaringen van de heer Geert De Poorter en het FAVV tijdens het onderzoek minder gunstig zouden zijn geweest voor de betrokken ondernemingen dan deze tijdens de hoorzitting van 28 april 2011, hebben de betrokken ondernemingen alleen baat bij het feit dat nagelaten werd tijdens het onderzoek proces-verbaal op te stellen.

48. Het feit dat tijdens het onderzoek niet zou zijn ingegaan op het verzoek van de gedelegeerde bestuurder van het FAVV om te worden gehoord is niet van dien aard dat het recht van verdediging van de betrokken ondernemingen zou zijn geschonden. Er is geen reden om aan te nemen dat de gedelegeerde bestuurder andere inlichtingen zou hebben verstrekt dan de heer Geert De Poorter. Overigens is hij afwezig gebleven op de hoorzitting voor de Raad van 28 april 2011, hoewel het FAVV met toestemming van de Raad was uitgenodigd om te worden gehoord, zonder dat de betrokken ondernemingen tegen zijn afwezigheid bezwaar hebben gemaakt.

49. De stelling van bepaalde betrokken ondernemingen, luidens welke de ontstentenis van proces-verbaal van het horen van de heer De Poorter tijdens het onderzoek, en het ontbreken van een spoor in het onderzoeksdossier van het verzoek van de gedelegeerde bestuurder van FAVV om te worden gehoord en van de reactie van de auditeur op dat verzoek, de geldigheid van het onderzoek aantast, kan dan ook niet onderschreven worden.

50. In ruimere zin maken sommige ondernemingen gebruik van de omstandigheid dat geen proces-verbaal is opgesteld van het verhoor van de heer Geert De Poorter tijdens het onderzoek, en van het feit dat niet zou zijn ingegaan op het verzoek van de gedelegeerde bestuurder van het FAVV zonder dat van dat verzoek en de weigering erop in te gaan een schriftelijke neerslag in het dossier is gelaten, om te doen gelden dat het onderzoek selectief zou zijn gebeurd, dat het onderzoekdossier op die grond onvolledig is, en dat het resultaat van het onderzoek onbetrouwbaar zou zijn.

Er wordt echter niet aangevoerd, laat staan bewezen, dat uit de wijze waarop het onderzoek in zijn geheel is gevoerd, en uit de wijze waarop auditeur en onderzoeker met het bewijs zijn omgegaan, zou blijken dat de auditeur systematisch gegevens ter ontlasting van de betrokken ondernemingen bewust niet nader zou hebben onderzocht of naast zich zou hebben neergelegd.

51. Sommige betrokken ondernemingen, meer bepaald runderslachthuizen, doen gelden dat hun recht van verdediging zou zijn geschonden op grond van de overweging dat zij niet zijn verhoord tijdens het onderzoek.

In beginsel wordt aan de onderneming tegen welke een onderzoek gevoerd wordt, een verzoek om inlichtingen gezonden en worden zij, in voorkomend geval, mondeling gehoord door de auditeur.

In de voorliggende zaak was de hoedanigheid van runderslachthuis voor de auditeur kennelijk van doorslaggevende betekenis om tot het besluit te komen dat de onderneming in kwestie had deelgenomen aan de mededingingsbeperkende praktijk, zoals hij zich volgens de auditeur heeft afgespeeld. Kennelijk heeft hij het niet nodig geoordeeld hen te ondervragen tijdens het onderzoek.

Het recht van verdediging van de betrokken ondernemingen is nageleefd nu zij de gelegenheid hebben gehad zich schriftelijk en mondeling te verweren voor de Raad.

52. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat het onderzoek rechtsgeldig is gevoerd en dat het recht van verdediging van de betrokken ondernemingen is nageleefd.

## IV. Gegevens die voor de beoordeling door de Raad relevant zijn

### 4.1. Historiek

53. In de jaren 1990 werd Groot-Brittannië getroffen door een uitbraak van BSE waardoor de Europese Unie verschillende beschikkingen uitvaardigde tegen BSE. In 1997 neemt België de eerste spoedmaatregelen ter bescherming tegen BSE. In november 2000 heeft de Europese Unie de lidstaten bepaalde verplichtingen opgelegd met betrekking tot de uit te voeren BSE testen. Aangezien een deel van de testen reeds dienden te worden uitgevoerd vanaf 1 januari 2001 werd de organisatie in de lidstaten dringend.

54. Het FAVV heeft de nodige stappen gezet om de door de Europese Unie opgelegde verplichtingen te kunnen naleven. Er diende gezocht te worden naar laboratoria die de nodige testen zouden kunnen uitvoeren rekening houdend met de tijdsdruk, de hoeveelheid monsters die getest dienden te worden en de nood aan kwaliteit van het gevoerde onderzoek. Het FAVV heeft er eind 2000-begin 2001 voor gekozen om enkel die laboratoria, die reeds een toelating hadden voor een soortgelijke techniek (een viertal), de BSE testen te laten uitvoeren. Deze groep zou later worden uitgebreid tot een totaal van 19 laboratoria. Het tarief voor het onderzoek van de monsters werd bepaald door de overheid.

55. Tot en met juni 2004 werd het systeem van de verdeling van de monsters door het FAVV in handen gehouden. Eind 2003 liet het FAVV aan de slachthuizen en laboratoria weten dat het FAVV niet langer zou voorzien in de precieze organisatie van de verdeling van de monsters en het verplichtte de laboratoria en de slachthuizen om op dit punt een regeling uit te werken die van kracht werd vanaf juni 2004.

56. Later werd een Europese aanbestedingsprocedure ingericht, en sinds 6 september 2004 zijn er nog vier laboratoria actief op de markt, die verschillende prijzen voor BSE tests hanteren.

### 4.2. De verklaringen van het FAVV

57. In stukken van het onderzoeksdossier en uit verklaringen ter hoorzitting blijkt dat het FAVV volgende toelichting heeft verschaft over de missie van het FAVV en zijn Bestuur Laboratoria, de wettelijke basis voor de BSE testen, de aanpak in België door het FAVV en de evolutie van de prijzen van de BSE testen.

58. Samenvattend heeft het FAVV verklaard dat er met betrekking tot de BSE testen een centrale aansturing was door het FAVV. De BSE testen werden uitgevoerd in het kader van de volksgezondheid en in het algemeen belang. Ieder laboratorium dat erkend was door het FAVV kon BSE testen uitvoeren. De prijszetting gebeurde door het FAVV, dat een billijk evenwicht tussen dienstverlening en kwaliteit, enerzijds, en prijs, anderzijds, heeft nagestreefd, rekening houdend met de kosten van alle erkende laboratoria, al hadden sommigen hogere kosten dan andere erkende laboratoria. Er werd geen bestendige relatie toegestaan tussen het slachthuis dat het monster aanleverde en het laboratorium dat het monster onderzocht, en dit met het oog op de kwaliteitscontrole. Ieder laboratorium voerde min of meer hetzelfde aantal testen uit.

59. Uit gegevens verstrekt door het FAVV kan worden vastgesteld dat in de periode van 1 januari 2000 tot 6 september 2010 de prijzen in dalende lijn gingen:

- vanaf 1 januari 2001: 99,16 euro
- vanaf 1 februari 2001: 76,85 euro
- vanaf 1 april 2001: 52,06 euro
- vanaf 16 januari 2004: 42,00 euro
- vanaf 1 juli 2004: 31,90 euro

- vanaf 1 juli 2005: 26,95 euro
- vanaf 1 oktober 2006: 25,95 euro
- vanaf 1 januari 2009: 19 euro
- vanaf 1 januari 2010: 16 euro

60. Verder stelt het FAVV dat er in beginperiode (2001-2004) overleg werd gepleegd tussen het FAVV en de BSE laboratoria over de verdeling van de monsters, maar dat het zich nooit heeft laten beïnvloeden om een vaste relatie tot stand te laten komen tussen bepaalde slachthuizen en laboratoria. Het objectief was steeds dat ieder laboratorium op het einde van het kalenderjaar een min of meer zelfde aantal BSE testen diende te hebben uitgevoerd.

61. Het FAVV heeft verder verklaard dat er een Europese aanbesteding is uitgevoerd waarbij vier Belgische laboratoria werden geselecteerd, en waaraan geen enkel in het buitenland gevestigd laboratorium heeft deelgenomen. In deze Europese aanbesteding was voorzien dat de verdeelkalender aangepast kan worden, door het Bestuur Laboratoria van het FAVV. Sinds 6 september 2010 zijn er vier laboratoria op de markt, die verschillende prijzen voor BSE testen hanteren.

## V. Beoordeling door de Raad.

### 5.1. Inleiding

62. Artikel 101 (1) VWEU en artikel 2, § 1 WBEM verbieden overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen die de mededinging merkbaar beperken. Zoals uit de hierna volgende overwegingen moge blijken, is het niet mogelijk om in deze zaak, op grond van het voorliggende dossier, tot de vaststelling te komen dat de toepassingsvoorwaarden voor deze verbodsbepalingen voorhanden zijn.

### 5.2. Wat betreft de grief van prijsafspraken

63. De overheid, het FAVV, heeft er van in het begin voor gekozen om de volledige organisatie van de BSE testen zelf in handen te nemen.

Uit de regelgeving en haar concrete toepassing blijkt dat het FAVV alle spelregels met betrekking tot het uitvoeren van BSE testen bepaalde, en daarbij de laboratoria bij het vervullen van de hen opgedragen taken geen enkele vrijheid heeft gelaten.

De uitgewerkte procedure dekt de volledige weg vanaf het slachten van het dier, over het nemen van het monster en het uitvoeren van de testen, tot het meedelen van de resultaten en de facturatie van de uitgevoerde diensten. Door het FAVV werd ook toegezien op het respecteren van ieder onderdeel van de procedure, waarbij voor iedere miskenning van een onderdeel van de procedure in bepaalde sancties werd voorzien. Dit alles was ingegeven door de opdracht waarmee het FAVV is belast en het beoogde doel van de uit te voeren BSE testen, namelijk de bescherming van de volksgezondheid.

64. Het FAVV heeft aldus onder meer gebruik gemaakt van de wettelijke mogelijkheid om eenzijdig een uniforme prijs voor de uitvoering van de BSE testen te bepalen die gold voor alle deelnemende laboratoria. De laboratoria konden dus niet onderhandelen over de prijs, noch met het FAVV, noch met de runderslachthuizen. Bovendien kreeg elk laboratorium een gelijk deel van de vraag toegewezen.

Waar er geen onderlinge mededinging tussen de BSE laboratoria mogelijk was, was er geen mededinging die voor beperking in aanmerking kwam, in de zin van artikel 101 (1) VWEU en artikel 2 WBEM.



65. Het verslag maakt gewag van de gezamenlijke strategie van de BSE laboratoria om de prijs te beïnvloeden en van het uitwisselen, tussen de BSE laboratoria, van gevoelige informatie.

Zo kan in het verslag van de auditeur onder meer het volgende gelezen worden (met weglating van (de verwijzingen naar) de voetnoten; ook de weglatingen tussen [...] zijn van de Raad):

*“173. In 2005 diende er een evaluatie te gebeuren van de kostprijs voor de BSE analyse. Het F.A.V.V. deed navraag bij alle laboratoria over hun kostprijs voor het uitvoeren van de BSE analyses.*

*174. Vooraleer de vraag van de heer De Poorter te beantwoorden wordt er door de laboratoria via mail gecommuniceerd over hoe men op de vraag van het F.A.V.V. moet antwoorden. De heer [...] stuurt hierop een mail naar alle BSE laboratoria waarin hij erop aandringt om de antwoorden niet te veel te laten afwijken. Hij stelt voor om de antwoorden te centraliseren met het oog op het doorvoeren van eventuele correcties om al te grote verschillen in de antwoorden uit te vlakken. Het is de bedoeling om ervoor te zorgen dat er geen prijsvermindering komt. Er wordt een kostprijs van 30 euro vooropgesteld. Een lagere kostprijs zou kunnen leiden tot een vermindering van de prijs wat voor niemand wenselijk is.*

*175. Op 26 mei 2005 ontmoeten de BSE laboratoria elkaar in het Sofitel te Brussel. [...] vermoedt dat De Poorter de prijs met 10 euro naar omlaag zou willen krijgen. Tijdens de vergadering werd er verder gezocht naar argumenten om een verdere prijsdaling tegen te gaan.*

*176. Tijdens een vergadering tussen het F.A.V.V. en de afgevaardigden van de laboratoria op 15 juni 2005 worden de resultaten van de kostprijsanalyse besproken. Er worden grote verschillen tussen de laboratoria vastgesteld. De heer De Poorter formuleert op basis van de verzamelde gegevens een nieuw prijsvoorstel, in eerste instantie, van 25 euro later van +/- 28 euro. Een winstmarge van 5% is volgens hem meer dan voldoende. Naar aanleiding van deze vergadering wordt een nieuwe vergadering met alle laboratoria georganiseerd op 21 juni 2005. Er wordt overeengekomen dat [...] de heer De Poorter zal proberen te overtuigen dat een prijsdaling van 31,90 euro naar +/- 28 euro niet aanvaardbaar is.*

*177. De volgende vergadering tussen het F.A.V.V. en de vertegenwoordigers van de Laboratoria is op donderdag 30 juni 2005. Op deze vergadering wordt een nieuw prijsvoorstel geformuleerd van 26,95 euro per test (excl. BTW). [...] vraagt de laboratoria zo snel mogelijk te laten weten of zij akkoord gaan met het principeakkoord.*

*178. Vanaf 1 juli 2005 treedt een nieuw principeakkoord in werking onder andere met betrekking tot de tarieven. De afgesproken prijs van 26,95 euro per test (excl. BTW) blijft gelden tot 30 september 2006.”*

66. Voor een goed begrip van dit citaat kan worden aangestipt, zoals vermeld in randnummer 59 hierboven, dat de door het FAVV vastgestelde prijs 31,90 euro bedroeg vanaf 1 juli 2004, en 26,95 euro vanaf 1 juli 2005. De feiten die in het citaat gerelateerd worden, hebben betrekking op de periode tussen deze beide data.

67. Voor alle duidelijkheid moet herhaald worden, dat in tegenstelling tot hetgeen de in de aangehaalde passage gebruikte bewoordingen zouden kunnen laten uitschijnen, de prijszetting eenzijdig door het FAVV gebeurde. Waar er sprake is van een “principeakkoord” is bedoeld dat het punt was bereikt waarop het voor de BSE laboratoria geen zin meer had om er bij het FAVV in de persoon van de heer Geert De Poorter op aan te dringen af te zien van het voornemen van de FAVV om de prijs op een bepaald peil (in dit geval 26,95 euro) te bepalen, na raadpleging van de BSE laboratoria.

68. De contacten die in het citaat zijn weergegeven, zijn mededingingsrechtelijk niet laakbaar. Deze ondernemingen wisten dat zij de prijs voor hun dienstverlening met betrekking tot de BSE testen niet

zelf konden bepalen. Bijgevolg konden hun onderlinge contacten niet van dien aard zijn dat zij een prijsverhogend effect konden hebben.

De bedoelde contacten werden ten andere door het FAVV aangemoedigd. Het FAVV wenste uitdrukkelijk een gemeenschappelijk standpunt van de laboratoria te kennen, mede omdat het rekening wilde houden met de kostenstructuur van elk BSE laboratorium. Dit was op dat ogenblik de beleids optie van het FAVV, in het belang van de volksgezondheid.

Overigens blijkt uit de aangehaalde randnummers van het verslag dat inspanningen van de BSE laboratoria op het vlak van lobbying niet erg succesvol waren: waar zij zelf 30 euro vooropstelden, 28 euro niet aanvaardbaar noemden, komt het FAVV uit op 26,95 euro.

Het is ten slotte niet waarschijnlijk dat FAVV de prijs op een nog lager peil zou hebben gesteld zonder de lobbying. FAVV had immers alle controlemiddelen ter beschikking om de werkelijke kosten van alle betrokken BSE laboratoria te kennen, in de veronderstelling dat één of ander laboratorium in de mededeling van zijn kosten aan het FAVV niet waarachtig zou zijn geweest en deze hoger zou hebben voorgesteld dan zij in werkelijkheid waren, met de bedoeling de prijs van de test op te drijven.

69. Vanuit het oogpunt van het uitwisselen van gevoelige informatie kan het volgende overwogen worden. Andermaal is doorslaggevend dat artikel 101 VWEU en artikel 2 WBEM geen toepassing kunnen vinden op een toestand waarin een wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid voor concurrerend gedrag door ondernemingen uitsluit. De BSE laboratoria konden niet autonoom hun gedrag met betrekking tot de prijszetting van de BSE testen bepalen. Het doet in deze zaak dan ook mededingingsrechtelijk niet ter zake dat zij gegevens met elkaar uitwisselden waarvan de kennis, in een concurrentiële relatie, onzekerheden over het door de betrokken ondernemingen voorgenomen gedrag had kunnen wegnemen, en om die reden mededingingsbeperkend zou zijn geweest.

### 5.3. Wat betreft de grief van geografische marktverdeling

70. De BSE laboratoria hebben de markt niet verdeeld door onderling klanten toe te wijzen, meer bepaald door af te spreken wie welke klanten voor zijn rekening neemt, of door af te spreken wie welk gebied voor zijn rekening neemt. FAVV is immers de enige klant van de BSE laboratoria, die hun gepresteerde diensten factureren aan het FAVV.

Wel is het zo dat er een verdeling van de stalen tussen de verschillende laboratoria gebeurde via het toewijzen van geografische gebieden aan de deelnemende laboratoria. De runderslachthuizen zijn evenwel niet de klanten van de laboratoria. Zij zijn alleen een retributie verschuldigd aan de overheid. De regeling waar het verslag tegen opkomt is niet meer dan een praktische afspraak over de logistieke organisatie van de ophaling van de monsters in opdracht en voor rekening van het FAVV.

71. Overigens was deze organisatorische regel het gevolg van de beslissing van het FAVV om alle BSE laboratoria een gelijk deel van de te analyseren monsters toe te kennen, en geen overeenkomst tussen de BSE laboratoria.

Dat was ook het geval in de periode van 1 juli 2004 tot april 2009, gedurende welke het FAVV de praktische afspraak over de logistieke organisatie van de ophaling van de stalen aan de BSE laboratoria zelf heeft toevertrouwd. Het betrof een delegatie van die taak door het FAVV aan de BSE laboratoria, die overigens volgens dezelfde regel van gelijke verdeling van het aantal stalen uitgevoerd moest worden.

#### 5.4. Beweerde gelijkschakeling van andere concurrentievoorwaarden door BSE laboratoria

72. Volgens het verslag zouden de BSE laboratoria mededingingsbeperkende afspraken hebben gesloten over de uitvoeringstermijn van de BSE testen en de toeslag voor het uitvoeren van BSE testen tijdens het weekend.

Ook deze voorwaarden werden echter door het FAVV bepaald, zodat concurrentie tussen de BSE laboratoria uitgesloten was.

#### 5.5. Wat betreft de betrokkenheid van de FEBEV en de runderslachthuizen bij een geografische marktafbakening en bij gelijkschakeling van andere marktvoorwaarden

73. Evenmin als er sprake was van een geografische marktverdeling en gelijkstelling van concurrentievoorwaarden, strijdig met de regels van mededingingsrecht, waarbij de BSE laboratoria betrokken zouden zijn geweest, was er sprake van deze beperkingen van de mededinging waarbij ook de FEBEV en de runderslachthuizen betrokken waren.

## VI. Besluit

74. De kamer van de Raad kan na ontvangst van het verslag van de auditeur betreffende onder meer een ambtshalve onderzoek, bij een met redenen omklede beslissing verklaren dat op grond van de gegevens die haar bekend zijn er voor haar geen aanleiding bestaat om op te treden (art. 51 WBEM). Hiermee is bedoeld dat de Raad van oordeel is dat er geen reden is om een inbreuk op het verbod van mededingingsbeperkende overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen uit te spreken, en daaraan gevolgen te verbinden zoals een verbod en een geldboete.

Gelet op voorgaande motieven bestaat er voor de Raad geen aanleiding om op te treden in deze zaak.

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

- Zegt dat er op grond van de gegevens die hem bekend zijn geen aanleiding bestaat om op te treden op grond van het verslag door de auditeur ingediend in de zaak MEDE-I/O-09/0001.

Aldus beslist en uitgesproken door de Tweede kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging en van de Tweede kamer van de Raad, Christian Huveneers, ondervoorzitter van de Raad, en Kris Boeykens op 27 augustus 2013.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt aan de betrokken ondernemingen die aanwezig waren op de hoorzittingen van de Tweede kamer van de Raad voor de Mededinging, aan het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (FAVV), aan de heer Geert De Poorter, en aan de Minister die de Economie in zijn bevoegdheid heeft.