

Publieke versie

Het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit

Beslissing nr. BMA-2015-P/K-21 van 1 juli 2015

Beroep tegen de beslissing van het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit BMA-2014-P/K-10 AUD van 31 maart 2015 tot sepot van de zaak MEDE-P/K-02/0073, E. Cuyckens t. Omega Pharma N.V.

Verzoeker

De heer Apotheker E. Cuyckens, gevestigd 2242 Pulderbos, Goormansstraat 15, hierna "apotheker E. Cuyckens" of "verzoeker",

In aanwezigheid van

Het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit.

I. Procedure

1. Op 31 maart 2015 nam het Auditoraat van de BMA de Beslissing BMA-2015-P/K-10-AUD strekkend tot sepot van de klacht van de heer Cuyckens in de zaak MEDE-P/K-02/0073, ingediend op 21 november 2002 («de aangevochten beslissing»). Deze beslissing is aan verzoeker ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven met ontvangstbewijs op 31 maart 2015 en aan het Mededingingscollege met een mail van
2. Op 20 april 2015 werd een beroep neergelegd tegen deze beslissing door apotheker E. Cuyckens.
3. Op 4 mei 2015 deelde apotheker E. Cuyckens het secretariaat mee dat zijn verzoekschrift geen vertrouwelijke passages bevat en werd dit beroepschrift gestuurd naar het kantoor Honoré en Partners dat eerder optrad als de raadsman van Omega Pharma.
4. Op 14 mei deelde de Mr. Jan Benoit van het kantoor Honoré en Partners mee dat de N.V. Arseus, thans N.V. Fagron, voorheen Omega Pharma, niet wenst te interveniëren in deze procedure.
5. Op 4 en 19 mei 2015 heeft de voorzitter het College samengesteld en op 20 mei 2015 heeft het Secretariaat de kalender voor de schriftelijke procedure meegedeeld aan de apotheker E. Cuyckens en het Auditoraat.

6. Op 10 juni 2015 deelde apotheker Cuyckens mee dat gelet op het feit dat het Auditoraat geen schriftelijke opmerkingen neerlegt in antwoord op het verzoek, ook hij geen bijkomende omerkingen neerlegt.

II. Voorwerp van het beroep

7. Apotheker E. Cuyckens vraagt de aangevochten beslissing te vernietigen.

III. De aangevochten beslissing

8. De aangevochten beslissing kan worden samengevat als volgt :

III.1 Wetgevingscontext

9. Apotheker E. Cuyckens 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 “WBEM 1999”). De klacht werd geregistreerd onder het nummer MEDE-P/K-02/0073.
10. 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 “WBEM 2006”) in werking getreden. De WBEM 2006 verving de WBEM 1999. 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 (WER) in werking (B.S. 6 september 2013, blz. 63089 e.v.). Deze boeken vervangen de WBEM 2006 (er wordt in de aangevochten beslissing soms met de afkorting WBEM of de vermelding ‘de nieuwe wet’ naar verwezen).
11. Het artikel 22, § 1 van boek V titel 2 Hoofdstuk 4 voorziet dat de procedurehandelingen verricht overeenkomstig de WBEM 1999 en de WBEM 2006 van kracht blijven met het oog op de toepassing van boek IV van het Wetboek van Economisch Recht.

III.2 Betrokken partijen

12. De klager in de procedure is apotkeker E. Cuyckens (hierna betreffende de aangevochten beslissing ook aangeduid als de “klager”).
13. De oorspronkelijke klacht is gericht tegen Omega Pharma NV (hierna “Omega Pharma”), Venecoweg 26, 1981 Nazareth. Omega Pharma is gespecialiseerd in voorschriftvrije geneesmiddelen en in verzorgings- en gezondheidsproducten. Tot 2009 was Omega Pharma ook actief als leverancier van grondstoffen en verpakkingsmateriaal voor apotheken.

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

14. 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 Omega Pharma³ 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.

III.3 De klacht

15. Op 20 november 2002 diende de klager bij de toenmalige Raad voor de Mededinging een klacht in tegen Omega Pharma wegens vermeend misbruik van machtspositie. Hierbij kan worden opgemerkt dat de klager in zijn klacht de uitdrukking “misbruik van monopolie” gebruikte, maar in de klacht zelf verwees naar artikel 3 WBEM 1999, en in zijn brief van 11 november 2004 (dossier blz 80) bevestigde hij dat hier niet “monopolie” maar “machtspositie” moet gelezen worden zoals in artikel 1 en 3 WBEM 1999. In dezelfde brief specificerde hij dat de klacht betrekking heeft op artikel 3, a en b, WBEM 1999 en niet op artikel 3, 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.

16. De klacht van 20 november 2002 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).

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

- 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).
- 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 versralen van het aanbod van verpakkingsmateriaal op termijn de magistrale- en officinale huisbereidingen zullen doen inkrimpen en wegwijnen.⁴

III.4 Verloop van het onderzoek

17. In de eerste jaren na de klacht werd deze onderzocht onder meer door briefwisseling met de klager, de verweerder en andere actoren in de sector.⁶ Klager gaf 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.
18. Op 10 december 2010 nam het Auditoraat beslissing 2010-P/K-51-AUD waarin verwijzend naar artikel 88, §1 en §2 van de WBEM 2006, vastgesteld werd dat er de laatste vijf jaar geen onderzoeksdaeden verricht werden en dat de klacht was verjaard en bijgevolg geseponeerd werd.⁷
19. 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 seponeringsbeslissing van het Auditoraat van 10 december 2010.⁸
20. Op 21 april 2011 vernietigde de Raad voor de Mededinging in haar beslissing 2011-P/K-13 de aangevochten beslissing van het Auditoraat van 10 december 2010 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.”*

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 Cuyckens 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.

21. Op 23 april 2012 stuurde de 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 antwoorde op 7 mei 2012 dat zowel hijzelf als de algemene vergadering en de kamers van de Raad geen initiatief konden nemen. Hij wees er op dat de zaak verwezen werd naar het Auditoraat.¹¹
22. Op 12 november 2014 stuurde de 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.
23. Gevolg gevend aan de beslissing van de toenmalige Raad voor de Mededinging heeft het Auditoraat het onderzoek hervat.

III.5 In rechte

III.5.1 Ontvankelijkheid

1) Oorspronkelijke klacht

24. Op 20 november 2002 heeft de klager bij de Raad voor de Mededinging een klacht ingediend tegen Omega Pharma bij de griffie van de Raad op grond van de WBEM 1999 en in toepassing van artikel 2, § 1 van het K.B. van 22 januari 1998. Deze klacht werd geregistreerd onder het nummer Mede-PK-02/0073.
25. Omega Pharma maakte volgens de klager misbruik van haar machtspositie door prijzen van grondstoffen die onder meer gebruikt worden in de apotheken die openstaan voor het publiek, te doen stijgen met gemiddeld 12 tot 15% en in sommige gevallen tot 100%. 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 ontvankelijkheidsvoorwaarde.
26. 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 zij een economische activiteit uitoefent.
27. 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.
28. 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

¹⁰ Schrijven van Cuyckens d.d. 23 april 2012: dossier blz. 1031-1033.

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

¹² Schrijven van Cuyckens d.d. 12 november 2014: dossier blz. 1035-1047.

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

2) Uitbreiding van de klacht

29. De klager heeft in 2002 een klacht ingediend tegen Omega Pharma wegens misbruik van machtspositie, en heeft deze klacht in 2011 willen uitbreiden naar Arseus.
30. De klager stelde in zijn brief van 1 april 2011 aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dat hij zo nodig ook Arseus NV wilde 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.”*
31. De vraag tot aanpassing van de klacht naar Arseus in 2011 gebeurde bij de Raad. De klager vroeg deze aanpassing in zijn aanvullende brief van 1 april 2011 aan 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.
32. 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 zij een economische activiteit uitoefent. Sinds 15 december 2014 veranderde de benaming van Arseus NV in Fagron NV.¹⁴
33. Echter, volgens artikel 45, § 1 van de WBEM 2006 dienden klachten bij het Auditoraat te worden ingediend en niet langer bij de Raad.

3) Conclusie

34. De aangevochten beslissing concludeert dat sinds Omega Pharma niet meer actief is als producent en leverancier van grondstoffen voor apotheken, de klacht tegen Omega Pharma zonder voorwerp is geworden.
35. 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 volgens de aangevochten beslissing als onontvankelijk te worden beschouwd.

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”.

III.5.2 Gegrond karakter van de klacht

36. Over de gegrondheid van de klacht dient volgens de aangevochten beslissing geen uitspraak te worden gedaan, om de redenen die hierboven zijn samengevat.

III.5.3 Mogelijkheid tot ambtshalve onderzoek en prioriteitenbeleid

37. De aangevochten beslissing gaat vervolgens na of er, ook al waren de klachten deels zonder voorwerp en deels onontvankelijk, redenen waren om betreffende de betwiste praktijken ambtshalve een onderzoek te openen.

38. Artikel IV.41, § 1, 2° WER geeft het Auditoraat de mogelijkheid ambtshalve een onderzoek te voeren naar praktijken van 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.

39. De aangevochten beslissing herinnert eraan dat, zoals andere mededingingsautoriteiten, de BMA rekening houdt met 4 factoren om het belang van een zaak in te schatten : impact, strategisch belang, risico's en middelen. Elk van deze factoren worden in de aangevochten beslissing kort toegelicht met verwijzing naar de prioriteitennota van de BMA¹⁵.

1) Impact:

40. In Verzoeken om Inlichtingen¹⁶ verstuurd in 2013 naar Ophaco, 2Pharma, APB, en ABC Chemicals/Vemedia werd hen gevraagd hoe de omvang van de verpakgings- en grondstoffen markten in België diende te worden ingeschat. 2Pharma antwoordde hierop dat ze er geen idee van had¹⁷, APB stelde dat bij heel ruwe schatting de omvang van de vermelde markten tussen 20 en 32 mio € bedroeg¹⁸, Ophaco antwoordde dat het de omvang van de markten op 14 mio € inschatte¹⁹ en ABC Chemicals/Vemedia²⁰ had enkel zicht op eigen omzet en beschouwde dit als betrouwbaar. Er zijn dus weinig betrouwbare gegevens beschikbaar over de precieze omvang van deze markten.

41. In vergelijking met de totale geneesmiddelenomzet in België per jaar die door APB²¹ op 4,4 miljard € wordt ingeschat, gaat het om een beperkte omzet.

42. In het kader van bijkomend onderzoek werden 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.”*

¹⁵ [Het prioriteitenbeleid van de Belgische Mededingingsautoriteit voor 2014 \(PDF, 426.82 Kb\).](#)

¹⁶ Zie verzoeken om inlichtingen en antwoorden: dossier blz. 1063-1262.

¹⁷ Antwoord 2Pharma van 12/9/13 blz 3- vraag 4: dossier blz. 1085.

¹⁸ Antwoord APB van 23/9/13 - vraag 5: dossier blz. 1257.

¹⁹ Antwoord Ophaco van 21/10/13 blz. 3 - vraag 5: dossier blz. 1215.

²⁰ Antwoord ABC Chemicals / Vemedia van 13/9/13 blz. 4 - vraag 4: dossier blz. 1134 (vertrouwelijk) en 1141 (niet-vertrouwelijk).

²¹ Antwoord APB van 30/3/15: dossier blz. 1275ter.

43. Uit de antwoorden op bovenvermeld verzoek blijkt ²² 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, bedraagt het percentage van magistrale en officinale bereidingen in de totaliteit van de geneesmiddelenomzet bij alle andere ondervraagde partijen tussen 0,75% en 2%. Al bij al lijkt de impact dus gering.

2) Strategisch belang

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

3) Risico's

45. De BMA zal volgens haar prioriteitennota 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.

46. 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.

47. Het concept van 'buitensporige prijs' in de zin van artikel 102 VWEU wordt als volgt omschreven door het Hof van Justitie in het United Brands arrest:²³ *“een al te grote disproportie (...) tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs.”*

48. Vervolgens heeft het Hof volgende dubbele test uitgewerkt om een buitensporige prijs vast te stellen²⁴: *“ [...] of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs, zowel absoluut gezien als in vergelijking met de concurrerende producten.”*

49. Precedenten van de BMA²⁵ 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

²² 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 Apotheker 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.

²³ Hof van Justitie, arrest van 14 februari 1978, zaak C-27/76, par. 250.

²⁴ Hof van Justitie, arrest van 14 februari 1978, zaak C-27/76, par. 252.

²⁵ Beslissing nr. ABC-2014-l/O-19 van 18/07/2014, ow 128 e.v.

wordt gevonden in de zin van onbillijke prijzen, zo er al sprake zou zijn van machtspositie.

III.5.4 Middelen

50. In de prioriteitennota van de BMA 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.
51. Het is onmiskenbaar dat onderzoek naar mogelijks onbillijke prijzen aanzienlijke middelen vereist, om reden 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 is als van haar concurrenten in binnen- en zo nodig ook buitenland.
52. 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 volgens de aangevochten beslissing het risico dat de autoriteit zou optreden als een semi-permanente quasi-regulator.
53. De aangevochten beslissing citeert in dit verband het werkdocument ‘*Excessive prices*’ voorbereid in het kader van het Mededingingscomité van de OESO d.d. 17 oktober 2011²⁶.

III.5.5 Andere relevante reglementeringen betreffende prijzen

54. De aangevochten beslissing gaat vervolgens na of grondstoffen voor magistrale en officinale bereidingen sinds 1 juli 2014 onder de prijzenreglementering vallen en concludeert dat de meerderheid van de grondstoffen voor magistrale en officinale bereidingen op dit ogenblik niet onder de prijzenreglementering vallen.
55. Dit betekent volgens de aangevochten beslissing echter niet dat deze grondstoffen aan iedere vorm van prijscontrole ontsnappen. De beslissing verwijst naar artikel 3 van Boek V “De mededinging en de prijsevoluties” van het Wetboek van Economisch Recht en oordeelt dat het Prijzenobservatorium beter geplaatst is dan het Auditoraat om de door de klager aangekaarte prijsevolutie te onderzoeken.

III.5.6 Seponering

56. De aangevochten beslissing concludeert dat het Auditoraat overeenkomstig artikel IV.42, §2 WER kan het Auditoraat bij een met redenen omklede beslissing een klacht of een verzoek seponeren wanneer deze niet ontvankelijk is.

²⁶ Rapport “Excessive prices”, voorbereid voor het Comité van Mededinging van de OECD van 17 oktober 2011- document DAF/COMP/WP2/WD(2011)54.

57. 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.
58. Verder heeft het Auditoraat er om bovenvermelde redenen niet voor gekozen om ambtshalve het onderzoek bij toepassing van IV.41, § 1, 2° WER uit te breiden naar de entiteit die de grondstoffen afdeling van Omega Pharma heeft overgenomen.
59. Om deze redenen verklaart de aangevochten beslissing de klacht van apotheker E. Cuyckens zonder voorwerp en de uitbreiding ervan onontvankelijk en werden zij geseponeerd.

IV. De argumenten van Verzoeker

60. Verzoeker heeft zijn beroep opgesteld in de vorm van een brief met opmerkingen bij de aangevochten beslissing. Zij worden hierna letterlijk geciteerd in zoverre zij de rechtsgeldigheid van de motivering of anderszins de rechtsgeldigheid van de aangevochten beslissing kunnen betreffen.

« Met afkeer en verbijstering neem ik kennis van de mail van auditeur Devi Wyns verstuurd op 31 maart 2015 te 17u53 en van de aangetekende brief eerst toegekomen op 3 april 2015 en ondertekend door Véronique Thirion - Auditeur-Genraal en de heer Bert Stulens en mevrouw Devi Wyns - beide auditeur, betreffende de beslissing tot sepot onder referentie zoals hoger vermeld van de zaak MEDE-P/K-02/0073 ingediend op 21 november 2002, waarvoor ik bij dezen beroep aanteken.

(...)

Voor de goede orde herhaal ik naar aanleiding van mijn officiële ingebrekestelling van 12 november 2014 letterlijk het schrijven van 10 december 2014 van de Auditeur-generaal: *"Uw schrijven d.d. 12 november 2014 werd mij overgemaakt. Het dossier wordt momenteel onderzocht door een auditeur en zodra er een beslissing wordt genomen in bovenvermeld dossier zal u hiervan op de hoogte worden gebracht. Indien wij van uwentwegen nog bijkomende inlichtingen zouden nodig hebben niet nalaten U hieromtrent te contacteren. "*

Het dossier werd in de voorbije jaren ten gronde onderzocht door de toenmalige Adjunct-auditeur bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging, de heer Karel Marchand, en zijn medewerker Herman Sleebus. De bewering in haar schrijven van 10 december 2014 dat het dossier 'momenteel' onderzocht wordt door een auditeur, en dat indien zij nog bijkomende inlichtingen zou nodig hebben, dat ze het niet zou nalaten om mij hieromtrent te contacteren, was op zijn minst valselijk en leugenachtig, naar zo blijkt uit de volledig manke argumentatie tot sepot van 31 maart 2015!

Uit de brief van mevrouw Thirion van 30 januari 2015 per mail verstuurd om 13u26 ventileer ik de volgende passages:

"Door het onverwachte vertrek van adjunct-auditeur Karel Marchand medio november 2014 heb ik uw dossier moeten toewijzen aan een andere auditeur. Van deze nieuwe

auditeur wordt niet verwacht dat zij het dossier overdoet, maar wel dat zij zich inwerkt in het dossier, hetgeen enige tijd vergt. "

"Het onderzoek door deze nieuwe auditeur van uw klacht en van de informatie die dankzij het werk van adjunct-auditeur Karel Marchand en attaché Herman Sleebus zijn verzameld, is inmiddels bijna afgerond."

"U mag een formeel standpunt van het Auditoraat met betrekking tot uw klacht verwachten in de loop van de maand maart 2015. "

1. (...)
2. De mail met bijlage betreffende de 'beslissing tot sepot' is eerst verstuurd op 31 maart te 17u53 i.p.v. "in de loop van de maand maart 2015" terwijl de aangekondigde aangetekende brief eerst op 3 april 2015 is aangekomen!

Voor de goede orde geef ik u mijn reacties en opmerkingen op de teksten van het sepot hiernavolgend in het rood aangeduid:

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. "

Moet zijn: 7 jaar na de indiening van de klacht op 20 november 2002 is Omega Pharma niet langer actief als...

Het is niet de fout van de klager dat er in december 2010 een 1^{ste} sepot werd uitgesproken omdat het Auditoraat de laatste 5 jaar geen onderzoeksdaden meer had uitgevoerd. Daarenboven verzwijgt men met alle middelen wat ik op pagina 4 van mijn brief van 1 april 2011 aan de Raad voor de Mededinging en aan de voorzitter, de heer Stefan Raes, heb geschreven over de passage uit de prospectus bij de beursintroductie van Arseus NV op 11 september 2007 op pagina 120: *Relatie tussen Arseus NV en Arseus BV Per 30 juni 2007 zijn alle rechtspersonen die geïdentificeerd worden als 'Entiteiten van Arseus' rechtstreeks of onrechtstreeks eigendom van Arseus BV. Derhalve is Arseus BV de moedermaatschappij van de Arseus-groep.*

Arseus BV is op dat moment tevens de moedermaatschappij van Arseus NV, aangezien Arseus NV op 29 juni 2007 is opgericht door Arseus BV.

Daarnaast worden alle aandelen van Arseus BV per 30 juni 2007 gehouden door Omega Pharma Holding Nederland BV. Alle aandelen van Arseus BV zijn via een notariële akte van 31 augustus 2007 overgedragen aan Omega Pharma NV. Op 7 september 2007 heeft Omega Pharma NV alle aandelen van Arseus BV ingebracht in het kapitaal van Arseus NV in ruil voor aandelen van Arseus NV. Sindsdien heeft Arseus NV de volledige eigendom van Arseus BV en is Arseus NV de moedermaatschappij van de Arseus-groep geworden. Het zijn de aandelen van Arseus NV die op de beurs genoteerd zullen worden. De bovenvermelde overdracht van aandelen en de inbreng in natura van aandelen zijn afhankelijk van de voltooiing van de biedprijs in de context van de beursintroductie. Aangezien bij alle bovenvermelde transacties, alle ondernemingen rechtstreeks of onrechtstreeks de volledige eigendom zijn van Omega Pharma NV, vormen de transacties bedrijfscombinaties waarover gezamenlijk de controle wordt uitgeoefend. Bijgevolg wordt in het kader van de financiële verslaggeving de voorgangerswaardemethode (predecessor value method) gehanteerd om deze transactie te verantwoorden.

Omwille van de continuïteit zoals hoger beschreven, heeft het management eveneens besloten dat de geconsolideerde jaarrekening van de onderneming wordt uitgegeven onder de naam van Arseus NV, maar in de toelichting wordt beschreven als een voortzetting van de geconsolideerde jaarrekening van Arseus BV, omdat deze

geconsolideerde jaarrekening een voortzetting van de jaarrekening van Arseus BV vertegenwoordigt, hetgeen betekent:

- 1. dat de activa en de verplichtingen van Arseus NV Group in die geconsolideerde jaarrekening worden opgenomen en gewaardeerd tegen hun boekwaarde uit de geconsolideerde jaarrekening van Arseus BV Group zoals vastgesteld in overeenstemming met de IFRS;*
- 2. dat de ingehouden winst en andere vermogenssaldi die in die geconsolideerde jaarrekening zijn opgenomen, de ingehouden winst en andere vermogenssaldi zijn van Arseus NV. Dat het verschil tussen de overnamevergoeding en het geëlimineerde aandelenkapitaal van Arseus BV is opgenomen als een fusiereserve;*
- 3. dat de resultatenrekening voor het boekjaar afgesloten op 31 december 2007, 12 maanden omvat, niettegenstaande het feit dat het boekjaar van Arseus NV als rechtspersoon een verkort boekjaar is (29 juni—31 december 2007);*
- 4. dat de vergelijkende informatie die in die geconsolideerde jaarrekening gepresenteerd wordt, de informatie is van Arseus BV.*

De rode draad door het kluwen van maatschappijen en vennootschappen is de peetvader Marc Coucke met eigen kapitaal onder Couckinvest.

De Auditeur-Generaal Véronique Thirion heeft zelfs niet eens begrepen dat deze wijziging van relatie via de beursintroductie tussen Arseus NV en Arseus BV er juist is gekomen om zich te verdedigen tegen de aanklacht met de achterliggende gedachte dat de klacht tegen Omega Pharma op die manier zonder voorwerp zou komen!

Als het Auditoraat er nu nog eens 12 jaar laat overgaan alvorens tot een deftig onderzoek en besluit te komen, dan zijn de juridische en financiële structuren van de aangevochten onderneming met massieve zekerheid nog verscheidene keren veranderd. Op uitnodiging van het Auditoraat wordt er op die manier voor de aangeklaagde firma een vrijgeleide gecreëerd om te ontsnappen aan haar onderzoek!

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."

In navolging van mijn antwoord op punt 21 heb ik mijn klacht in ondergeschikte orde uitgebreid naar Arseus om reden zoals hoger aangehaald dat Omega Pharma via de naamsverandering en andere beursnotering wilde ontvluchten.

De allusies van het sepot van 31 maart 2015 zijn van aard om spijkers op laag water te zoeken en laag-bij-de-gronds! Indien het Auditoraat voordien zijn werk naar behoren had uitgevoerd, dan was er geen sepot geweest op 10 december 2010! En dan had ik ook geen toegevoegde verklaring ter staving van mijn beroep dienen te geven!

23 + 24:

Net zoals mijn oorspronkelijke klacht van 20 november 2002, is mijn brief van 1 april 2011 gericht aan de Raad voor de Mededinging en aan de voorzitter, de heer Stefan Raes op 1 april 2011 en aan mevrouw Ponet op 20 november 2002!

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

- Zoals reeds aangehaald onder punt 22 heb ik geantwoord in de procedure van beroep op de besluiten van het 'maatschap van advocaten Honoré & Gits' van tegenpartij. Daarenboven was de benaming van de huidige 'Belgische Mededingingsautoriteit' toen 'Raad voor de Mededinging'!! What 's in a name?

Blijkbaar zijn alle middelen goed om zich op een gemene manier te verschonen en zich te onttrekken aan zijn verantwoordelijkheid!

- Oude WBEM (WBEM 1999) tot 15 september 2006 (B.S. van 29 september 2006). Nieuwe WBEM (WBEM 2006) vanaf 29 september 2006

Per 6 september 2013: Boek IV "Bescherming van de Mededinging" en Boek V "De mededinging en de prijsevoluties"

Of moet ik het nogmaals herhalen: als het Auditoraat correct zijn werk had uitgevoerd

onmiddellijk of vrij kort na de indiening van de klacht op 20 november 2002 ?

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. "

5 jaar na het indienen van mijn klacht in 2002 heeft Omega Pharma zich inderdaad voor uw onderzoek trachten te verbergen. Zie opnieuw mijn antwoord op punt 21 over de passage uit de prospectus bij de beursintroductie van Arseus NV op 11 september 2007 op pagina 120. Omega Pharma heeft haar ondernemingsstructuur op 11 september 2007 dusdanig aangepast, opdat men door de bomen het bos niet meer zou zien, wat blijkbaar schitterend is gelukt om de onderzoekers om de tuin te leiden naar zo blijkt!

28. "De aanvulling van 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. "

Zie ook mijn brief tot officiële ingebrekestelling van 23 april 2012, dewelke niet eens werd beantwoord door de Auditeur-Generaal.

Mijn brief van 1 april 2011 bevatte geen enkele aanvulling op mijn oorspronkelijke klacht van 20 november 2002, gezien zij een voor dat moment recent bewijs leverde dat de aanklacht van de prijsverhogingen die een groot deel van de oorspronkelijke klacht uitmaakte, na 9 jaar nog steeds in voortdurende herhaling werden verdergezet. Zij diende er m.a.w. enkel toe om mijn beroep tegen het toenmalig sepot van 10 december 2010 met kracht te ondersteunen! Het beroep dat ik op 6 januari 2011, conform de wettelijke mogelijkheden heb ingediend en dat uiteindelijk aanleiding heeft gegeven tot de Beslissing nr. 201 I-P/K-13 van 21 april 2011, werd mij per aangetekende zending verzonden op 26 april 2011:

In deze Beslissing heeft de Raad voor de Mededinging uitspraak gedaan overeenkomstig artikel 45, § 3 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, en verklaart dat:

1. Het beroep van verzoeker **ontvankelijk en gegrond** is,
2. De aangevochten beslissing nr. 2010-P/K-51-AUD van 10 december 2010 tot sepot werd tenietgedaan,
3. **De zaak werd verwezen naar het Auditoraat voor onderzoek en verslag aan de kamer van de Raad voor de Mededinging.**

Dat op datum van 9 mei 2011, deze beslissing werd gepubliceerd op de site van <http://economie.fgov.be> onder "Décisions de jurisprudence".

Dat op datum van 10 mei 2011, deze beslissing werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad onder nr. C - 2011/11164.

Dat op 1 maart 2011 een parlementaire vraag werd gesteld door mevrouw Maya Detiège aan de minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen, de heer Vincent

Van Quickenborne, over "de monopolievorming in de farmaceutische industrie" (nr.2476), waardoor de minister partij werd in deze zaak.

Dat de Beslissing nr. 2010-P/K-13 van 21 april 2011 eveneens aan de Minister bevoegd voor Economie, de heer Vincent Van Quickenborne, als derde partij ter kennis werd gebracht.

30. "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".

Hieruit blijkt zeer duidelijk de onwil van de Auditeur-Generaal Véronique Thirion om het onderzoek correct te laten uitvoeren, en om in weerwil van de Beslissing Nr. 2011 -P/K-I 3 van de Raad van 21 april 2011 te weigeren om te voldoen aan haar opdracht door de Raad gegeven, en om eerst 12.5 jaar na het indienen van de klacht op 21 november 2002, de klager bij alle gemis aan rechtszekerheid in het ongewisse te laten.

31. "Zoals ook bij andere mededingingsautoriteiten het geval is, houdt de BMA rekening met 4 factoren om het belang van de zaak in te schatten... "

Ook hier na 12,5 jaar van verloren werk aan onderzoeken en administratieve geplogenheden, zoals in het sepot van 31 maart 2015 beschreven, gaat de Auditeur-Generaal Véronique Thirion, zoals in januari 2015 telefonisch medegedeeld, tot het besluit komen dat zij in dit dossier 'streeft' naar sepot met een weigering tot verder onderzoek en een uitnodiging tot nieuw beroep!

32 + 33 + 34. "Er zijn weinig betrouwbare gegevens beschikbaar over de precieze omvang van deze markten".

Dit is een getuigenis van een onderzoek onwaardig in opdracht van de Auditeur-Generaal gevoerd! Dit is een schitterend bewijs van een totale incompetentie voor de organisatie en de uitvoering van haar onderzoek!

Eerder dan bij enkele doelgroepen zijn tijd en energie te verspillen, heeft men er nooit aan gedacht om alle cijfermateriaal van de magistrale bereidingen in de apotheek bij het RIZIV -Rijksdienst voor Ziekte en Invaliditeitsverzekering op te vragen!

35. "... 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 %".

De totaliteit van de schade voor het RIZIV en de gemeenschap en voor het Belgisch apothekerscorps drukt men niet uit in procenten maar wel in centen met reële cijfers! Het is overigens opnieuw een bewijs van de totale incompetentie om het onderzoek niet met reële cijfers te kunnen afronden!

Dit is ook een onrechtstreekse erkenning van de problematiek, waarbij op de eerste plaats de principes van rechtsbeding te allen tijde dienen te worden gerespecteerd, eerder dan de waarde in procenten!

36. "Producten voor magistrale en officinale bereidingen behoren niet tot een sector die als prioritair wordt beschouwd door de BMA".

Dat weet men blijkbaar eerst in 2015! Waarom dan al die jaren voordien een verlies aan beperkte middelen voor onderzoek? En is dat het antwoord op de Beslissing 201 I-P/K-13 van de Raad van 21 april 2011? Mooi zo!!

37 + 38 + 39 + 40 + 41: *"De BMA zal minder geneigd zijn om middelen in te zetten ten behoeve van een onderzoek van een inbreuk wanneer het risico reëel is dat het onderzoek geen nuttig resultaat zal opleveren".*

Om het geheugen op te frissen van de vorige Auditeur-Generaal Bert Stulens, die naar zo blijkt ook werd verzocht om het sepot van 31 maart 2015 mede te ondertekenen, citeer ik de volgende passage van zijn mail in bijlage 2 van 8 oktober 2003 om 15u30: "Louter inhoudelijk en mededinging rechterlijk bekeken immers, betreft het hier een interessant dossier."

En nogmaals zoals reeds aangehaald onder punt 36: Dat weet men eerst in 2015! Waarom dan al die jaren voordien een verlies aan beperkte middelen voor onderzoek? En is dat het antwoord op de Beslissing 201 I-P/K-13 van de Raad van 21 april 2011? Mooi zo!! Overigens werd het ganse dossier opgemaakt in perfecte samenspraak met de heer Johan Iselee en de toenmalige Adviseur-generaal, mevrouw Marie-Thérèse Peeters van het Ministerie van Economische Zaken, Bestuur Handelsbeleid - Afdeling Prijzen & Mededinging!

43. *"Het is onmiskenbaar dat onderzoek naar mogelijks onbillijke prijzen aanzienlijke middelen vereist,..."*

Hoe langer men wacht met het onderzoek, zeker nadat het Auditoraat in december 2010 liet weten dat het gedurende de laatste 5 jaar geen onderzoekdaden meer had uitgevoerd, hoe moeilijker het wordt, dat is zeker. Niettemin met de juiste strategie van onderzoek kan men binnen de kortste keren zeer veel bereiken en te weten komen, maar dan moet men het onderzoek wel op een andere manier voeren!

44. *"Bovendien is het aantal producten waarvan klager stelt dat de prijs onbillijk is, groot. "*

Als er een te klein aantal producten wordt opgegeven, wordt de klacht niet ernstig genomen, bij een groot aantal producten is men ook niet verplicht om alle producten te onderzoeken!

45 + 46 + 47:

Opeenvolgende prijsstijgingen van juist tweemaal 10.8 % op totaal verschillende producten moeten normaal gezien aanzetten tot nadenken! Deze stijging van de prijzen werd destijds proactief uitgevoerd met voorkennis op de intentie van het RIZIV om de grondstofprijzen voor magistrale bereidingen in de apotheek aan te passen aan de marktsituatie.

Hoe langer men wacht voor het onderzoek, hoe meer problemen het onderzoek voor zich creëert!

Of is dit een verhandeling om zijn eigen gelijk te halen?

50 - 51: *Het Prijzenobservatorium*

Het Prijzenobservatorium heeft geen bevoegdheid om met terugwerkende kracht van voor haar oprichting een onderzoek in te stellen naar de start van de klacht op 21 november 2002!

52: *"...indien het dringend is een toestand te vermijden "*

Onder dit punt geeft het Auditoraat een demonstratie van hoe snel ze kan handelen in een dossier om het eerst na 12,5 jaar te kunnen seponeren! Prachtig voorgesteld, maar de praktijk is heel anders!

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

Dit is een prachtig voorbeeld van de wijze waarop het Auditoraat met voorbedachten rade zijn verantwoordelijkheid afwentelt op het Prijzenobservatorium.

Dit dossier werd met de grootste zorg opgemaakt in de loop van het jaar 2002 in zeer goede samenwerking met de toenmalige Adviseur-generaal mevrouw Marie-Thérèse Peeters en haar Adviseur Johan Isselee van het Ministerie van Economische Zaken, Bestuur Handelsbeleid - Afdeling Prijzen & Mededinging. Op uitdrukkelijk verzoek van mevrouw Peeters heb ik toen nog een supplementair hoofdstuk toegevoegd aan mijn dossier, en om mij alle kansen te geven om dit dossier persoonlijk te kunnen blijven opvolgen heeft mevrouw Marie-Thérèse Peeters mij toen voorgesteld om dit dossier in mijn persoonlijke naam in te brengen, wat ik dan ook op 21 november 2002 heb gedaan.

Voor de goede orde verwijs ik nogmaals naar de publicatie in het Belgisch Staatsblad van 10 mei 2011 onder de hoofding FEDERALE OVERHEIDSDIENST ECONOMIE, K.M.O., MIDDENSTAND EN ENERGIE [C - 2011/11164] : Raad voor de Mededinging. - Beslissing nr. 201 I-P/K-13 van 21 april 2011. - Zaak MEDE-P/K-02/0073: Cuyckens/Omega Pharma NV. - Beroep van Cuyckens tegen Beslissing nr. 2010-P/K-51AUD van 10 december 2010, bij de conclusie onder punt 31, waarbij vermeld staat dat mijn beroepsgrief gegrond is, en dat om die redenen de Raad voor de Mededinging, uitspraak doende overeenkomstig artikel 45, § 3 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, verklaarde dat:

1. Het beroep van verzoeker ontvankelijk en gegrond is,
2. De aangevochten beslissing nr. 2010-P/K-51-AUD van 10 december 2010 tot sepot werd tenietgedaan,
3. De zaak werd verwezen naar het Auditoraat voor onderzoek en verslag aan de kamer van de Raad voor de Mededinging.

Voor zover ik kan concluderen heeft het Mededingingscollege, voordien de kamer van de Raad voor de Mededinging, waarvan u voorzitter bent, nog steeds geen verslag in deze zaak mogen ontvangen, zoals voorzien in het arrest van 21 april 2011 en betekend in het Belgisch Staatsblad van 10 mei 2011 onder punt 3. Het artikel 22 § 1 van boek V titel 2 Hoofdstuk 4 voorziet dat de procedurehandelingen verricht overeenkomstig de WBEM 1999 en de WBEM 2006 van kracht blijven met het oog op de toepassing van boek IV van het Wetboek van Economisch Recht. Gezien de brief van 31 maart 2015 met de genomen beslissing tot sepot enkel aan mij persoonlijk is gericht en op generlei wijze bewijst dat hij met dezelfde post eveneens kopie conform aan het Mededingingscollege werd verstuurd, protesteer ik bij dezen tegen deze flagrante schending van de destijds genomen beslissing! Een argumentatie tot sepot om geen onderzoek te moeten doen is geen antwoord op punt 3 van de toenmalige Raad voor de Mededinging, en bewijst eens te meer de eigengereidheid van de Auditeur-Generaal in dit dossier!

Niet onbelangrijk in deze herhaal ik hierbij eveneens de passage uit mijn brief van 6 januari 2011 dat het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering onrechtstreeks betrokken partij is - wegens het feit dat zij de apothekers van een voor het publiek opengestelde apotheek en van de ziekenhuisapotheken, dient te vergoeden voor de prijs der grondstoffen verwerkt in magistrale bereidingen op voorschrift met

tussenkomst - waardoor men kan spreken van schuldig verzuim bij deze wetenschap dat finaal de Belgische belastingbetaler moet opdraaien voor deze hogere RIZIV kost, bij gemis aan opvolging van dit dossier.

(...)

Volgens de Belgische mededingingswet van 3 april 2013 gepubliceerd in het Belgische Staatsblad van 26 april 2013 onder boek IV "Bescherming en mededinging" en boek V "De mededinging en de prijsevoluties" blijft mijn oorspronkelijke klacht tegen de firma Omega Pharma perfect van kracht onder de hoofddefinitie van Art 2 - Hoofdstuk 2. - Definitie eigen aan boek IV. Art 1.6. Voor de toepassing van boek IV geldt de volgende definitie:

Machtspositie: de positie die een onderneming in staat stelt om de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, afnemers of leveranciers, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

Overigens is het niet mijn fout dat de afwerking van dit dossier al meer dan 12 jaar op zich laat wachten. Zowel de toenmalige Raad voor de Mededinging als de huidige Belgische Mededingingsautoriteit is opgericht met het doel om de consumentenbelangen te verdedigen en de consument te beschermen. Een goed dossier - naar zo blijkt uit de verklaring van de vorige Auditeur-generaal (mail 8 oktober 2003 te 15u38) dat daarenboven gegrond en ontvankelijk werd verklaard in beroep door de Raad voor de Mededinging in haar motivatie van 21 april 2011, opnieuw laten seponeren omdat de huidige Auditeur-generaal andere prioriteiten heeft en misschien nog andere redenen heeft die ze niet wil mededelen - dat na meer dan 12 jaar nog niet correct is afgehandeld getuigt van weinig correctheid en verantwoording!

De aanpak van dit dossier werd niet met de nodige competentie opgevolgd en heeft op zijn minst een voedingsbodem gecreëerd voor allerlei insinuaties! Het verlies voor mijn sector en voor de hele gemeenschap - zoals hoger beschreven - is onvoorstelbaar groot geweest. Dergelijke knoeiboel zal niet onbesproken blijven! Het is nu aan de diensten van de Belgische mededingingsautoriteit om zich te bewijzen en om met bekwame spoed een bijzonder correct en gemotiveerd verslag neer te leggen!

Gezien de Auditeur-Generaal Véronique Thirion mij ter gelegenheid van ons telefonisch gesprek van woensdag 28 januari 2015 heeft gezegd dat het mij vrij stond om na de betekenis van het sepot opnieuw beroep aan te tekenen, maak ik gebruik van haar cynisch voorstel om opnieuw beroep aan te tekenen, opdat de volgende Auditeur-Generaal zich met meer professionaliteit en verantwoordelijkheidszin van zijn taak zou kwijten! Ik hoop dat het Mededingingscollege mij zal volgen om het sepot van 31 maart 2015 bij Beslissing nr. BMA-2015-P/K-10AUD opnieuw te vernietigen."

V. Het Mededingingscollege

V.1 Algemene overwegingen

V.1.1 *Sepot van een onontvankelijke klacht en klachten die zonder voorwerp zijn geworden*

61. De Mededingingsautoriteit heeft altijd de bevoegdheid gehad om klachten te seponeren wanneer zij onontvankelijk of ongegrond werden geacht. Artikel 45, § 2 van de WBEM 2006²⁷ heeft deze bevoegdheid aan het (toen hervormde) Auditoraat gegeven met een mogelijkheid van beroep bij de Raad voor de Mededinging. Het huidige artikel IV.42, § 2 WER herneemt op dit punt de regeling van de WBEM 2006 met beroep bij het Mededingingscollege.

1) *Sepot van een onontvankelijke klacht*

62. Artikel 45, § 1 WBEM 2006 bepaalde betreffende de wijze waarop klachten moesten worden ingediend dat *“klachten en verzoeken betreffende restrictieve mededingingspraktijken worden ingediend bij het Auditoraat”*.

63. Het KB van 31 oktober 2006 betreffende het indienen van klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 44, § 1, 2° en 3° van de WBEM 2006 bepaalde hoe klachten moesten worden ingediend en voorzag hiertoe een in bijlage bij het besluit gepubliceerd formulier PK/VMP²⁸.

64. Hieraan kan worden toegevoegd dat artikel 6 van het KB van 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake de bescherming van de economische mededinging²⁹ een procedure organiseert voor het onontvankelijk verklaren van een klacht door het Auditoraat.³⁰ Deze procedure is echter optioneel vermits artikel 6 bepaalt dat het Auditoraat *“desgevallend”* (in de franse tekst: *“s’il l’estime nécessaire”*) de klager oproept voor een hoorzitting.

2) *Sepot van klachten die zonder voorwerp zijn geworden*

65. Het Auditoraat heeft in het verleden al een klacht geseponerd met de motivering dat zij zonder voorwerp was geworden in een zaak waarin de klacht was ingetrokken³¹.

66. De auditeur-generaal heeft bij toepassing van artikel IV.26, par. 2 (3°) WER de bevoegdheid om een onderzoek te openen. Deze bevoegdheid impliceert voor zover nodig dat het Auditoraat niet verplicht is om een zaak te openen. Wanneer het Auditoraat bij toepassing van artikel IV.42, par. 2 WER een zaak kan seponeren, kan de auditeur-generaal *a fortiori* rekening houden met de prioriteiten en de beschikbare

²⁷ Wetten gecoördineerd op 15 september 2006.

²⁸ BS, 22 november 2006, Ed.2.

²⁹ BS, 8 september 2013.

³⁰ Deze bepaling herneemt de tekst van artikel 8 van het KB van 31 oktober 2006 (BS, 22 november 2006).

³¹ Beslissing nr 2009-P/K-2-AUD van 4 maart 2009 in de zaak *Gauteng Agility Club t. Fédération Canine Internationale ASBL* en verwees daarbij naar de beslissing van de Raad nr. 2000-P/K 20 van 7 juni 2000

middelen bij het al dan niet ambtshalve openen van een onderzoek. Dit geldt wanneer de auditeur-generaal een ontvankelijke klacht ontvangt die *prima facie* gegrond lijkt. Het geldt *a fortiori* wanneer beslist wordt om al dan niet ambtshalve een zaak te openen op basis van informatie die verkregen werd in of met betrekking tot een onontvankelijke klacht.

V.1.2 Beroep tegen sepotbeslissingen

67. Zoals gesteld in eerdere beslissingen van het Mededingingscollege³² dient het Mededingingscollege bij een sepot gelet op de prioriteiten en beschikbare middelen na te gaan of de motieven toelaten vast te stellen waarom het Auditoraat seponeerde, en of de aangevochten beslissing gelet op haar motivering al dan niet kennelijk onredelijk was. Concreet dient het College bij een verwijzing naar het prioriteitenbeleid na te gaan of de voorliggende zaak in de prioriteitennota vermeld werd, en of, in het geval van vermelding, afdoende is gemotiveerd waarom de zaak op deze grond wordt geseponneerd.
68. Bij een sepot wegens het ongegrond zijn van een klacht moet het College zoals toegelicht in eerdere beslissingen van het College en van de Raad voor de Mededinging (die dienden te oordelen over de toepassing van vrijwel gelijkkluidende bepalingen)³³, nagaan of de beslissing niet berust op onjuiste feiten of een manifeste beoordelingsfout of afwending van bevoegdheid gelet op de argumenten en bewijsmiddelen waarover het beschikt³⁴.
69. Het College oordeelt dat een sepotbeslissing van het Auditoraat van een zaak die naar het oordeel van het Auditoraat onontvankelijk is of zonder voorwerp is geworden, getoetst moet worden zoals een klacht die ongegrond wordt geacht.
70. Meer algemeen moet het College zich laten leiden door de duidelijke wil van de Wetgever om het Auditoraat een zeer ruime beoordelingsmarge te laten bij de beslissing om al dan niet verder te gaan met een onderzoek. Dit geldt niet alleen wanneer een zaak geseponneerd wordt gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen, maar *a fortiori* betreffende de beslissing om een zaak niet te openen³⁵.

³² Beslissing [nr. BMA-2015-P/K-08 \(PDF, 955.55 Kb\)](#) van 25 maart 2015, in de zaak *Spira t. De Beers*, overw. 87 ev..

³³ Raad voor de Mededinging, beslissing nr 2010-P/K-36 van 22 september 2010 in de zaak *Syndicat des Libraires Francophones de Belgique/Dilibel*.

³⁴ [Beslissing n° ABC-2014-P/K-05 \(PDF, 5.21 MB\)](#) van 31 maart 2014 in de zaak *Clear Channel t. JCDecaux*, overw. 79 ev.. In overweging 82 formuleerde het College dit als volgt: « *Ainsi, le contrôle d'une décision de classement ne doit pas conduire le Collège à substituer son appréciation à celle de l'Auditorat, mais vise à vérifier que la décision ne repose pas sur des faits matériellement inexacts et qu'elle n'est pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir à la lumière des arguments et éléments de preuve à sa disposition. Le Collège considère qu'il doit examiner tout particulièrement si, eu égard à l'étendue des compétences de classement de l'Auditorat, et à la lumière de l'ensemble des éléments de fait et de droit portés par la requérante à la connaissance du Collège, les moyens invoqués par la requérante à l'appui de son recours démontrent à suffisance de droit que c'est manifestement à tort que l'Auditorat a décidé de classer la plainte. Le Collège ajoute qu'il aura, le cas échéant, la possibilité de confirmer une décision en suppléant les motifs.* »

³⁵ Zie hierover de eerder vermelde beslissing in de *Clear Channel t. JCDecaux* zaak en de beslissing [nr. BMA-2015-P/K-08 \(PDF, 955.55 Kb\)](#) van 25 maart 2015, in de zaak *Spira t. De Beers*.

V.2 Beoordeling in rechte van de aangevochten beslissing

V.2.1 Ontvankelijkheid van het beroep

71. Het College stelt vast dat het beroep is ingesteld binnen de in artikel IV.42, § 3 vermelde termijn en oordeelt dat in het verzoekschrift de gegevens gevonden kunnen worden die vermeld dienden te worden overeenkomstig artikel IV.42, § 3 WER.
72. Het College heeft er begrip voor dat het verzoekschrift niet het schema volgt dat wordt gesuggereerd in het artikel IV.79, § 4 WER waarnaar artikel IV.42, § 3 WER verwijst omdat dit schema alleszins niet op alle punten letterlijk kan worden gevolgd in een beroep tegen een sepot beslissing.
73. Het College stelt vast dat geen afschrift gestuurd diende te worden aan een derde partij omdat gelet op de opeenvolgende overdrachten van de betrokken activiteit geen derde partij werd vermeld in de kennisgeving van de aangevochten beslissing.
74. Het College acht het beroep ontvankelijk.

V.2.2 Eerste klacht

75. De klacht was gericht was tegen de rechtspersoon Omega Pharma NV. Er wordt niet betwist dat de betrokken activiteit later ondergebracht werd in een dochteronderneming Arseus NV³⁶. De aangevochten beslissing vermeldt dat Waterland Private Equity Investment BV op 25 november 2009 de controle verwierf over Arseus. De verzoeker vermeldt dit niet in zijn verzoekschrift, maar betwist evenmin dat Omega Pharma sindsdien niet langer actief is als leverancier van grondstoffen en verpakkingsmaterialen voor apotheken.
76. Het feit dat de onderneming waartegen de klacht is gericht zich uit een bepaalde markt heeft teruggetrokken betekent evenwel op zich voor het College niet dat de klacht zonder voorwerp is geworden.
77. Het Auditoraat kan beslissen een zaak te openen of niet te sluiten met het oog op het sanctioneren van een gedrag in het verleden. Maar gelet op de beoordelingsmarge van het Auditoraat betreffende het al dan niet openen of verder zetten van een zaak, is het Auditoraat daar *a fortiori* niet toe verplicht wanneer de betrokken onderneming zich uit de betrokken activiteit heeft teruggetrokken.

V.2.3 Aanvullende klacht

78. Zoals vermeld in par. 32 van deze beslissing kwalificeert de aangevochten beslissing de brief van verzoeker (toen klager) aan de Raad voor de Mededinging, haar voorzitter en griffie van 1 april 2011 als een wijziging of aanvulling van de klacht, die als klacht overeenkomstig de toen geldende regels ingediend had moeten worden bij het Auditoraat. De brief van 1 april 2011 werd niet alleen niet ingediend bij de in de wet aangeduide instantie. Zij voldeed ook niet aan de voorwaarden die werden gesteld in

³⁶ Sinds 15 december 2014 *Fagron NV*.

het eerder vermelde KB van 31 oktober 2006 betreffende het indienen van klachten door alleen te stellen dat: *“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.”*.

79. In zijn verzoekschrift stelt verzoeker echter dat zijn brief gezien moet worden als een stuk in de procedure voor de Raad voor de Mededinging betreffende zijn beroep tegen de sepotbeslissing van het Auditoraat van 10 december 2010. Het was in die context uiteraard logisch dat de brief gericht werd tot de Raad, haar voorzitter en griffie.
80. Het beroep tegen de sepotbeslissing van 10 december 2010 kon evenwel slechts betrekking hebben op de partij(en) die vermeld werd(en) in de aangevochten sepotbeslissing. Zoals de voorzitter van de Raad op 7 mei 2010, overigens na de op 21 april genomen beslissing, schreef aan verzoeker konden hijzelf, de algemene vergadering en de kamers van de Raad geen initiatief nemen. In een procedure zoals bedoeld in artikel 45, § 2 en § 3 WBEM 2006 konden de voorzitter en de kamer van de Raad immers geen derden in de zaak roepen of een bijkomend onderzoek vragen aan het Auditoraat omdat artikel 48, § 4 en § 5, 2° lid WBEM 2006 niet van toepassing waren bij de behandeling van een beroep tegen een sepotbeslissing.
81. Gelet op artikel 45, § 1 WBEM 2006 diende het Auditoraat te beslissen dat de klacht in zoverre zij betrekking had op Arseus NV onontvankelijk was. En in zoverre de brief van 1 april 2011 niet als een klacht wordt beschouwd, moet worden vast gesteld dat er geen klacht was tegen Arseus maar een proceshandeling die elke rechtsgrond miste.

V.2.4 Het niet openen van een ambtshalve onderzoek

82. Het College heeft er begrip voor dat een beslissing wegens onontvankelijkheid over kan komen als overdreven formalistisch indien die beslissing er toe leiden zou dat een gegronde klacht niet wordt behandeld. Maar het College stelt vast dat het Auditoraat die bekommernis deelde, en zorgvuldig naging of er voldoende aanleiding was om een ambtshalve onderzoek te openen.
83. Het College herinnert eraan dat het in zijn beslissing van 18 juli 2014 in de *Electrabel* zaak³⁷ betreffende heel specifieke omstandigheden oordeelde dat overdreven prijzen gesanctioneerd dienden te worden als een zeer zware inbreuk op artikel IV.2 WER. Overdreven prijzen dienen dus niet als regel bij voorrang behandeld te worden bij toepassing van de regels van boek V WER.
84. In deze zaak oordeelt het College evenwel dat gelet op de feitelijke elementen vermeld in de uitvoerige motivering waarom geen ambtshalve onderzoek geopend werd, de motivering niet als kennelijk onredelijk kan worden verworpen.

³⁷ [Beslissing n° ABC-2014-I/O-15 van](#) 18 juli 2014, *Electrabel*.

V.2.5 Kritiek op het onderzoek en het verwijt van schuldig verzuim

85. Zoals vermeld stuurde verzoeker op 12 november 2014 een brief aan de – inmiddels opgeheven - Raad voor de Mededinging waarin hij stelde dat de Raad voor de Mededinging “*officieel in gebreke [is] wegens schuldig verzuim*”³⁸.
86. Het College herinnert er aan dat de BMA werd opgericht op 6 september 2013.
87. Uit de stukken blijkt dat niet wordt betwist dat in 2013 Verzoeken om Inlichtingen³⁹ werden verstuurd naar Ophaco, 2Pharma, APB, en ABC Chemicals/Vemedia met de vraag hoe de omvang van de betrokken verpakgings- en grondstoffen markten in België dienden te worden ingeschat.
88. Uit het verzoekschrift blijkt dat verzoeker niet betwist dat de auditeur-generaal op 10 december 2014 antwoordde op de brief met ingebrekestelling van verzoeker aan de Raad voor de Mededinging van 12 november 2014. Dit was een gemotiveerd antwoord. Er wordt evenmin betwist dat de verzoeker op 30 januari 2015 werd meegedeeld dat hij in maart een beslissing mocht verwachten, en zo geschiedde.
89. Het College oordeelt dan ook dat aan het Auditoraat van de BMA geen verzuim verweten kan worden.

V.3 Besluit

90. Indien de aangevochten beslissing beoordeeld wordt in het licht van de beschikbare middelen en de prioriteiten van de BMA, oordeelt het College dat de motivering van de aangevochten beslissing duidelijk aangeeft om welke redenen het Auditoraat besliste de klacht te seponeren. Het College acht deze redenen niet kennelijk onredelijk.
91. Het College stelt verder vast dat de aangeklaagde feiten dateren uit de periode 2001-2002 en uit 2004. Verder stelt het College vast dat Omega Pharma sinds 2009 noch direct, noch via een gecontroleerde onderneming een inbreuk kan hebben gepleegd op de betrokken markt vermits niet wordt betwist dat de controle over Arseus NV op 25 november 2009 overgenomen werd door Waterland (zie ook H.v.J. C-65/02, 14 juli 2005, ThyssenKrupp Stainless). Uit de beschikbare stukken blijkt ook niet dat de verjaring door onderzoeksdaden jegens Omega Pharma zou zijn gestuit. Het College dient zich bijgevolg inzake de eerste klacht te beperken tot de vaststelling dat de door Omega Pharma eventueel gepleegde feiten op de datum van de aangevochten beslissing verjaard waren gelet op artikel IV.80, § 1 WER, een verjaring die door het College ambtshalve kan worden ingeroepen.
92. Ook indien de aangevochten beslissing niet beoordeeld wordt in het licht van de beschikbare middelen en de prioriteiten van de BMA, oordeelt het College, gelet op de argumenten en bewijsmiddelen waarover het beschikt en op wat gesteld werd onder het vorige randnummer, dat de beslissing niet berust op onjuiste feiten of een manifeste beoordelingsfout of afwending van bevoegdheid:

³⁸ Schrijven van Cuyckens d.d. 12 november 2014: dossier blz. 1035-1047.

³⁹ Zie verzoeken om inlichtingen en antwoorden: dossier blz. 1063-1262.

- Er wordt niet betwist dat ,geen klacht tegen Arseus werd ingediend bij het Auditoraat,
- Het is niet kennelijk onredelijk en geen manifeste beoordelingsfout om, gelet op deze feiten en de andere feitelijke elementen die in de aangevochten beslissing zijn vermeld, te beslissen dat deze zaak inzake de aanvullende klacht onontvankelijk is, en haar daarom te seponeren,
- Het is evenmin kennelijk onredelijk en getuigt niet van een manifeste beoordelingsfout wanneer het Auditoraat, gelet op deze feiten en de andere feitelijke elementen die in de aangevochten beslissing zijn vermeld, in het licht van de in de aangevochten beslissing opgesomde factoren waarmee de BMA rekening houdt om het belang van een zaak in te schatten, beslist om geen ambtshalve onderzoek te openen.
- Zo men kan oordelen dat de onderzoeksdaden van het Auditoraat in 2013 erop wijzen dat een ambtshalve onderzoek *de facto* geopend werd, was het Auditoraat, gelet op het voorgaande, alleszins gerechtigd om de zaak te seponeren.

OM DEZE REDENEN

Beslist het Mededingingscollege bij toepassing van artikel IV.42, §§ 2 en 3 WER:

- dat het beroep van 20 april 2015 ontvankelijk is doch ongegrond,
- en verwerpt het dit beroep.

Aldus beslist op 1 juli 2015 door het Mededingingscollege samengesteld uit Jacques Steenbergen, voorzitter van het Mededingingscollege en voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit, Gerben Pauwels en Caroline Cauffman, assessoren van de Belgische Mededingingsautoriteit.

Voor het Mededingingscollege

J. Steenbergen
voorzitter