

BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

Auditoraat

Beslissing nr. BMA-2015-P/K-10-AUD van 31 maart 2015

MEDE-P/K-02/0073: [x] tegen Omega Pharma N.V.

I. Procedure

1. Apotheker [x] diende met zijn brief van 20 november 2002 (ontvangen op 21 november 2002) een klacht in bij de toenmalige Raad voor de Mededinging.¹ De klacht was gericht tegen Omega Pharma NV en had betrekking op de vermeende schending van artikel 3 van de toenmalige Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna “oude WBEM”).
2. De klacht werd geregistreerd onder het nummer MEDE-P/K-02/0073.
3. Tijdens de onderzoeksperiode is op 1 oktober 2006 de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (B.S. van 29 september 2006) (hierna “nieuwe WBEM”) in werking getreden. De nieuwe WBEM verving de oude WBEM. Op 6 september 2013 traden Boek IV “Bescherming van de mededinging” en Boek V “De mededinging en de prijsevoluties” van het Wetboek van Economisch Recht in werking (B.S. 6 september 2013, blz. 63089 e.v.). Deze boeken vervangen de nieuwe WBEM.
4. Het artikel 22 paragraaf 1 van boek V titel 2 Hoofdstuk 4 voorziet dat de procedurehandelingen verricht overeenkomstig de oude WBEM en de nieuwe WBEM van kracht blijven met het oog op de toepassing van boek IV van het Wetboek van Economisch Recht.

¹ Klacht nr MEDE-P/K-02/0073 d.d. 21 / 11/ 2002: onderzoeksdossier blz. 1-66

II. Betrokken partijen

5. De klager in de procedure is [x] (hierna “klager”), apotheker, [...]
6. De oorspronkelijke klacht is gericht tegen Omega Pharma NV (hierna “Omega Pharma”), Venecoweg 26, 1981 Nazareth.
7. Omega Pharma is gespecialiseerd in voorschrijfvrije geneesmiddelen en in verzorgings- en gezondheidsproducten. Tot 2009 was Omega Pharma ook actief als leverancier van grondstoffen en verpakkingsmateriaal voor apotheken.
8. Omega Pharma had in 2000 de in 1990 opgerichte en in deze sector actieve onderneming Fagron Farmaceuticals BV overgenomen en geïntegreerd in Omega Pharma². In 2006 ontstond vervolgens Arseus als ééngemaakte groep binnen Omega³ waarbij Fagron deel uitmaakte van Arseus. Op 5 oktober 2007 werd Arseus NV (hierna “Arseus”) zelfstandig door middel van een beursnotering op de beurs van zowel Brussel als Amsterdam⁴. Op 25 november 2009 werd de participatiemaatschappij Waterland Private Equity Investment BV (hierna “Waterland”) de referentieaandeelhouder van Arseus⁵. Arseus-Fagron was tot 2009 een onderdeel van Omega Pharma en werd toen door Waterland overgenomen. Omega Pharma is sindsdien niet langer actief als leverancier van grondstoffen en verpakkingsmaterialen voor apotheken.

² Zie jaarverslag Arseus NV 2008 blz 15 (dossier blz. 1351) en website Arseus i.v.m. Raad van Bestuur - Gerardus van Jeveren (afdruk van 13/2/13: zie dossier blz. 1356)

³ Zie voetnoot hierboven i.v.m. Gerardus van Jeveren en artikel De Standaard op 22/9/07: “De bedenkers van Arseus” (dossier blz. 1335)

⁴ Zie gezamenlijk persbericht van Arseus, Omega Pharma en Waterland op 9/11/09 (dossier blz. 1352) – en zie ook Arseus jaarverslag 2008 blz. 4 (dossier blz. 1340)

⁵ Zie gezamenlijk persbericht van Arseus, Omega Pharma en Waterland van 9/11/09: dossier blz. 1352-1354

III. De klacht

9. Op 21 november 2002 diende klager bij de toenmalige Raad voor de Mededinging een klacht in tegen Omega Pharma wegens vermeend misbruik van machtspositie. Hierbij kan worden opgemerkt dat klager in zijn klacht de uitdrukking “misbruik van monopolie” gebruikte maar in de klacht zelf verwees naar artikel 3 oude WBEM en in zijn brief van 11 november 2004 (dossier blz 80) bevestigt dat hier niet “monopolie” maar “machtspositie” moet gelezen worden zoals in artikel 1 en 3 oude WBEM. In dezelfde brief specificeert hij dat de klacht betrekking heeft op artikel 3 paragrafen a en b oude WBEM en niet op paragraaf c zoals verkeerdelijk in de klacht vermeld stond. Als bijlage bij zijn klacht voegde klager een brief toe die hij op 16 oktober 2001 had gestuurd naar de toenmalige Dienst Prijzen en Mededinging en die dezelfde problematiek behandelde.
10. De klacht kan als volgt samengevat worden:

Het aangevoerde misbruik betreft de prijszetting en de veronderstelde inkrimping van het gamma door Omega Pharma van grondstoffen die gebruikt worden in apotheken die opengesteld zijn voor het publiek, en van verpakkingsmaterialen zoals glazen flessen en plastic recipiënten. Op deze markten zou Omega Pharma een machtspositie innemen.

Het misbruik zou bestaan in het verhogen van de prijzen van de grondstoffen en van het verpakkingsmateriaal, *“met gemiddeld 12 tot 15%, en in sommige gevallen zelfs met meer dan 100%”,* en dit vaak voorafgegaan *“door het al of niet artificieel creëren van een schaarste op de aankoopmarkt, zowel qua grondstoffen als qua verpakkingsmaterialen”* (citaten uit de klacht van 20 november 2002).

De prijsstijgingen zouden zich voordoen *“onmiddellijk na de start van haar overname politiek om de concurrentiele firma’s op de markt op te kopen”* (citaat uit de klacht van 20 november 2002).

De praktijk van Omega Pharma waartegen de klacht ageert wordt o.a. als volgt omschreven: *“(…) het gamma wordt drastisch uitgedund, het aanbod vertaalt zich nog enkel naar producten met hoge omzet, en de politiek van de firma is er op gericht om slechts 1 referentie per entiteit over te houden, zodat alle concurrentie wordt uitgesloten”* (citaat uit de klacht van 20 november 2002).

PUBLIEKE VERSIE

De klager stelt dat Omega Pharma haar zeer sterke positie in de sector bereikt heeft na een lange reeks overnames van concurrenten. Verder worden in de klacht voorbeelden gegeven van de bedoelde prijsstijgingen in de periode 2001-2002.

Klager stelt eveneens dat het duurder maken van de grondstoffen en het verschraken van het aanbod van verpakkingsmateriaal op termijn de magistrale- en officinale huisbereidingen zullen doen inkrimpen en wegwijnen.

IV. Procedure verloop

11. In de eerste jaren na de neerlegging van de klacht werd deze onderzocht via onder meer briefwisseling met de klager, de verweerder en met andere actoren in de sector.⁶ Klager gaf in het kader van deze briefwisseling bijkomende voorbeelden van belangrijke prijsstijgingen in 2004. De laatste procedurehandeling in die onderzoeksperiode betreft uitwisseling van twee mails tussen het Auditoraat en klager op 18 maart 2005.
12. Op 10 december 2010 nam het Auditoraat beslissing 2010-P/K-51-AUD waarin verwijzend naar artikel 88 §1 en §2 van de nieuwe WBEM, vastgesteld wordt dat er de laatste vijf jaar geen onderzoeksdaden verricht zijn en dat de klacht is verjaard en bijgevolg geseponeerd wordt.⁷
13. Klager stelde bij schrijven d.d. 6 januari 2011, toegekomen op de griffie van de Raad voor de Mededinging op 10 januari 2011, beroep in tegen de hierboven vermelde seponeringsbeslissing van het Auditoraat.⁸
14. Op 21 april 2011 deed de Raad voor de Mededinging in haar beslissing 2011-P/K-13 de aangevochten beslissing van het Auditoraat teniet en verwees de zaak opnieuw naar het Auditoraat voor onderzoek en verslag aan de kamer van de Raad voor de Mededinging.⁹ Hierbij stelde de Raad: *“De regel volgens welke de verjaringstermijn niet kan beginnen lopen voor het beëindigen van de inbreuk, moet toepassing vinden. In de aangevochten beslissing kon niet tot verjaring worden beslist zonder schending van deze regel.”*
15. Op 23 april 2012 stuurde klager een brief aan de toenmalige Raad voor de Mededinging waarin hij stelde dat de Raad *“officieel in gebreke [is] wegens schuldig verzuim, om rede van het feit dat het nu exact één jaar is geleden dat de Raad haar beslissing nr. 2011-P/K-13 van 21 april heeft genotifieerd, en dat sindsdien naar mijn weten geen enkele onderzoeksdaad nog heeft plaatsgevonden.”*¹⁰ De Voorzitter van de Raad voor de Mededinging antwoordt op 7 mei 2012 dat zowel hijzelf als de algemene vergadering en

⁶ Zie dossier blz. 68-957

⁷ Beslissing 2010-P/K-51-AUD van het Auditoraat d.d. 10/12/2010: dossier blz. 981-982 en 983-984

⁸ Schrijven d.d. 6 januari 2011 van [x] ter inleiding van Beroep tegen sepotbeslissing 2010-P/K-51-AUD: dossier blz. 987-992

⁹ Beslissing 2011-P/K-13 van de Raad d.d. 21/04/2011: dossier blz. 1008-1014 en 1024-1030

¹⁰ Schrijven van [x] d.d. 23 april 2012: dossier blz. 1031-1033

PUBLIEKE VERSIE

de kamers van de Raad geen initiatief kunnen nemen. Hij wijst er op dat de zaak verwezen is naar het Auditoraat.¹¹

Op 12 november 2014 stuurde klager opnieuw een brief aan de – inmiddels opgeheven - Raad voor de Mededinging waarin hij stelde dat de Raad voor de Mededinging opnieuw *“officieel in gebreke [is] wegens schuldig verzuim”*¹².

16. Gevolg gevend aan de beslissing van de toenmalige Raad voor de Mededinging heeft het Auditoraat het onderzoek hervat.

¹¹ Schrijven van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging d.d. 7 mei 2012: dossier blz. 1034

¹² Schrijven van [x] d.d. 12 november 2014: dossier blz. 1035-1047 (voor niet-hernomen bijlagen: zie verwijzingen in index van onderzoeksdossier)

V. In rechte

V.1. *Ontvankelijkheid*

V.1.1. Oorspronkelijke klacht

V.1.1.1. Toepassingsgebied

17. Op 20 november 2002 heeft klager bij de Raad voor de Mededinging op grond van de oude WBEM een klacht tegen Omega Pharma bij de griffie van de Raad ingediend in toepassing van artikel 2 para 1 van het K.B. van 22 januari 1998. Deze klacht werd geregistreerd onder het nummer Mede-PK-02/0073.

18. In het kader van de ontvankelijkheidsanalyse volstaat het vast te stellen dat de aangeklaagde feiten mogelijks tot de vaststelling van een inbreuk op de Belgische en Europese mededingingsregelgeving kunnen leiden.

V.1.1.2. Rechtstreeks en dadelijk belang

19. Omega Pharma maakt volgens klager misbruik van haar machtspositie door prijzen van grondstoffen die gebruikt worden onder meer in de apotheken die openstaan voor het publiek met gemiddeld 12 tot 15% en in sommige gevallen tot 100% te doen stijgen. Als apotheker heeft klager er een nadeel bij dat grondstoffen systematisch duurder gemaakt zouden worden en verder dat er een verschraling is van het aanbod . Om die redenen is voldaan aan deze voorwaarde.

V.1.1.3. Het begrip onderneming

20. De klacht is gericht tegen de NV Omega Pharma met maatschappelijke zetel te Venecoweg 26, 1981 Nazareth. Omega Pharma is te beschouwen als een onderneming in de zin van de WBEM aangezien ze een economische activiteit uitoefent.

Zoals eerder gesteld (zie supra) is Omega Pharma gespecialiseerd in voorschrijfvrije geneesmiddelen en in verzorgings- en gezondheidsproducten. Tot 2009 was Omega Pharma ook actief als producent en leverancier van grondstoffen en verpakkingsmateriaal voor onder andere apotheken.

PUBLIEKE VERSIE

21. Echter, sinds 2009 is Omega Pharma niet langer actief als producent en leverancier van grondstoffen voor apotheken zodat de klacht tegen haar zonder voorwerp geworden is.¹³

V.1.2. Uitbreiding van de klacht

22. Klager heeft in 2002 een klacht ingediend tegen Omega Pharma wegens misbruik van machtspositie, en heeft deze klacht in 2011 willen uitbreiden naar Arseus.

23. In aansluiting bij zijn klacht stelde klager in zijn brief van 1 april 2011 aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dat hij zo nodig ook Arseus NV wou betrekken in de klacht met de volgende bewoordingen: *“Mocht (...) mijn aanklacht (...) tegen de firma Omega Pharma NV, geweigerd en/of afgewezen worden voor behandeling door de Raad voor de Mededinging, dan wens ik, in ondergeschikte orde, mijn klacht tegen Omega Pharma NV aan te passen om ze tegen de firma Arseus NV te laten noteren.”*

24. De vraag tot aanpassing van de klacht naar Arseus in 2011 gebeurde bij de Raad. Klager vroeg deze aanpassing in zijn aanvullende brief van 1 april 2011 de Raad, diens Voorzitter en griffie. Hij herhaalde hierbij de belangrijkste elementen uit zijn beroep met o.a. de prijsverhogingen die Arseus doorvoerde in 2008, 2009 en 2010.

25. Arseus NV biedt diagnostische en therapeutische oplossingen en levert systemen voor patiëntenmonitoring en behandeling in kritische en subkritische zorg en treedt eveneens op als producent en leverancier voor grondstoffen voor apotheken. Arseus NV is te beschouwen als onderneming in de zin van de WBEM aangezien ze een economische activiteit uitoefent. Sinds 15 december 2014 veranderde de benaming van Arseus NV in Fagron NV.¹⁴

¹³ Zie gezamenlijk persbericht van Arseus, Omega Pharma en Waterland van 9/11/09: dossier blz. 1352-1354

¹⁴ De Tijd 26/12/14 (<http://www.tijd.be/beurzen/Fagron.60194088> - dossier blz. 1359)
“26.12.14 - Fagron

De Buitengewone Algemene Vergadering van de vennootschap ARSEUS N.V., gehouden op 12/12/2014, heeft besloten om haar maatschappelijke benaming te wijzigen in FAGRON vanaf 01/01/2015. Bijgevolg zal vanaf 02/01/2015 de productnaam en het handelssymbool van de gewone aandelen als volgt gewijzigd worden: Nieuwe productnaam: FAGRON - ISIN code: BE0003874915 - Euronext code: BE0003874915 - Nieuw handelssymbool: FAGR”

PUBLIEKE VERSIE

26. Echter, volgens artikel 45 paragraaf 1 van de WBEM van 2006 dienden klachten bij het Auditoraat te worden ingediend en niet langer bij de Raad.

V.1.3. Conclusie

27. Vanaf het moment dat Omega Pharma niet meer actief is als producent en leverancier van grondstoffen voor apotheken is de klacht tegen Omega Pharma zonder voorwerp geworden.

28. De aanvulling op de klacht van 2011 diende bij het Auditoraat te worden ingediend, en niet langer bij de Raad, diens Voorzitter of griffie. De aanvulling op de klacht dient bijgevolg als onontvankelijk te worden beschouwd.

V.2. *Gegronde karakter van de klacht*

29. Over de gegrondheid van de klacht dient geen uitspraak te worden gedaan, om de redenen die hierboven zijn uiteengezet.

V.3. *Mogelijkheid tot ambtshalve onderzoek en prioriteitenbeleid*

30. Artikel IV, 41 paragraaf 1, 2° van het Wetboek Economisch Recht geeft het Auditoraat de mogelijkheid ambtshalve een onderzoek naar de praktijken zoals aangegeven door klager te voeren naar de entiteit die de grondstoffen afdeling van Omega Pharma heeft overgenomen. Uiteindelijk heeft het Auditoraat besloten om dit niet te doen, omwille van redenen die verband houden met de criteria die de BMA hanteert voor het bepalen van prioriteiten.

31. Zoals ook bij andere mededingingsautoriteiten het geval is, houdt de BMA rekening met 4 factoren om het belang van een zaak in te schatten : impact, strategisch belang, risico's en middelen. Elk van deze factoren wordt hieronder kort toegelicht.

V.3.1. Impact:

32. In Verzoeken om Inlichtingen¹⁵ verstuurd in 2013 naar Ophaco, 2Pharma, APB, en ABC Chemicals/Vemedia werd hen de vraag voorgelegd naar hoe de omvang van de verpakkings- en grondstoffen markten in België diende te worden ingeschat. 2Pharma antwoordde hierop dat ze er geen idee van had¹⁶, APB stelde dat bij heel ruwe

¹⁵ Zie verzoeken om inlichtingen en antwoorden: dossier blz. 1063-1262

¹⁶ Antwoord 2Pharma van 12/9/13 blz 3- vraag 4: dossier blz. 1085

PUBLIEKE VERSIE

schatting de omvang van de vermelde markten tussen 20 en 32 mio € bedroeg¹⁷, Ophaco antwoordde dat het de omvang van de markten op 14 mio € inschatte¹⁸ en ABC Chemicals/Vemedia¹⁹ had enkel zicht op eigen omzet en beschouwt dit als vertrouwelijk. Er zijn dus weinig betrouwbare gegevens beschikbaar over de precieze omvang van deze markten.

33. In vergelijking met de totale geneesmiddelenomzet in België per jaar die door APB²⁰ op 4,4 miljard € wordt ingeschat, gaat het om een beperkte omzet.
34. In het kader van bijkomend onderzoek werd aan twee apothekersgroepen evenals aan een aantal willekeurige apothekers volgende vragen gesteld: *“Kan u aangeven hoeveel van uw omzet van geneesmiddelenverkoop van het laatste jaar, bij schatting, werd vertegenwoordigd door magistrale en officinale bereidingen? Gelieve dit zowel in percentage als in omzetwaarde (miljoen €) aan te duiden.”*
35. Uit de antwoorden op bovenvermeld verzoek blijkt²¹ dat het percentage van verkoop van magistrale en officinale bereidingen zeer beperkt is in de totaliteit van de geneesmiddelenomzet van de apotheken. Op één apotheker met een zeer beperkte omzet na die aan bijna 8% van zijn omzet komt, valt het percentage van magistrale en officinale bereidingen in de totaliteit van de geneesmiddelenomzet bij alle andere ondervraagde partijen uit tussen 0,75% en 2%. Al bij al lijkt de impact dus gering.

V.3.2. Strategisch belang

36. Producten voor magistrale en officinale bereidingen behoren niet tot een sector die als prioritair wordt beschouwd door de BMA. Verder stelt het Auditoraat vast dat andere

¹⁷ Antwoord APB van 23/9/13 - vraag 5: dossier blz. 1257

¹⁸ Antwoord Ophaco van 21/10/13 blz. 3 - vraag 5: dossier blz. 1215

¹⁹ Antwoord ABC Chemicals / Vemedia van 13/9/13 blz. 4 - vraag 4: dossier blz. 1134 (vertrouwelijk) en 1141 (niet-vertrouwelijk)

²⁰ Antwoord APB van 30/3/15: dossier blz. 1275ter

²¹ Zie antwoorden op verzoeken om inlichtingen:

- Antwoord Ophaco van 13/3/15 - vraag 1: dossier blz. 1233
- Antwoord van Lindeboom - Zorg&Farma van 18/3/15 - vraag 2: dossier blz. 1292
- Antwoord van Apotheek Annaert en Storme van 16/3/15 - vraag 2: dossier blz. 1301
- Antwoorden van Apotheek Baets van 18/3/15 - vraag 2: dossier blz. 1308 en 1311
- Antwoorden van Apotheek De Belie van 6/3/15 en 10/3/15: dossier blz. 1318 en 1320
- Antwoorden van Apotheek A. Geysmans van 20/3/15 - vraag 2: dossier blz. 1326 en 1327
- Antwoord van Apotheek Joris van 12/3/15 - vraag 2: dossier blz. 1333

PUBLIEKE VERSIE

instanties beter geplaatst zijn om het probleem dat wordt aangekaart, te onderzoeken. Dit punt wordt hieronder nader toegelicht.

V.3.3. Risico's

37. De BMA zal minder geneigd zijn om middelen in te zetten ten behoeve van het onderzoek van een inbreuk wanneer het risico reëel is dat het onderzoek geen nuttig resultaat zal opleveren.

38. *In casu* stelt de klager dat Omega Pharma en, bij uitbreiding, de overnemer van activiteiten van levering van grondstoffen en verpakkingsmateriaal voor apotheken een machtspositie bezit. Volgens de klager zou het misbruik bestaan in het buitensporig verhogen van de prijzen van de grondstoffen [en van het verpakkingsmateriaal].

39. Het concept van 'buitensporige prijs' in de zin van artikel 102 VWEU wordt als volgt omschreven door het Hof van Justitie in haar *United Brands* arrest:²² *“een al te grote disproportie (...) tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs.”*

40. Vervolgens heeft het Hof volgende dubbele test uitgewerkt om een buitensporige prijs vast te stellen²³: *“ [...] of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs, zowel absoluut gezien als in vergelijking met de concurrerende producten.”*

41. Precedenten van de BMA²⁴ evenals precedenten van andere mededingingsautoriteiten leren niet enkel dat de standaard voor een onbillijke prijs hoog ligt, maar ook dat de bewijsgaring en -last in deze complex is. Bijgevolg is het risico reëel dat het onderzoek er niet toe zal leiden dat er met voldoende zekerheid een misbruik van machtspositie wordt gevonden in de zin van onbillijke prijzen, zo er al sprake zou zijn van machtspositie.

V.3.4. Middelen

42. In de prioriteitennota staat verder dat de BMA eveneens rekening zal houden met de middelen die noodzakelijk zijn om een onderzoek op te starten of om een onderzoek verder te zetten.

²² Hof van Justitie, arrest van 14 februari 1978, zaak C-27/76, par. 250

²³ Hof van Justitie, arrest van 14 februari 1978, zaak C-27/76, par. 252

²⁴ Beslissing nr. ABC-2014-I/O-19 van 18/07/2014, ow 128 e.v.

43. Het is onmiskenbaar dat onderzoek naar mogelijks onbillijke prijzen aanzienlijke middelen vereist, omwille van de omvang en aard van de informatie die dient te worden opgevraagd en onderzocht, zowel van de onderneming die het voorwerp van de klacht als van haar concurrenten in binnen- en zo nodig ook buitenland.
44. Concreet vereist een onderzoek naar mogelijks onbillijke prijzen onder meer complexe vergelijkingen van de prijzen met de kosten van de leverancier. Bovendien is het aantal producten waarvan klager stelt dat de prijs onbillijk is, groot. Daarnaast is er het risico dat de autoriteit zou optreden als een semi-permanente quasi-regulator.
45. Korthedshalve verwijst het Auditoraat in dit verband naar volgende uittreksels in het werkdocument 'Excessive prices' voorbereid in het kader van de Mededingingscommissie van de OESO d.d. 17 oktober 2011.²⁵ *“Determining whether a specific price is excessive may involve difficult comparisons of prices with costs of production and investment and/or comparisons of the return on invested capital of the firm with the weighted average cost of capital of the sector or similar sectors. Determining whether a price is excessive may also involve comparisons with prices obtained in other markets or other periods that can be used as benchmarks.”*
- Eigen vertaling: *“Bepalen of een specifieke prijs buitensporig is kan moeilijke vergelijkingen van prijzen met kosten van productie en investeringen en/of vergelijkingen van winsten op geïnvesteerd kapitaal van het bedrijf met de gemiddelde kost van kapitaal in the sector of vergelijkbare sectoren vergen. Bepalen of een prijs buitensporig is kan ook vergelijkingen met prijzen verkregen in andere markten of andere periodes vereisen die kunnen gebruikt worden als benchmarks.”*
46. Overweging 15 stelt dat *“The second set of practical difficulties is linked to monitoring the implementation of the remedy over time. Intervening against excessive prices may entail the risk of a competition authority finding itself in the situation of a semi-permanent quasi-regulator. The authority may have to come back time and again to the pricing of the dominant firm when cost or other conditions change in the industry, something that a “generalist” competition authority is much less equipped for than*

²⁵ Rapport "Excessive prices", voorbereid voor het Comité van Mededinging van de OECD van 17 oktober 2011-document DAF/COMP/WP2/WD(2011)54

PUBLIEKE VERSIE

proper regulators with their deep knowledge of and continuous involvement in their industries”.

Eigen vertaling: *“Een tweede reeks van praktische moeilijkheden is verbonden met de monitoring van de tenuitvoerbrenging van remedies over een langere tijd. Tussenkomen tegen buitensporige prijzen kan tot gevolg hebben dat een mededingingsautoriteit zich in de situatie bevindt van een semipermanente quasi-regulator. De autoriteit zou herhaaldelijk moeten terugkeren naar het prijsniveau van het dominante bedrijf terwijl kosten en andere voorwaarden in de industrie veranderen ,iets waarvoor een algemene mededingingsautoriteit minder is uitgerust dan de geëigende regulatoren met hun grondige kennis van en hun voortdurende betrokkenheid in de industrie.”*

47. In overweging 16 wordt geconcludeerd dat “ [...] *as can be expected with practical difficulties, their relevance in part depends on the specificities of each individual case. Again this is no reason to totally exclude intervention against exploitative conduct but this has and will influence the balance in allocating enforcement resources between prohibiting exclusionary conduct and prohibiting exploitative conduct.”*

Eigen vertaling: *“[...] zoals verwacht kan worden met praktische moeilijkheden, hun relevantie wordt bepaald door de typische kenmerken van elke individuele zaak. Dit is opnieuw geen reden om tussenkomst tegen uitbuitingsgedragingen volledig uit te sluiten maar het heeft in het verleden en het zal in de toekomst de balans beïnvloeden bij het toekennen van uitvoeringsmiddelen voor het verbieden van uitsluitingsgedragingen en uitbuitingsgedragingen.”*

V.3.5. Grondstoffen behandeld onder de prijzenreglementering

48. Bepaalde grondstoffen voor magistrale en officinale bereidingen vallen onder de prijzenreglementering sinds 1 juli 2014. Het gaat om de grondstoffen waarvan de lijst is vastgesteld in artikel 1 van een Ministerieel Besluit van 13 juni 2014²⁶. Voor grondstoffen zijn er twee procedures voorzien in het Koninklijk Besluit van 10 april 2014²⁷. Deze procedures gaan enerzijds over aanvragen tot prijskennisgeving (artikel 6

²⁶ Ministerieel Besluit van 13 juni 2014. tot vaststelling van de lijst van grondstoffen die onderworpen zijn aan de bepalingen van titel 2 van boek V van het Wetboek van economisch recht (BS 01/07/2014).

²⁷ Koninklijk Besluit van 10 april 2014 tot vaststelling van de ontvankelijkheidsvoorwaarden, de termijnen en de praktische modaliteiten voor aanvragen tot prijsvaststelling, aanvragen tot

PUBLIEKE VERSIE

van het Koninklijk Besluit van 10 april 2014) en anderzijds aanvragen tot prijsverhoging (artikel 7 van het Koninklijk Besluit van 10 april 2014).

49. De lijst in het Ministerieel Besluit van 13 juni 2014 (BS 1 juli 2014) betreft telkens 1 verpakkingsgrootte voor 66 terugbetaalde grondstoffen. 66 verpakkingen vallen dus onder de prijzenreglementering. Deze lijst van 66 verpakkingen is opgesteld in functie van het belang van de producten. In totaal zijn er 348 terugbetaalde grondstoffen en 748 niet-terugbetaalde grondstoffen. Voor deze 1096 grondstoffen zijn er in totaal 5595 beschikbare verpakkingen.

V.3.6. Prijzenobservatorium

50. De meerderheid van de grondstoffen voor magistrale en officinale bereidingen vallen op dit ogenblik dus niet onder de prijzenreglementering

51. Dit betekent echter niet dat deze grondstoffen aan iedere vorm van prijscontrole ontsnappen. Artikel 3 van Boek V “De mededinging en de prijsevoluties” van het Wetboek van Economisch Recht stelt: *“Wanneer het Prijzenobservatorium een probleem inzake prijzen of marges, een abnormale prijzenevolutie, of een structureel marktprobleem vaststelt, kan het de betrokken partijen, de beroepsfederaties en de consumentenorganisaties raadplegen, en deelt het aan de minister het verslag van zijn vaststellingen mee. Zijn verslag wordt tegelijkertijd bezorgd aan de Belgische Mededingingsautoriteit die hierdoor wordt gevat en, in voorkomend geval, aan de betrokken sectorale regulatoren. [...]”*

52. Vervolgens kan het Mededingingscollege, aldus wordt gesteld in Artikel V.4: *“[...] Indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en moeilijk te herstellen nadeel kan veroorzaken voor de betrokken ondernemingen of voor de consumenten waarvan de belangen aangetast worden, of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang, [...] voorlopige maatregelen nemen bedoeld om een einde te stellen aan de praktijken bedoeld in artikel V, 3.”*

prijsverhoging, prijskennisgevingen en (prijs)meldingen van geneesmiddelen, met geneesmiddelen gelijkgestelde voorwerpen, apparaten en substanties, en grondstoffen als bedoeld in boek V van het Wetboek van economisch recht (BS 01/07/2014).

PUBLIEKE VERSIE

53. Bijgevolg is het Auditoraat van mening dat het Prijzenobservatorium beter geplaatst is dan haar om de door de klager aangekaarte prijsevolutie te onderzoeken.

VI. Seponering

54. Overeenkomstig artikel 42 , §2 WBEM (artikel 45, §2 WBEM 2006) kan het Auditoraat bij een met redenen omklede beslissing een klacht of een verzoek seponeren wanneer deze niet ontvankelijk is.

55. Het Auditoraat concludeert dat in voorliggend geval niet langer is voldaan aan de ontvankelijkheidsvereiste. Immers, sinds 2009 is Omega Pharma niet langer actief als producent en leverancier van grondstoffen voor apotheken. Sindsdien is de klacht zonder voorwerp, nu de aanvulling bij de klacht van 2011 als onontvankelijk dient te worden beschouwd.

56. Verder heeft het Auditoraat er om bovenvermelde redenen niet voor gekozen om ambtshalve het onderzoek naar de praktijken zoals aangegeven door klager uit te breiden naar de entiteit die de grondstoffen afdeling van Omega Pharma heeft overgenomen volgens artikel IV, 41 paragraaf 1, 2° van de nieuwe wet.

OM DEZE REDENEN,

HET AUDITORAAT AUDITORAAT VAN DE BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT,

Uitspraak doende overeenkomstig artikel 42, § 2 WBEM,

- Verklaart de klacht van apotheker [x] zonder voorwerp en de uitbreiding ervan onontvankelijk en seponeert ze hierbij.

Aldus beslist en uitgesproken voor het Auditoraat door Véronique Thirion, Auditeur-Generaal, Bert Stulens, Auditeur en Devi Wyns, Auditeur.

Gedaan te Brussel, op 31 maart 2015

Véronique Thirion
Auditeur-Generaal

Bert Stulens
Auditeur

Devi Wyns
Auditeur