

Publieke versie

BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

Auditoraat

Beslissing BMA-2025-RPR-13-AUD

zaak MEDE-I/O-16/0008: SMAN

Schikkingsbeslissing

I. Betrokken partijen	5
I.1 Johnson & Johnson Consumer NV	5
I.2 Boehringer Ingelheim SComm	5
I.3 Haleon Belgium NV	6
II. Procedure.....	6
II.1 De aanvang van het onderzoek	6
II.2 Clementieverzoek	7
II.3 Verloop procedure.....	7
III. Het onderzoek.....	8
III.1 Betrokken producten	8
III.2 Beschrijving van de onderzochte praktijken.....	8
III.3 Feiten	9
III.3.1 De overeenkomsten met betrekking tot het SMAN-project	9
III.3.2 De Golden Rules	10
III.3.3 SMAN en AIDA	11
III.3.4 Gratis dienstverlening aan de SMAN-apotheken.....	12
III.3.5 Onderzochte praktijken in detail	12
III.3.5.a Uitsluiting van (producten van) concurrenten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen	12
III.3.5.b Bevoordeling eigen producten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen.....	13
i) Meer facings voor founding partners	13
ii) Additionele voorwaarden voor (nieuwe) producten van renters.....	15
iii) Enkel founding partners mogen centraal op het schap staan	15
III.3.5.c Opvolging van de SMAN-afspraken en monitoring van de implementatie van de planogrammen in de SMAN-apotheken	16
IV. Omvang en duur van de praktijken	17
IV.1 Geografische reikwijdte	17
IV.2 Duur	17
V. Juridische analyse	17
V.1 Ondernemingen.....	18
V.1.1 Principes.....	18
V.1.2 Toepassing op de geschetste praktijken.....	18
V.2 Overeenkomst en/of onderling afgestemde gedraging	18
V.2.1 Principes.....	18

V.2.2 Toepassing op de geschetste praktijken.....	19
V.3 Beperking van de mededinging	20
V.3.1 Principes.....	20
V.3.2 Toepassing op de zaak.....	22
V.3.2.a Aard van de overeenkomst.....	22
V.3.2.b De inhoud en bewoording van de bepalingen.....	23
V.3.2.c Juridische en economische context	24
V.3.2.d Conclusie.....	25
V.4 Eén enkele voortdurende inbreuk.....	25
V.4.1 Principes.....	25
V.4.2 Toepassing op de zaak	25
V.5 Merkbare beïnvloeding van de mededinging op de Belgische markt en effect op de handel tussen lidstaten.....	27
V.5.1 Principes.....	27
V.5.2 Toepassing op de zaak	28
V.6 Niet-toepasbaarheid van de artikelen IV.1, §3 WER en 101, lid 3 VWEU	28
VI. Aansprakelijkheid.....	28
VI.1 Principes.....	28
VI.2 Toepassing op de zaak	30
VI.2.1 Johnson & Johnson Consumer NV	30
VI.2.1.a Deelname aan SMAN	30
i) Janssen-Cilag NV	30
ii) McNeil Comm. VA	31
iii) Johnson & Johnson Consumer NV	31
VI.2.1.b Toerekenbaarheid	31
VI.2.2 Boehringer Ingelheim SComm	32
VI.2.2.a Deelname aan SMAN	32
VI.2.2.b Toerekenbaarheid	32
VI.2.3 Haleon Belgium NV	33
VI.2.3.a Deelname aan SMAN	33
VI.2.3.b Toerekenbaarheid inbreuk	33
VII. Sancties	34
VII.1 Toepasselijke richtsnoeren.....	34
VII.2 Boeteberekening	34
VII.2.1 Basisbedrag van de boete.....	34

VII.2.1.a Berekeningsbasis en referentiejaar	34
VII.2.1.b Ernst van de inbreuk.....	35
VII.2.1.c Duur van de inbreuk.....	36
VII.2.1.d Toevoeging extra bedrag (entry fee)	37
VII.2.2 Aanpassing van het bedrag in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden	37
VII.2.2.a Verzwarende omstandigheden.....	37
VII.2.2.b Verzachtende omstandigheden.....	37
VII.2.3 Wettelijk maximum van de boete	38
VII.2.4 Korting duurtijd onderzoek.....	38
VII.2.5 Korting voor schikking.....	38
VII.2.6 Boetes opgelegd aan de ondernemingen in het kader van huidige schikkingsprocedure	39
VII.2.7 Stopzetting inbreuk	39
VIII. Beslissing.....	39

I. Betrokken partijen

I.1 Johnson & Johnson Consumer NV

1. Johnson & Johnson Consumer NV, een vennootschap naar Belgisch recht, heeft haar zetel te Michel de Braeystraat 52, 2000 Antwerpen (ondernemingsnummer 0401.955.033) en is actief in de consumer healthcare markt.
2. Binnen de Johnson & Johnson groep werden de OTC-activiteiten van Janssen-Cilag NV in augustus 2017 overgenomen door het toenmalige McNeil Comm. VA, dat reeds actief was in die sector.¹ Johnson & Johnson Consumer NV heeft op 1 juli 2010 het toenmalige McNeil Comm. VA overgenomen; bijgevolg werden de OTC-activiteiten van deze laatste entiteit overgedragen aan Johnson & Johnson Consumer NV.
3. Op 23 augustus 2023 werden de consumer healthcare care activiteiten na een Initial Public Offering (IPO) finaal afgescheiden van de Johnson & Johnson groep en ondergebracht in een onafhankelijke onderneming, Kenvue Inc.

I.2 Boehringer Ingelheim SComm

4. Boehringer Ingelheim SComm, een vennootschap naar Belgisch recht, heeft haar zetel te Arnaud Fraiteurlaan 15/23, 1050 Elsene (ondernemingsnummer 0435.953.632) en is actief in het op de markt brengen en verkopen van humane geneesmiddelen.
5. Boehringer Ingelheim SComm had tot 17 december 2020 de rechtsvorm van een SCS en is ontstaan door fusie met opslorping van Boehringer Ingelheim SA door Boehringer Ingelheim Coordination Centre SCS.²
6. Boehringer Ingelheim SCS was voorheen ook actief in de verkoop van OTC-geneesmiddelen en diergeneesmiddelen. Sanofi SA heeft echter op 1 januari 2017 onder voorwaarden de consumer healthcare activiteiten van Boehringer Ingelheim verworven in het kader van een strategische transactie ('business swap'). De transactie betrof de ruil van de Animal Health-divisie 'Merial' van Sanofi en de Consumer Healthcare-divisie 'CHC' van Boehringer Ingelheim.³ Als gevolg hiervan hebben de Belgische ondernemingen Boehringer Ingelheim SCS en Merial Belgium NV een partiële splitsing doorgevoerd op 30 juni 2017, waarbij alle activa en passiva en alle rechten en verplichtingen met

¹ Comm. VA stond destijds voor commanditaire vennootschap op aandelen. In het nieuw wetboek voor verenigingen en vennootschappen (WVV), dat in werking trad op 1 mei 2019, werd deze rechtsvorm geschrapt.

² Boehringer Ingelheim SA werd bij akte van 30 juni 2006 gefuseerd met opslorping door de vennootschap Boehringer Ingelheim Coordination Centre SCS (société en commandite simple). De naam van Boehringer Ingelheim Coordination Centre werd gewijzigd naar Boehringer Ingelheim. Zie bijlagen van de rechtspersonen bij het Belgisch Staatsblad van 28 juli 2006.

In het nieuw wetboek voor verenigingen en vennootschappen (WVV), dat in werking trad op 1 mei 2019, werd de gewone commanditaire vennootschap omgedoopt tot de commanditaire vennootschap.

Op 18 september 2020 werd de rechtsvorm SCS van Boehringer Ingelheim gewijzigd in een commanditaire vennootschap (SComm - société en commandite). Zie bijlagen van de rechtspersonen bij het Belgisch Staatsblad van 30 december 2020.

Op 21 oktober 2022 werd de naam van de Belgische vennootschap Boehringer Ingelheim gewijzigd naar Boehringer Ingelheim SComm. Zie bijlagen van de rechtspersonen bij het Belgisch Staatsblad van 14 november 2022.

³ Beslissing EC in de zaak M.7919 - *Sanofi/Boehringer Ingelheim Consumer Healthcare Business* van 4 augustus 2016.

betrekking tot het Animal Health Business Segment van Boehringer Ingelheim SCS zijn overgedragen aan en overgenomen door Merial Belgium NV. De naam van Merial Belgium NV werd gewijzigd in Boehringer Ingelheim Animal Health Belgium NV.⁴

7. Boehringer Ingelheim SComm is een volledige indirecte dochtervennootschap van C.H. Boehringer Sohn AG & Co. KG.⁵

I.3 Haleon Belgium NV

8. Haleon Belgium NV, een vennootschap naar Belgisch recht, heeft haar zetel te Da Vincilaan 5, 1930 Zaventem (ondernemingsnummer 0404.195.238) en is actief in de consumer healthcare sector.

9. Haleon Belgium is sinds 17 februari 2023 de nieuwe naam van GlaxoSmithKline Consumer Healthcare, dat sedert 18 juli 2022 onder de zeggenschap staat van Haleon plc en niet langer onder GSK plc.⁶

II. Procedure

II.1 De aanvang van het onderzoek

10. Op 29 maart 2016 werd door de auditeur-generaal van de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna: "BMA") op basis van het destijds toepasselijke oude artikel IV.41, §1, 2° WER een ambtshalve onderzoek geopend.

11. Dit ambtshalve onderzoek werd geregistreerd onder het nummer MEDE-I/O-16/0008 en handelt over de vermeende schending van de artikelen IV.1 WER en/of 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: "VWEU").

12. De heer Patrick Marchand werd op 29 maart 2016 door de auditeur-generaal aangewezen als auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek. Mevrouw Silvie Van Goethem, de heer Michiel Vervloet (tot 2021) en mevrouw Karen Vanderstraeten (tot 2017), allen attaché bij de BMA, werden door de auditeur-generaal toegevoegd aan het onderzoeksteam.

13. Overeenkomstig het destijds toepasselijke oude artikel IV.29 WER werd de heer Antoon Kyndt aangeduid als tweede auditeur die deel uitmaakt van de cel die wordt samengesteld voor deze zaak.

14. Op 1 september 2017 heeft de auditeur-generaal overeenkomstig het destijds toepasselijke oude artikel IV.27, §2 en §3 WER nieuwe aanduidingen gedaan. Mevrouw Devi Wyns, auditeur bij de BMA, werd aangewezen als auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek en mevrouw Valerie Demedts (tot mei 2021), attaché bij de BMA, werd toegevoegd aan het bestaande onderzoeksteam.

⁴ Zie 'Rapport de gestion à L'Assemblée Générale du 28 mai 2019', bij de jaarrekening van 2018 van Boehringer Ingelheim SCS, te consulteren via de website van de NBB (balanscentrale).

⁵ E-mail meester Raes d.d. 7 januari 2021 en Bijlage 4 (Organigram) van antwoord Boehringer Ingelheim van 21 augustus 2020.

⁶ Op 18 juli 2022 heeft GSK plc de Consumer Healthcare Business, met inbegrip van GlaxoSmithKline Consumer Healthcare SA afgesplitst. Haleon plc heeft de verantwoordelijkheid op zich genomen voor de activiteiten van GlaxoSmithKline op het gebied van "consumer healthcare" na de afsplitsing van die activiteiten van GSK plc en de start van een autonome, beursgenoteerde onderneming op 18 juli 2022. Zie antwoord GlaxoSmithKline Consumer Healthcare SA (Haleon) d.d. 22 augustus 2022, p. 1.

15. Na de inwerkingtreding van de wet van 2 mei 2019 heeft de auditeur-generaal overeenkomstig artikel IV.27, §4 WER de heer Antoon Kyndt aangewezen als auditeur-adviseur.
16. Mevrouw Devi Wyns werd op 17 januari 2022 vervangen door de heer Karel Marchand als auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek.

II.2 Clementieverzoek

17. Op [Vertrouwelijk] werd door [Vertrouwelijk], toenmalig [Vertrouwelijk] en [Vertrouwelijk] (hierna: “de clementieverzoeker [Vertrouwelijk]”) een verzoek tot toekenning van een voorbehouden rang ingediend in overeenstemming met punt 32 van de Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten in kartelzaken van 22 oktober 2007 (verder “Clementiemededeling”).
18. Op [Vertrouwelijk] heeft de clementieverzoeker [Vertrouwelijk] zijn verzoek tot voorbehouden rang vervolledigd met de informatie die nodig is om voor volledige vrijstelling Type 1A op grond van randnummers 36 en volgende van de Clementiemededeling in aanmerking te kunnen komen, onder de vorm van een ondernemingsverklaring vergezeld van bewijsmateriaal.
19. Op [Vertrouwelijk] en [Vertrouwelijk] hebben respectievelijk de [Vertrouwelijk] bij [Vertrouwelijk], en de [Vertrouwelijk] bij [Vertrouwelijk], een verzoek tot immuniteit van vervolging ingediend op grond van het destijds toepasselijke oude artikel IV.46, §2 WER.
20. De clementieverzoeker [Vertrouwelijk] heeft aanvullende ondernemingsverklaringen ingediend op [Vertrouwelijk], op [Vertrouwelijk] en op [Vertrouwelijk].
21. Op [Vertrouwelijk] heeft het Mededingingscollege een clementieverklaring aangenomen waarbij aan [Vertrouwelijk] en haar dochterondernemingen toenmalig [Vertrouwelijk] en [Vertrouwelijk] een volledige vrijstelling van geldboeten Type 1A voorwaardelijk werd toegekend op grond van het destijds toepasselijke oude artikel IV.46, §1, lid 3 WER en punt 10 van de Clementiemededeling, alsook een voorwaardelijke verlening van immuniteit van vervolging met betrekking tot heer [Vertrouwelijk] bij [Vertrouwelijk], en de heer [Vertrouwelijk] bij [Vertrouwelijk], op grond van het destijds toepasselijke oude artikel IV.46, §2 WER.

II.3 Verloop procedure

22. De BMA heeft tijdens de periode van 23 mei 2016 tot en met 27 mei 2016 huiszoeken verricht bij de ondernemingen Boehringer Ingelheim SCS, GlaxoSmithKline Consumer Healthcare SA (huidig Haleon Belgium NV), Johnson & Johnson Consumer NV, [Vertrouwelijk], Promomed SA en Promed Retail SA.
23. Tijdens het onderzoek werden verzoeken om inlichtingen verstuurd naar de betrokken partijen, alsook naar concurrerende marktspelers en relevante stakeholders.
24. Op [Vertrouwelijk] heeft de auditeur, na advies van de auditeur-adviseur, overeenkomstig artikel IV.46, §1 WER een mededeling van grieven gedaan aan de betrokken partijen.
25. Op [Vertrouwelijk] heeft de auditeur-generaal de schikkingsprocedure geopend.
26. De schikkingsgesprekken hebben plaatsgevonden [Vertrouwelijk].
27. Op [Vertrouwelijk] heeft de auditeur, de Europese Commissie in kennis gesteld van het voorontwerp van de schikkingsbeslissing.

28. Op [Vertrouwelijk] heeft de auditeur, in toepassing van artikel IV.58 WER, aan de betrokken partijen een ontwerp van schikkingsbeslissing meegedeeld en tevens aan de betrokken partijen verzocht om hem uiterlijk tegen [Vertrouwelijk] een schikkingsverklaring toe te zenden.

29. Op [Vertrouwelijk] heeft Boehringer Ingelheim SComm een schikkingsverklaring afgelegd waarin zij haar betrokkenheid bij de inbreuk zoals beschreven in het ontwerp van schikking erkent en de voorgenomen boete vermeld in het ontwerp aanvaardt. Op [Vertrouwelijk] hebben Johnson & Johnson Consumer NV en Haleon Belgium NV een gelijkaardige schikkingsverklaring afgelegd. [Vertrouwelijk] heeft geen schikkingsverklaring ingediend.

III. Het onderzoek

III.1 Betrokken producten

30. Het onderzoek betreft het Space Management project (verder “SMAN-project”), dat betrekking had op de plaatsing van OTC-geneesmiddelen in de daartoe beschikbare kastruimte, zijnde achter de toonbank, bij geselecteerde SMAN-apotheken in België.

31. OTC-geneesmiddelen zijn niet-voorschriftplichtige geneesmiddelen die in België enkel verkrijgbaar zijn bij zowel online apotheken als bij fysieke apotheken.⁷ Deze producten behandelen veel voorkomende, zelf te behandelen gezondheidsproblemen en symptomen zoals verkoudheden, lichte pijn, allergieën en andere aandoeningen die grote delen van de bevolking raken.

32. Een product wordt in de categorie van de OTC geplaatst omdat het een therapeutisch bestanddeel bevat. Gelet op deze werkzame bestanddelen is de reclame voor en de verkoop van OTC-geneesmiddelen gereguleerd. De Belgische wetgeving staat reclame voor OTC-geneesmiddelen toe, maar met beperkingen ten aanzien van de wijze waarop dit mag gebeuren en onderworpen aan een voorafgaande controle.

33. In het kader van het SMAN-project werden de belangrijkste categorieën van de OTC-geneesmiddelen geplaatst op de schappen achter de toonbank: Hoest en verkoudheden (winter), Pijnstilling, Verteringsproblemen, Vitaminen en Verzorging.⁸ Daarnaast werden er ook twee categorieën als themakasten geplaatst, met name Reisapotheek en Sport.

III.2 Beschrijving van de onderzochte praktijken

34. Het auditoraat heeft verschillende gedragingen van de betrokken partijen, die zichzelf als “founding partners” bestempelden binnen het SMAN-project, onderzocht. Uit dit onderzoek volgt dat deze gedragingen gekwalificeerd kunnen worden als één enkele voortdurende inbreuk op artikel IV.1 WER en artikel 101 VWEU.

⁷ Het SMAN-project betrof echter enkel plaatsing van OTC-geneesmiddelen in fysieke apotheken (“offline”). Evenwel kunnen in bepaalde gevallen de betrokken OTC-geneesmiddelen ook voorgeschreven worden door de arts, en in dat geval kan er gebruik gemaakt worden van de financieel voordelige regeling die geldt voor voorgeschreven producten.

⁸ Nieuwe (sub)categorieën dienden goedgekeurd te worden door de founding partners tijdens een strategische vergadering.

35. De verschillende gedragingen die deel uitmaken van deze inbreuk hadden als gemeenschappelijk doel het verdelen en controleren van de opstelling van OTC-geneesmiddelen op de schappen in een belangrijk gedeelte van het verkoopkanaal voor consumenten, door middel van:

- Uitsluiting van (producten van) concurrenten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen;
- Bevoordeling van eigen producten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen;
- Opvolging van de SMAN-afspraken en de monitoring van de implementatie van de planogrammen in de SMAN-apotheken.

III.3 Feiten

III.3.1 De overeenkomsten met betrekking tot het SMAN-project

36. Het SMAN-project werd begin 2000 opgericht door [Vertrouwelijk] om de verkoop van OTC-geneesmiddelen te bevorderen.

37. Het SMAN-project is geconcipeerd door de stichtende leden van het project, de zogenaamde 'founding partners', waaronder Janssen-Cilag NV en Novartis Consumer Health NV.

38. [Vertrouwelijk] was als vertegenwoordiger van Janssen-Cilag van bij de aanvang in 2000 de projectleider van het SMAN-project. Janssen-Cilag NV (vanaf midden 2007 McNeill Comm. VA) nam onder zijn leiding en coördinatie het volledige dagelijkse beheer ('*legal + secrétariat + finance*') van het SMAN-project op zich.

39. Janssen-Cilag NV en Novartis Consumer Health NV hebben hun SMAN-samenwerking formeel vastgelegd in de initiële overeenkomst van 1 maart 2002.

40. In deze initiële overeenkomst was bepaald dat de SMAN-dienstverlening betrekking had op het visualiseren en ordenen van de belangrijkste categorieën OTC-geneesmiddelen via de inrichting van de beschikbare kastruimte bij de (geselecteerde) apotheken. De inrichting diende te gebeuren aan de hand van bepaalde gegevens met betrekking tot (i) de visualisatie en signalisatie vanuit het oogpunt van de consument en (ii) het marktaandeel van een gegeven OTC-geneesmiddel binnen de bestaande categorie, zonder onderscheid naar producent.

41. De initiële overeenkomst stelde voorts dat iedere geïnteresseerde partij, die zich akkoord verklaarde met de doelstellingen van SMAN, kon toetreden tot het SMAN-project. Met betrekking tot de modaliteiten van deelname was er een onderscheid naargelang een partij wenste gebruik te maken van het volledige dienstenpakket, dan wel enkel geïnteresseerd was in een beperkte deelname (beperkt aantal specifieke categorieën dan wel louter thematische interesse).

42. Boehringer Ingelheim SA trad in januari 2003 toe tot het SMAN-project en werd gelijkgesteld met een founding partner. Midden 2007 werd binnen de Johnson & Johnson groep founding partner Janssen-Cilag NV vervangen door McNeil Comm. VA, die op haar beurt midden 2010 werd vervangen door Johnson & Johnson Consumer NV.

43. Ook andere farmaceutische ondernemingen, zogenaamde "renters", namen deel aan het SMAN-project met sommige producten en voor een beperkte periode. Hiervoor betaalden zij per Stock Keeping Unit (SKU) een door de founding partners bepaald bedrag. In de beginjaren van SMAN werden

deze renters slechts betrokken bij de ontwikkeling van themakasten zoals 'Reisapotheek' en 'Sport'. Later had de deelname van de renters ook betrekking op de andere kasten/categorieën van de OTC-geneesmiddelen van het SMAN-project.

44. De toetreding van Boehringer Ingelheim SA evenals de beperkte deelname van andere farmaceutische ondernemingen (renters), gebeurde telkens op basis van een overeenkomst. Deze overeenkomst werd als een addendum aan de initiële overeenkomst van 1 maart 2002 toegevoegd.

45. De schapruimte bij de door de founding partners geselecteerde apotheken werd ingericht op grond van de door de founding partners opgestelde planogrammen. Pharmadeal NV was de initiële derde-dienstverlener, die instond voor de implementatie van de door de founding partners opgestelde planogrammen. Via een dienstverleningsovereenkomst werd een exclusieve afgevaardigde, een zogeheten "space manager", ter beschikking gesteld van de betrokken founding partner. Deze space managers bezochten periodiek de SMAN-apotheken om de schappen overeenkomstig de door de founding partners opgestelde planogrammen in te richten. Hun taak bestond er evenwel niet in om bestellingen op te nemen of producten aan de apotheek te leveren en was dus in de praktijk beperkt tot de implementatie van planogrammen tijdens hun bezoeken.

46. Eind 2009 beslisten de founding partners om het SMAN-project volledig te externaliseren naar een andere onderneming, namelijk Promomed. Promomed, dat sedert 29 september 2010 betrokken was als externe dienstverlener, werd ook verantwoordelijk voor het dagelijkse beheer van het SMAN-project. [Vertrouwelijk] bleef de leiding en coördinatie van dit project verder behouden, [Vertrouwelijk]. Ook het bestaande team van space managers ging mee over naar Promomed.

47. De founding partners, waaronder Johnson & Johnson Consumer NV, Novartis Consumer Health NV en Boehringer Ingelheim SCS ondertekenden elk individuele overeenkomsten met de dienstverlener Promomed. Dit betrof telkens een basisovereenkomst alsook een deelnameovereenkomst. De bepalingen van de basisovereenkomsten met Promomed stemden overeen met de bepalingen van de initiële overeenkomst van 1 maart 2002.

48. De renters sloten eveneens rechtstreeks met de dienstverlener Promomed een individuele basisovereenkomst en deelnameovereenkomst af.

III.3.2 De Golden Rules

49. De hoger beschreven overeenkomsten, de zogenaamde formele SMAN-overeenkomsten, werden afgesloten zowel vóór als tijdens de betrokkenheid van Promomed. Deze overeenkomsten werden aangevuld met een set van interne regels, de zogenaamde Golden Rules. Deze regels werden vanaf 2000 opgesteld door de founding partners. Zij bepaalden hoe voormelde overeenkomsten concreet in de praktijk zouden uitgevoerd worden en vormden de basis voor het ontwerp van de planogrammen en de algemene voorwaarden voor de toetreding van ondernemingen tot SMAN. De Golden Rules zorgden ervoor dat de producten van de founding partners bevoordeeld werden bij de eigenlijke organisatie van de schappen. Daarnaast leidden zij tot uitsluiting van (producten van) concurrenten in de opmaak en bij de implementatie van de planogrammen. De formele overeenkomsten bevatten geen verwijzing naar de Golden Rules, noch bevatten zij het onderscheid tussen founding partners en renters zoals gebruikt in de Golden Rules.

50. Door de overdracht in september 2010 van het beheer van het SMAN-project door de founding partners aan Promomed, een 'derde', 'onafhankelijke' onderneming, verzekerden de founding partners zich ervan dat deze overdracht in praktijk geen aanzienlijke veranderingen of nadelige gevolgen voor

hen zou veroorzaken. SMAN zou gewoon verder blijven lopen volgens de bestaande objectieven en wensen van de founding partners. Dit werd mede gewaarborgd door [Vertrouwelijk]. Promomed was van bij de start op de hoogte van de wens van de founding partners om controle te behouden over het door hen opgezette SMAN-project. De opmaak van de planogrammen verliep dan ook volledig verder via de Golden Rules, die in 2013 werden herzien (hierna: Golden Rules 2013).

51. Zowel uit de initiële Golden Rules als uit de Golden Rules 2013 blijkt dat de founding partners een onderscheid maakten tussen zichzelf (de “founding partners”), andere farmaceutische ondernemingen die deelnamen aan het SMAN-project (de “renters”) en de andere marktspelers die niet werden opgenomen in het SMAN-project. Voor elk van deze drie groepen gold specifieke regels. Deze regels betroffen in essentie het vastleggen van de producten die mogen deelnemen aan SMAN, de berekening van het aantal facings voor elk product en het bepalen van de plaats op de schappen in de SMAN-apotheken die deze producten kregen toebedeeld in de planogrammen.

52. In 2015 was er een nieuwe herziening van de Golden Rules 2013 gepland, doch op het moment van de gerichte huiszoekingen van de BMA in mei 2016, hadden de founding partners hierover nog geen unaniem akkoord bereikt. De Golden Rules 2013 waren hierdoor nog steeds van toepassing.

III.3.3 SMAN en AIDA

53. Uit het AIDA-marketingmodel (Attention, Interest, Desir en Action) volgt dat wanneer een marketingcampagne voor een bepaald product gevoerd wordt, het belangrijk is dat consumenten dit product vervolgens kunnen zien staan op het schap om zich het product te kunnen herinneren, zodat zij tot een aankoop kunnen worden aangezet.⁹

54. Het marketingmodel AIDA werd door de founding partners toegepast op SMAN, wat blijkt uit een presentatie door [Vertrouwelijk] uit 2012 met als titel ‘Techniques de Merchandising en Pharmacie’. Deze presentatie bevat een slide ‘Mechanism from consumer market: AIDA & SMAN.’¹⁰

55. De betrokken partijen waren er zich inderdaad van bewust dat het AIDA-marketingmodel een rol speelt in het beslissingsproces van de consument bij de aankoop van OTC-geneesmiddelen. Hieruit volgt dat ook tv-spotjes en advertenties in magazines een uitwerking op dat beslissingsproces hebben, net zoals het advies van specialisten zoals artsen en apothekers.

56. Het belang van de visibiliteit van een OTC-product voor het beslissingsproces van de consument in de apotheek was bovendien al van bij de aanvang van het SMAN-project door de founding partners duidelijk vooropgesteld.¹¹

57. Gelet op het gebrek aan alternatieve verkooppunten en de relatief beperkte schapruimte in elke apotheek, is het voor farmaceutische ondernemingen van vitaal belang om met hun producten zichtbaar aanwezig te zijn op de schappen in apotheken.

⁹ Het AIDA-model is een marketingmodel waarbij vier essentiële stappen die in een reclame-uiting aan bod moeten komen, beschreven worden. AIDA is een acroniem dat gevormd wordt door Attention, Interest, Desire en Action.

¹⁰ Huiszoekingsstuk 1608-4_00000150.

¹¹ Huiszoekingsstukken 1608-3_00000087, 1608-3_00000028 en 1608-3_00000042.

III.3.4 Gratis dienstverlening aan de SMAN-apotheken

58. De organisatie voor elke betrokken OTC-categorie in de geselecteerde apotheken gebeurde op basis van een planogram, dat het aantal facings bepaalde voor de geplaatste OTC-geneesmiddelen en de positionering ervan binnen de kast (bijvoorbeeld bovenaan, in het midden, ...). Deze dienstverlening was gratis voor de door de founding partners geselecteerde SMAN-apotheken en werd aangeboden naast de bezoeken die werden afgelegd door de eigen vertegenwoordigers van ieder van de producenten (ook deze die niet aan SMAN deelnamen) aan de apothekers.

59. Aanvankelijk stelden alle betrokken partijen dat hierbij de principes van categoriemanagement werden toegepast op de beschikbare schappen voor OTC-geneesmiddelen. Uit stukken van het onderzoeksdossier volgt dat Promomed in dezelfde zin de activiteiten van haar Spaceman-Team in een presentatie van 2016 had omschreven als "categoriemanagement in apotheken".¹²

60. In de presentatie van de strategische vergadering van 8 december 2014 werd er daarenboven op gewezen dat de SMAN-dienstverlening al 15 jaar als enige aanwezig was in het kader van categoriemanagement (*'Present since 15 years Monopole', 'SMAN professional in categorie Management'*). In dezelfde presentatie werd toen gewezen op de komst van een concurrent (*'Competitive Entry Redpharma !!!'*).¹³

III.3.5 Onderzochte praktijken in detail

61. Afhankelijk van de betrokken tijdsperiode dekt de term 'founding partner' niet alleen de drie stichtende partners van de overeenkomst van 1 maart 2002, maar ook de latere partners die in dezelfde hoedanigheid (met bijhorende rechten) als founding partner deelnamen. Alle bij de schikking betrokken partijen zijn betrokken bij SMAN als founding partner of als de rechtsopvolger ervan.

III.3.5.a Uitsluiting van (producten van) concurrenten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen

62. De Golden Rules hielden algemene voorwaarden in voor de toetreding tot SMAN.

63. In de initiële Golden Rules hadden de founding partners de regel opgenomen dat een producent een ernstig en geloofwaardig imago diende te hebben om deel te kunnen nemen aan SMAN. Daarnaast gold ook de regel dat de installatie van een product geen tijd mocht doen verliezen ten koste van de andere partners indien het geen deel uitmaakt van de voornaamste categorieën. Beide regels waren zo geformuleerd dat zij de founding partners voldoende ruimte lieten om op subjectieve wijze de planogrammen in hun voordeel in te vullen.

64. Om het SMAN-project financieel te kunnen dragen, waren de founding partners genoodzaakt om betalende deelnemers, zogenaamde renters, tot het SMAN-project toe te laten. Renters werden welbewust geselecteerd door de founding partners en waren in de beginjaren van het project enkel betrokken bij de ontwikkeling van themakasten zoals Reisapotheek en Sport.

65. Uit de 'Renters Reflexion' van 2006 blijkt dat de founding partners een weloverwogen en strategische evaluatie maakten van welke renterproducten zij al dan niet wensten toe te laten tot SMAN, waarbij het vooral van belang was dat de visibiliteit van hun eigen OTC-geneesmiddelen geen

¹² Huiszoekingsstuk 1608-4_00000048.

¹³ Huiszoekingsstuk 1608-4_00000047.

nadeel mocht lijden. Er werd duidelijk gesteld dat de keuze voor een renterproduct geen vermindering mocht inhouden van de aanwezigheid van de producten van de founding partners.

66. Diverse verslagen van strategische vergaderingen wijzen op beslissingen om kandidaat-deelnemers, zijnde zowel kandidaat-renters als kandidaat-founding partners, de toegang tot SMAN te ontzeggen. Ondanks de outsourcing van SMAN naar derde-dienstverlener Promomed in 2010, behielden de founding partners de controle over de deelname aan het SMAN-project. Promomed legde immers geregeld de toetreding van renters ter goedkeuring voor aan de founding partners.

67. Promomed had in 2012 een nieuw juridisch document aangenomen in het kader van Antitrust Compliance. Dit document bevatte onder meer nieuwe gedragsrichtlijnen. Eén van de geformuleerde 'key principles' voor de SMAN-samenwerking had betrekking op een zogenaamde 'open deelname'. Dit hield in dat er geen discriminatie van potentiële deelnemers mocht gebeuren en er mocht geen onderscheid gemaakt worden tussen founding partners en renters. Er dienden ook duidelijke regels en procedures ingesteld te worden om kandidaatstellingen te weigeren of deelnames te beëindigen. Zelfs na de aanneming van de Antitrust Compliance hebben de founding partners nog op verschillende manieren hun inspraak laten gelden eerder dan de 'open deelname' te onderschrijven.

68. Concurrenten die niet deelnamen aan SMAN, kwamen doorgaans niet in aanmerking bij de opstelling van de SMAN-planogrammen. Zij stonden verder zelf in voor de contacten met de apotheek met het oog op de plaatsing van hun producten.

III.3.5.b Bevoordeling eigen producten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen

69. De founding partners hadden middels de Golden Rules een set regels afgesproken die hen bij de opmaak van de planogrammen een geprivilegieerde positie verschafte wat betreft de verdeling van het aantal facings voor de OTC-geneesmiddelen op de schappen in de SMAN-apotheken. Voorts legden de founding partners de producten van renters additionele voorwaarden op om 'toegang' tot de schappen te bekomen, die niet golden voor de eigen producten. Daarenboven kregen de renters, die betaalden voor hun deelname aan het SMAN-project, slechtere condities wanneer zij toch een plaats op het schap kregen toebedeeld in de planogrammen. De grondslag van deze bevoordeling lag steeds vervat in de toepasselijke Golden Rules. Deze regels die de praktische uitvoering van het SMAN-project bepaalden, maakten immers een onderscheid tussen de founding partners enerzijds en renters anderzijds. In de praktijk vertaalde dit zich in meer facings voor de founding partners dan voor de renters, additionele voorwaarden voor (producten van) renters en de centrale plaatsen op de schappen die voorbehouden werden voor producten van founding partners.

i) Meer facings voor founding partners

70. De formele SMAN-overeenkomsten bepaalden dat de schapruimte verdeeld diende te worden op basis van marktaandeelen, zoals berekend door de firma IMS. Hierbij mocht geen onderscheid gemaakt worden naargelang de producent.

71. De Golden Rules bepaalden dat het aantal facings uitsluitend werd verdeeld op basis van IMS-marktaandeelen (marktaandeelen in eenheid).

72. Vanaf begin 2000 tot juni 2013 verdeelden de founding partners overeenkomstig de initiële Golden Rules de niet-verhuurde schapruimte onder zichzelf in gelijke delen. Deze schapruimte kwam bovenop de schapruimte die zij op basis van de IMS-marktaandeelen al hadden verdeeld. Andere farmaceutische

ondernemingen werden hierdoor benadeeld. Minstens op basis van consumentenvoorkeur hadden zij desgevallend een deel van de schapruimte moeten krijgen.

73. Vanaf de herziening van de initiële Golden Rules in juni 2013 werd de niet-verhuurde schapruimte verdeeld in overeenstemming met het IMS-marktaandeel van iedere founding partner en dus niet langer in gelijke delen. Deze gewijzigde regeling leidde tot een gelijkaardig resultaat waarbij de founding partners bevoordeeld werden met extra facings en dit ten nadele van andere OTC-ondernemingen.

74. De deelnemende OTC-geneesmiddelen van andere betalende concurrenten, zijnde de renters, kregen daarentegen enkel de schapruimte toebedeeld die was berekend op grond van hun respectievelijk IMS-marktaandeel.

75. De OTC-geneesmiddelen van niet-deelnemende farmaceutische bedrijven aan SMAN werden in principe niet opgenomen in de SMAN-planogrammen. Deze producten werden bijgevolg niet geplaatst op de schappen in de SMAN-apotheken door de SMAN-vertegenwoordigers. Uitzonderlijk werden producten van niet-deelnemende farmaceutische bedrijven door die vertegenwoordigers toch op de schappen geplaatst. Het betrof in voorkomend geval een product waar de founding partners niet omheen konden omdat de apothekers het in ieder geval op de schappen wilden hebben.¹⁴

76. Uit het voorgaande blijkt dat de inrichting van de betrokken OTC-kasten op objectieve basis en zonder onderscheid naargelang van de identiteit van de farmaceutische onderneming, zoals vooropgesteld in de officiële SMAN-contracten, in de praktijk via de toepassing van de Golden Rules werd aangepast door de founding partners in hun eigen voordeel.

77. Deze werkwijze werd door de founding partners geheim gehouden. Het bewijsmateriaal toont aan dat de founding partners geen transparantie wensten omtrent de concrete uitwerking van de planogrammen. In het verslag van de maandelijkse vergadering van 1 december 2006 werd er bijvoorbeeld expliciet gesteld dat het planogram nooit aan de renters mocht getoond worden.¹⁵ Dit wordt verklaard doordat het vaststellen van het aantal facings voor alle deelnemende partijen niet verliep zoals gestipuleerd in de formele overeenkomsten (die geen verwijzing bevatten naar de Golden Rules, noch naar de verschillende hoedanigheden founding partner/renter). Uit een e-mail-ketting van 2012 volgt dat de space managers van Promomed het uitgewerkte schappenplan evenmin mochten tonen aan de apothekers waarbij Promomed als reden opgaf dat de planogrammen niet de IMS cijfers van de concurrenten respecteerden maar wel deze van de partners.¹⁶

78. De strategische SMAN-vergadering van 8 december 2014 besprak het voorstel om in de toekomst de nieuwe planogrammen te baseren op de realiteit en de regels van categoriemanagement.¹⁷ Er werd uitdrukkelijk gesteld dat de toen geldende planogrammen niet in lijn waren met de regels van categoriemanagement (minimum twee facings, sommige producten waren 'overshelled'), dat er geen duidelijke strategie/visie was omtrent de verschillende categorieën, en dat er geen white spaces waren voorzien voor bijvoorbeeld belangrijke concurrenten.

79. De founding partners hebben vervolgens geprobeerd om hun planogrammen aan de marktrealiteit aan te passen. Elk van de founding partners was hierbij verantwoordelijk voor het uitwerken van een

¹⁴ Bijvoorbeeld het product Dafalgan in de periode vóór BMS renter was binnen SMAN.

¹⁵ Huiszoekingsstuk 1608-4_00000415.

¹⁶ Huiszoekingsstuk 1608-3_00000151.

¹⁷ Huiszoekingsstuk 1608-4_00000038.

zogenaamd “realistic plano voorstel” met betrekking tot een welbepaalde categorie. De voorstellen werden vervolgens besproken tijdens verschillende vergaderingen met Promomed waarbij de founding partners elk hun feedback konden geven, wat leidde tot een voortdurend proces van onderhandelen binnen deze groep en het zoeken naar een consensus waarbij elk de eigen belangen maximaal trachtte te vrijwaren. Realistische plano’s zouden vervolgens tot stand kunnen komen binnen de grenzen van wat de founding partners aanvaardbaar vonden en waarbij de plaatsing van hun eigen producten zo weinig mogelijk nadelen zou ondervinden. De opstelling van realistic plano’s bleef uiteindelijk een proces zonder resultaat, wegens gebrek aan consensus onder de founding partners.

80. De founding partners waren van mening dat de Golden Rules 2013 mededingingsrechtelijke vragen opriepen. Niettemin zijn zij er niet in geslaagd om deze Golden Rules 2013 aan te passen. Om deze redenen waren de planogrammen voor de zomercyclus 2016 nog steeds gebaseerd op de methodologie van de Golden Rules 2013.

ii) Additionele voorwaarden voor (nieuwe) producten van renters

81. De formele SMAN-overeenkomsten zelf bevatten geen bepalingen die een onderscheid maakten met betrekking tot verschillende voorwaarden voor SMAN-producten al naar gelang het gaat om een product van een founding partner of een product van een renter. De termen founding partner en renter vindt men evenmin terug in deze contracten.

82. De founding partners maakten echter in de Golden Rules afspraken over additionele voorwaarden voor (nieuwe) producten van renters.

83. Overeenkomstig de initiële Golden Rules werd enkel aan renters de voorwaarde opgelegd dat het betrokken nieuwe product minstens 1 jaar op de markt diende te zijn en tot de top 3 van de desbetreffende subcategorie diende te behoren. Enkel indien deze dubbele voorwaarde vervuld was, kon het product op de schappen worden uitgesteld.

84. Hoewel in Golden Rules 2013 niet langer de vereiste gold voor renters dat het nieuwe OTC-product tot de top 3 van zijn productcategorie diende te behoren, werd nog steeds een onderscheid gemaakt tussen founding partners en renters. Voor renters was de voorwaarde geformuleerd dat het nieuwe product 1 jaar op de markt diende te zijn alvorens het kon worden opgenomen op de betrokken schappen, terwijl de nieuwe producten van de founding partners onmiddellijk één facing kregen in de beschikbare vrije ruimte.

iii) Enkel founding partners mogen centraal op het schap staan

85. Overeenkomstig de initiële Golden Rules dienden de renters altijd aan de uiteinden van de kasten geplaatst te worden. Bij de aanpassingen van de Golden Rules in 2013 werd deze regel hernomen. Dit impliceerde dat de producten van de founding partners altijd centraal op het SMAN-schap dienden geplaatst te worden en dat de andere producten langs de zijkant van het schap hun plaats kregen.

86. Deze regel was niet zonder belang voor de founding partners. In diverse presentaties van de founding partners in het onderzoeksdossier wordt bevestigd dat de ‘beste’ plaatsen op het schap zich in het (horizontale) schapmidden bevinden en op ooghoogte van de consument. Ook werd met betrekking tot de indeling van het schap aangegeven dat de marktleider in het midden van het schap diende te staan. De marktleider was immers de referentie en fungeerde als locomotief voor de productfamilie. In de SMAN-planogrammen was dit echter steeds en exclusief voorbehouden aan de founding partners.

87. Het onderzoeksdossier bevat meerdere aanwijzingen en bewijzen voor het feit dat de founding partners op de hoogte waren van de discriminatoire aard van de Golden Rules. Het betreft onder meer verslagen van vergaderingen en e-mails waarin bezorgdheden worden geuit over de overeenstemming van de Golden Rules met het mededingingsrecht.

III.3.5.c Opvolging van de SMAN-afspraken en monitoring van de implementatie van de planogrammen in de SMAN-apotheken

88. De opvolging van de SMAN-afspraken verliep enerzijds via besprekingen tijdens periodieke vergaderingen en e-mailuitwisselingen en anderzijds door het opzetten van diverse rapportagesystemen. Verder werden er updates van de geïnstalleerde schappen beschikbaar gesteld via een online platform en werden e-mails verstuurd tussen de founding partners en de betrokken derde-dienstverlener.

89. Sedert de samenwerking met Promomed in 2010, was Promomed op elk van de (geïnstitutionaliseerde) SMAN-vergaderingen aanwezig, in principe samen met het general management van de founding partners wanneer het om strategische vergaderingen ging, en samen met de sales en marketing managers van de founding partners wanneer het de maandelijkse en plano-vergaderingen betrof:

- Strategische vergaderingen:

De strategische vergaderingen tussen founding partners, die tweemaal per jaar plaatsvonden, dienden onder meer om de SMAN-budgetten goed te keuren, renters te aanvaarden of te weigeren, beslissingen in het kader van de voorwaarden voor SMAN-samenwerking te nemen (in het bijzonder met betrekking tot de Golden Rules) en om de resultaten van het afgelopen jaar na te kijken.

- Maandelijkse vergaderingen:

De maandelijkse vergaderingen tussen founding partners werden onder meer opgezet ter opvolging van het SMAN-project wat betreft de apotheekbezoeken, de rapporteringssystemen en de naleving van de planogrammen.

- Plano vergaderingen:

De plano vergaderingen met de founding partners vonden tweemaal per jaar plaats, één voor het zomerseizoen en één voor het winterseizoen, om de planogrammen van elke betrokken categorie OTC-geneesmiddelen in detail te overlopen, te bespreken en te valideren.

90. De founding partners hebben middels periodieke rapportering niet alleen de plaatsing van hun eigen producten nauwgezet opgevolgd, maar hebben daarenboven jarenlang een gedetailleerd beeld verkregen van de plaatsing van de producten van de andere founding partners en concurrenten in de SMAN-apotheken. Pas vanaf begin 2016 werd de rapportage geïndividualiseerd per founding partner opgestuurd omwille van de mededingingsregels.

91. Wanneer de founding partners van oordeel waren dat welbepaalde SMAN-apotheken het door hen opgestelde schappenplan niet (meer) voldoende naleefden, werden deze apotheken uiteindelijk geschrapt uit de dienstverlening. De SMAN-apotheken werden bijgevolg opgevolgd wat betreft het naleven van de plaatsing van de SMAN-producten door de space managers. Het onderzoeksdossier bevat verslagen van vergaderingen die in dit kader onder meer verwijzen naar een "START/STOP

procedure”, een “New Philosophy” (gelaagde service in functie van loyauteit) en het aanbieden van een kit met (voorgedrukte) prijsetiketten.

92. Doorheen de tijd werd het SMAN-project ook steeds meer toegespitst op de apotheken met de grootste OTC-omzetten in België. Terwijl in 2006 nog 1500 apotheken deel uitmaakten van het SMAN-project, maakte een verslag van de maandelijkse meeting van augustus 2008 melding dat het aantal SMAN-apotheken op dat moment, zijnde 1450, werd verminderd met 250 tot 1200. Een 150-tal top SMAN-apotheken zou voortaan vier van dergelijke bezoeken per jaar krijgen.¹⁸ In 2012 valideerden de founding partners een nieuwe selectie van 975 apotheken, op een totaal van 5546 apotheken in België, opgesteld op grond van hun verkooppotentieel. De geselecteerde apotheken werden nog verder onderverdeeld in categorie A, B en C in functie van het aantal SMAN-bezoeken. Zo werden de best scorende SMAN-apotheken zes maal per jaar bezocht terwijl de SMAN-apotheken met de laagste quotaties drie maal per jaar werden bezocht.¹⁹

IV. Omvang en duur van de praktijken

IV.1 Geografische reikwijdte

93. Het SMAN-project werd aangeboden aan apotheken in heel België. Hieruit volgt dat de mededingingsbeperkende gedragingen op het hele Belgische grondgebied plaatsvonden.

IV.2 Duur

94. Het auditoraat beschikt over bewijsmateriaal dat de periode 1 januari 2000 tot 23 mei 2016 omspant. Bijgevolg heeft de vastgestelde inbreuk een totale duur van 16 jaar en 5 maanden.

V. Juridische analyse

95. Artikel 101, lid 1 VWEU verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen Lidstaten ongunstig beïnvloeden en welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt merkbaar wordt beperkt, verhinderd of vervalst.

96. Artikel IV.1 WER werd in identieke bewoordingen opgesteld, buiten het feit dat artikel IV.1 WER niet de voorwaarde bevat van het ongunstig beïnvloeden van de handel tussen Lidstaten, maar wel de voorwaarde van het verhinderen, beperken of vervalsen van de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan.

97. Bijgevolg zijn, afgezien van de hierboven vermelde voorwaarde, alle voorwaarden die gelden voor artikel 101 VWEU ook van toepassing op artikel IV.1 WER.

98. Met betrekking tot de feiten beschreven in deel III.3 en de tijdens het onderzoek verzamelde bewijselementen en de duidelijke en ondubbelzinnige erkenning van de feiten en van hun juridische kwalificatie als inbreuk door de bij deze schikking betrokken partijen, maakt het auditoraat de volgende juridische analyse.

¹⁸ Bijlage IV.13 clementieverzoek [Vertrouwelijk].

¹⁹ Bijlage III.17 clementieverzoek [Vertrouwelijk].

V.1 Ondernemingen

V.1.1 Principes

99. Krachtens artikel I.6, 12° WER worden als ‘onderneming’ beschouwd iedere natuurlijke of rechtspersoon die op een duurzame wijze een economisch doel nastreeft.

100. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie verwijst het begrip onderneming in de context van het mededingingsrecht naar elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.²⁰ Het is eveneens vaste rechtspraak dat onder economische activiteit wordt verstaan iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.²¹

V.1.2 Toepassing op de geschetste praktijken

101. Alle betrokken partijen waren ten tijde van de gedragingen actief op het gebied van de productie en verkoop van OTC-geneesmiddelen aan afnemers in België. Zij oefenden daarmee duidelijk economische activiteiten uit en namen deel aan het economisch verkeer. Alle betrokken partijen zijn derhalve ondernemingen in de zin van en artikel 101 VWEU en artikel IV.1, WER.

V.2 Overeenkomst en/of onderling afgestemde gedraging

V.2.1 Principes

102. Men spreekt van een overeenkomst wanneer de betrokken ondernemingen een gemeenschappelijke wilsuiting tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen. De vorm van deze gezamenlijke wilsuiting heeft weinig belang. De overeenkomst hoeft niet noodzakelijk in een geschrift te zijn vastgesteld. Geen enkele formaliteit is noodzakelijk, noch enig contractueel sanctioneringsmechanisme. De overeenkomst kan uitdrukkelijk of impliciet volgen uit het gedrag van de partijen. Evenmin is van belang dat de bereikte afspraken juridisch afdwingbaar zijn.²²

²⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 23 april 1991, *Höfner en Elser*, zaak C-41/90, punt 21 en arrest van het Hof van Justitie van 17 februari 1993, *Poucet en Pistre*, zaken C-159/91 en C-160/91, punt 17.

²¹ Arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 1987, *Commissie/Italië*, zaak C-118/85, punt 7 en arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 1998, *Commissie/Italië*, C-35/96, punt 36.

²² Zie arrest Gerecht van 20 april 1999, T-305/94, enz., *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie*, Jurispr. 1999, II-931, punt 715 en arrest Gerecht van 26 oktober 2000 in de zaak Bayer AG, T-41/96, punten 67 tot 69: “Uit de vaste rechtspraak volgt eveneens, dat voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag volstaat, dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen (arresten Hof van 15 juli 1970, *ACF Chemiefarma/Commissie*, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112, en 29 oktober 1980, *Van Landewyck e.a./Commissie*, 209/78 tot 215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86; arrest Gerecht van 17 december 1991, *Hercules Chemicals/Commissie*, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 256).

Wat de vorm van deze gemeenschappelijke wilsuiting betreft, volstaat dat een beding de uitdrukking vormt van de wil van de partijen om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen ervan te gedragen (zie arresten *ACH Chemiefarma/Commissie*, punt 112, en *Van Landewyck/Commissie*, punt 86, reeds aangehaald), zonder dat het daarbij om een naar nationaal recht bindende en geldige overeenkomst dient te gaan (arrest *Sandoz*, punt 13).

Het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zoals uitgelegd door de jurisprudentie, is dus het bestaan van een wilsovereenstemming van ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is.”

103. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt met het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging een vorm van coördinatie tussen ondernemingen bedoeld die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.²³ Wat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat artikel 101, lid 1 VWEU dit begrip met name onderscheidt van het begrip overeenkomst en besluit van een ondernemersvereniging met het enkele doel, verschillende vormen van samenspanning tussen ondernemingen te omvatten die uit subjectief oogpunt van dezelfde aard zijn en alleen verschillen in intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren.²⁴ Het is daarom voldoende dat het bewijs wordt geleverd van de aanwezigheid van de onderdelen van één van deze samenspanningsvormen opdat artikel 101, lid 1 VWEU van toepassing is.²⁵

104. De grondgedachte van de mededingingsregels houdt in dat elke onderneming zelfstandig moet bepalen welk beleid zij op de markt zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de onderneming haar beleid op een intelligente manier aan het vastgestelde of te verwachten gedrag van haar concurrenten mag aanpassen. Deze eis staat evenwel ieder al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemingen onverbiddelijk in de weg, waardoor het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent wordt beïnvloed of waardoor deze wordt geïnformeerd over beslissingen of afwegingen met betrekking tot het eigen marktgedrag, wanneer dit contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.²⁶

V.2.2 Toepassing op de geschetste praktijken

105. Het auditoraat stelt vast dat de gedragingen van de betrokken partijen voldoen aan de kwalificatie van overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging. De betrokken partijen zijn, naast de officiële SMAN-overeenkomsten, ook onderling Golden Rules overeengekomen welke zij gedurende de gehele inbreukperiode hebben toegepast.

106. Daarnaast deed geen van de betrokken founding partners gedurende de inbreukperiode afstand van de in de Golden Rules vastgelegde regeling. Het feit dat de betrokken partijen zich niet hebben verzet tegen deze praktijken als omschreven in deel III van deze beslissing, wijst op een medeplichtigheid waarvoor deze ondernemingen aansprakelijk kunnen worden gesteld in het kader van artikel IV.1 WER en artikel 101 VWEU. Immers, de stilzwijgende goedkeuring van een ongeoorloofde praktijk zonder publieke distantiering van de inhoud daarvan vormt een aanmoediging tot voortzetting van de inbreuk.²⁷

107. Uit het voorgaande blijkt dat de founding partners welbewust de risico's van onderlinge concurrentie hebben vervangen door een feitelijke samenwerking.

²³ Arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Fresh Del Monte t. Commissie*, zaak T-587/08, punt 297.

²⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, *Commissie t. Anic Participazioni*, zaak C-49/92, punt 112, arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, punt 23 en arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2015, *Treuhand*, zaak C-194/14, punt 29.

²⁵ C-455/11 P, *Solvay SA c. Commission*, jugement du 5 décembre 2013, punt 53.

Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, zaak C-8/08, punt 33, arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole Food/Commissie*, zaak C-286/13, punt 120 en arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Dole Food Company, Inc.*, zaak T-588/08, punt 61.

²⁷ Arrest van het Hof van Justitie, 21 januari 2016, C-74/14, *Eturas*, punt 28.

108. Het auditoraat legt de nadruk op het feit dat het SMAN-project, geïmplementeerd in de Golden Rules, een overeenkomst of minstens een onderlinge afgestemde gedraging tussen de founding partners uitmaakt. Aan deze overeenkomst werd in de praktijk ook uitvoering gegeven door, onder meer, de formeel gevalideerde planogrammen. Daarnaast werden nog verdere afspraken gemaakt, bijvoorbeeld om bepaalde concurrenten of bepaalde concurrerende producten al dan niet toe te laten tot het SMAN-project.

109. Het is niet noodzakelijk dat elk element van een algemene regeling op dezelfde wijze ten gunste komt van elk individueel lid dat aan de regeling deelneemt. Bovendien is het niet omdat een founding partner soms protesteerde binnen de groep omdat hij meende minder voordeel te krijgen dan een andere founding partner, dat de regeling als geheel de founding partners niet bevoordeelde.

110. Op basis van het voorgaande dient geconcludeerd te worden dat de gedragingen in deze zaak aan alle kenmerken voldoen van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel IV.1 §1 WER en 101, lid 1 VWEU.

V.3 Beperking van de mededinging

V.3.1 Principes

111. De artikelen 101, lid 1 VWEU en IV.1 WER verbieden overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die “ertoe strekken of ten gevolge hebben” dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

112. De criteria die in de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn vastgelegd voor de beoordeling of een gedraging ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, gelden ongeacht of het gaat om overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.²⁸

113. Volgens vaststaande Europese rechtspraak volgt uit het feit dat het hier gaat om alternatieve voorwaarden – wat blijkt uit het voegwoord “of” – dat in de eerste plaats moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst. Wanneer de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst vaststaat, behoeven dus in principe de gevolgen daarvan voor de mededinging niet te worden onderzocht.²⁹

114. Uit de rechtspraak volgt dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging waardoor de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht.³⁰ Bepaalde afspraken kunnen beschouwd worden als afspraken die een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van inzonderheid de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van producten en diensten inhouden, dat het overbodig kan worden geacht voor de toepassing van artikel 101, lid 1 VWEU aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt.³¹

²⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *Groupement des cartes bancaires*, zaak C-67/13, punt 48.

²⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 2 april 2020, zaak C-228/18, *Gazdasagi Versenyhivatal*, punt 33; Arrest van het Hof van Justitie van 26 november 2015, zaak C-345/14, *Maxima Latvija*, punt 16; Arrest van het Hof van Justitie van 20 januari 2016, zaak C-373/14, *Toshiba Corporation/ Commissie*, punt 25.

³⁰ Arrest Hof van Justitie van 11 september 2014, *CB/Commissie*, C-67/13 P, punt 50. Zie met name arrest Hof van Justitie van 26 november 2015, *Maxima Latvija*, C 345/14, punt 20.

³¹ Arrest Hof van Justitie van 11 september 2014, *CB/Commissie*, C 67/13 P, punt 51.

115. Om vast te stellen of een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging in dergelijke mate schadelijk is voor de mededinging dat het niet nodig is om de gevolgen ervan te onderzoeken, moet worden gelet op de bewoordingen, de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context. Bij de beoordeling van de context moet rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden waaronder de betrokken markt of markten functioneert of functioneren en de structuur ervan.³²

116. Voorts hoeven de bedoelingen van de partijen weliswaar niet in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen een beperkende werking heeft, maar niets belet de mededingingsautoriteit om daarmee rekening te houden.³³ Daarenboven hangt het niet van de effectiviteit van een overeenkomst af of de mededingingsregels van toepassing zijn. Het feit dat de doelstellingen van de bij de inbreuk betrokken ondernemingen niet altijd bereikt werden, verhindert niet om vast te stellen dat er sprake is van een mededingingsinbreuk.³⁴

117. Overeenkomsten kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben door de concurrentie tussen de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst of tussen een van de partijen en derden merkbaar te beperken. Dat houdt in dat de overeenkomst de beslissingsautonomie van de partijen moet beperken, hetzij doordat zij verplichtingen behelst die het marktgedrag van minstens één van de partijen reguleren, hetzij doordat zij het marktgedrag van minstens één van de partijen beïnvloedt.³⁵

118. Om vast te stellen of een overeenkomst beperkende gevolgen heeft, moet worden gelet op de aard en inhoud van de overeenkomst, het concrete kader waarvan de samenwerking deel uitmaakt (met name de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen actief zijn), de aard van de betrokken goederen of diensten en de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en zijn opgebouwd, de mate waarin de partijen afzonderlijk of gezamenlijk een bepaalde mate van marktmacht hebben of verwerven en de mate waarin de overeenkomst bijdraagt tot de totstandkoming, het behoud of de versterking van die marktmacht of de partijen in staat stelt deze marktmacht te gebruiken, en tenslotte of de mededingingsbeperkende gevolgen die zowel reëel als potentieel kunnen zijn, voldoende merkbaar zijn.³⁶ Negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging binnen de relevante markt vallen te verwachten wanneer de partijen, afzonderlijk of gezamenlijk, al een zekere marktmacht hebben of verwerven en de overeenkomst bijdraagt tot de totstandbrenging, het behoud of de versterking van die marktmacht dan wel de partijen in staat stelt dergelijke marktmacht te gebruiken.³⁷

³² Arrest Hof van Justitie van 11 september 2014, *CB/Commissie*, C 67/13 P, punt 53.

³³ Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, zaak C-286/13, *Fresh Del Monte*, punt 118 en arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, zaak C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*, punt 54.

³⁴ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 27 juli 2005, *Brasserie nationale SA (anc. Brasseries Funck-Bricher et Bofferding), Brasserie Jules Simon et Cie SCS en Brasserie Battin SNC tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken T-49/02 tot T-51/02.

³⁵ Mededeling van de Commissie van 17 juli 2023, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de erkenning van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, punt 31.

³⁶ *Ibid.*, punt 32.

³⁷ Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, punt 25.

V.3.2 Toepassing op de zaak

V.3.2.a Aard van de overeenkomst

119. De door de founding partners overeengekomen Golden Rules, zijnde de essentie van het SMAN-project, werden ingegeven door de wens om niet te concurreren op basis van verdiensten, waarbij onderlinge feitelijke samenwerking welbewust in de plaats werd gesteld van de risico's van de mededinging. Eventuele voordelen van het SMAN-project voor de geselecteerde apothekers konden worden bereikt zonder de Golden Rules, die leidden tot onrechtmatige bevoordeling in de planogrammen van de eigen producten en uitsluiting van producten van concurrenten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen. De Golden Rules deden afbreuk aan eventuele voordelen voor de apothekers omdat geen rekening werd gehouden met de specificiteit van de individuele apotheek en de voorkeur van de consumenten. De aanneming van de Golden Rules kan uitsluitend worden verklaard door het commerciële belang van de betrokken partijen en het streven om de eigen producten te bevoordelen.

120. De overeenkomst had betrekking op een uitgewerkt systeem van 'Golden Rules', dat evolueerde doorheen haar duurtijd. Elke versie van deze regels was erop gericht de opstelling van OTC-geneesmiddelen in het verkoopkanaal van de apotheken voor consumenten te verdelen en controleren, in het bijzonder door de zichtbaarheid van de eigen producten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen voor de beschikbare kastruimte van de SMAN-apotheken te bevoordelen ten nadele van de renters en de andere niet-deelnemende concurrenten, en uiteindelijk van de consumenten.

121. De geïmplementeerde planogrammen van het SMAN-project kunnen niet beschouwd worden als een aanvaardbare vorm van categoriemanagement:

- Producentenbelang staat centraal

122. In het SMAN-project, zoals geïmplementeerd door de Golden Rules, zorgden de founding partners ervoor dat hun producten voor de betrokken apotheken op de interessante (centrale) plaatsen in de schappenplannen terecht kwamen. Zij zorgden er daarnaast voor dat de 'overgebleven' schapruimte binnen het opgezette verdeelsysteem in hun voordeel verdeeld werd. Voor de deelnemende OTC-ondernemingen werd rekening gehouden met de IMS-marktaandeelen voor het berekenen van het aantal facings. Producten van concurrenten, die niet als renter deelnamen aan SMAN, werden niet opgenomen in de SMAN-planogrammen en dus in principe niet geplaatst op de schappen door de SMAN-vertegenwoordigers tijdens hun bezoek aan de apotheek. Voor zover dit gebeurde, dienden de concurrenten hier voor zelf in te staan. De renters dienden bovendien te betalen voor hun plaats in de schappenplannen.

- Controle door founding partners

123. Hoewel om redenen van gepercipieerde onafhankelijkheid externe 'serviceproviders' werden aangetrokken, eerst in de vorm van Pharmadeal vanaf 2002, en later vanaf 2010 via Promomed, bleef de controle in wezen bij de founding partners rusten, waardoor zij zichzelf konden blijven bevoordelen bij de opmaak en implementatie van de planogrammen.

- Monitoring van de implementatie van de planogrammen in apotheken

124. De SMAN-apotheken werden opgevolgd in functie van de mate waarin zij de plaatsing van de SMAN-producten door de space managers, naleefden. De SMAN-planogrammen werden geïnstalleerd

door space managers en naargelang het belang van de apotheek volgden er meer controlebezoeken. Hoewel op papier was bepaald dat, zoals in categoriemanagement, de apotheker aanbevelingen zou ontvangen, werden in praktijk rapporteringssystemen en nog verschillende andere methoden gehanteerd met de bedoeling dat de in principe vrijblijvende ‘aanbevelingen’ inzake de SMAN-planogrammen, zeker door de geselecteerde apotheken zouden opgevolgd worden.³⁸

125. Gelet op het voorgaande blijkt dat de onderzochte feiten een vorm van een categoriemanagementproject uitmaken die de grenzen van het mededingingsrecht overschreden heeft, aangezien de belangrijkste OTC-ondernemingen samen beslist hebben om de visibiliteit in het verkoopkanaal van OTC-geneesmiddelen voor consumenten te controleren door in de planogrammen betere schapruimte voor zichzelf te reserveren en (producten van) concurrenten hierbij te benadelen en zelfs uit te sluiten. Bovendien waren de planogrammen voor elke geselecteerde apotheek opgesteld volgens dezelfde algemene regels, zonder rekening te houden met de specificiteit van de apotheek of de consumenten.

126. Het SMAN-project, zoals geïmplementeerd door de Golden Rules, kan niet beschouwd worden als louter een commercialiseringsovereenkomst, wanneer zulke overeenkomst leidt tot onrechtmatige schapverdeling, uitsluiting van producten van concurrenten en bevoordeling van de eigen producten door een groep van de voornaamste OTC-bedrijven in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen tijdens de bezoeken van de space managers.

127. Gelet op het bovenstaande, vormen de beschreven feiten een restrictieve mededingingspraktijk in de zin van artikel IV.1, §1 WER en artikel 101, 1e lid VWEU.

V.3.2.b De inhoud en bewoording van de bepalingen

128. De founding partners hebben hun samenwerking als concurrerende ondernemingen in het kader van het SMAN-project op 1 maart 2002 geformaliseerd door de ondertekening van een formeel contract (de initiële SMAN-overeenkomst).

129. Het SMAN-project werd tenuitvoergelegd door een tussen de founding partners overeengekomen geheel van regels, onder de benaming “Golden Rules”. De Golden Rules dienden te garanderen dat de eigen OTC-geneesmiddelen in de planogrammen bevoordeeld werden op de schappen van de SMAN-apotheken.

130. Drie bijzondere Golden Rules hebben doorheen de hele looptijd van het SMAN-project een onderscheid gemaakt tussen de founding partners, de renters en de andere markspelers die niet werden opgenomen in het SMAN-project:

- De producten van de founding partners kregen in de SMAN-planogrammen, die exclusief op basis van marktaandeelen waren opgesteld, meer schapruimte toebedeeld (dan ook berekend op grond van hun respectievelijke marktaandeel) en dit ten nadele van concurrenten.
- Enkel de producten van de founding partners mochten in de planogrammen centraal in de schappen staan terwijl de producten van de renters steeds aan de zijanten werden geplaatst.
- Verder dienden de producten van de renters te voldoen aan additionele eisen ten opzichte van de producten van de founding partners vooraleer zij werden weerhouden als een SMAN-product (bv. in het kader van nieuwe producten).

³⁸ Zoals START/STOP procedure, Gelaagde service, SMAN price kit.

131. De toepassing van deze Golden Rules leidde ook tot een uitsluiting van concurrenten, die niet deelnamen aan het SMAN-project, in de opmaak van en de implementatie van de SMAN-planogrammen.

132. De founding partners hebben zichzelf, middels de toepassing van deze Golden Rules gedurende een periode van meer dan 16 jaar, systematisch bevoordeeld bij het SMAN-project. De inhoud van de regels is duidelijk en toont het oogmerk van de betrokken partijen aan om zichzelf te bevoordelen, ten nadele van hun concurrenten.

V.3.2.c Juridische en economische context

133. Het SMAN-project had betrekking op de OTC-sector. OTC-geneesmiddelen zijn in België enkel te verkrijgen bij de apotheken.

134. OTC-geneesmiddelen kunnen aan het publiek worden geadverteerd, waardoor merken een relatief belangrijkere rol spelen in de OTC-sector. Zichtbaarheid vormt dan ook een belangrijk element in deze markten. De verkoop van OTC-geneesmiddelen is niet onderworpen aan vergoedingsregelingen of voorgeschreven richtlijnen van artsen, waardoor de beslissingsrol verschuift naar apothekers en eindgebruikers. Bijgevolg wordt het succes van OTC-geneesmiddelen mede beïnvloed door (op de consument gerichte) reclame.

135. De Belgische wetgeving staat reclame voor OTC-geneesmiddelen toe, maar met beperkingen ten aanzien van de wijze waarop dit mag gebeuren.³⁹ Bijgevolg is zichtbaarheid van belang in het beslissingsproces van de consument. Na het zien van reclame voor een bepaald OTC-geneesmiddel, is het immers met het oog op de verkoop van groot belang dat de consument dit geneesmiddel naderhand ook effectief ziet staan op het schap in de apotheek.

136. Gezien het belang van reclame voor OTC-geneesmiddelen speelt de zichtbaarheid van deze producten in de beschikbare kastruimte van apotheken een rol van betekenis in het concurrentieproces op de betrokken markt. Aangezien de Golden Rules specifiek een grotere zichtbaarheid van de producten van de founding partners in de SMAN-apotheken ten nadele van de producten van de renters beoogden, vormden zij een belangrijke factor in de beperking van de concurrentie tussen founding partners en renters.

³⁹ Het koninklijk besluit van 7 april 1995 betreffende de voorlichting en de reclame inzake geneesmiddelen voor menselijk gebruik, dat de wet van 25 maart 1964 aanvult, bepaalt in artikel 6 dat publieksreclame mag worden gemaakt voor geneesmiddelen die qua samenstelling en doel zijn bedoeld en ontwikkeld om zo nodig met het advies van de apotheker maar zonder diagnose, voorschrift of toezicht van een arts te worden gebruikt. Echter, artikelen 4, 5, 7 en 8 van hetzelfde koninklijk besluit stellen de voorwaarden vast voor de mogelijkheid om reclame te maken voor geneesmiddelen zonder voorschrift. Zo wordt in artikel 4 bepaald dat alle aspecten van de reclame voor een geneesmiddel juist, recent en controleerbaar moet zijn. Artikel 5 bevat verschillende verbodsbepalingen inzake de wijze van reclame maken. Het verbiedt bijvoorbeeld reclame voor geneesmiddelen per telefoon, sms, fax, elektronische post of mailing, in tijdschriften voor kinderen, door het uitschrijven van prijsvragen, door het inlassen van afscheurbare kaarten en in informaticaprogramma's. Artikel 7 verbiedt reclame voor een geneesmiddel indien deze bepaalde elementen bevat, zoals een element waaruit zou blijken dat de medische consultatie of de chirurgische ingreep overbodig doet lijken, in het bijzonder door een diagnose aan te bieden of een behandeling per briefwisseling aan te bevelen, of een element dat het geneesmiddel gelijkstelt met een voedingsmiddel, een cosmetisch product of andere consumptiegoederen. Ten slotte vereist artikel 8 enerzijds dat het reclamekarakter van de boodschap duidelijk moet zijn en dat het product duidelijk als geneesmiddel moet worden geïdentificeerd, alsmede de informatie die elke reclame voor geneesmiddelen moet bevatten.

137. Tot de komst van de concurrerende service provider Redpharma in 2014, waren er ten tijde van de inbreuk ook geen andere category managers actief in de apotheeksector in België. Dit maakte dat het SMAN-project het enige collectieve project van dit type was en de concurrenten aangewezen waren op de bezoeken aan de betrokken apotheken van hun eigen vertegenwoordigers.

V.3.2.d Conclusie

138. Gelet op het voorgaande en de hoger beschreven kenmerken van het SMAN-project, en met name de Golden Rules als essentieel onderdeel daarvan, besluit het auditoraat dat de gedragingen van de betrokken ondernemingen in het kader van het SMAN-project een mededingingsinbreuk vormen, bestaande uit de onrechtmatige verdeling van de schappen, en uitsluiting van (producten van) concurrenten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen, alsook de bevoordeling van de eigen producten door de founding partners in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen en de monitoring van de implementatie van de planogrammen in de SMAN-apotheken, in strijd met artikels IV.1 WER en 101 VWEU.

V.4 Eén enkele voortdurende inbreuk

V.4.1 Principes

139. Volgens vaste rechtspraak kan een schending van artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER niet alleen voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging, ook al zouden één of meer onderdelen van deze reeks handelingen of van deze voortgezette gedraging ook op zich, afzonderlijk, een schending van deze bepalingen kunnen opleveren.

140. Uit vaststaande rechtspraak blijkt eveneens dat de mededingingsautoriteit drie elementen moet aantonen om de deelname van een onderneming aan één enkele voortdurende inbreuk vast te stellen en de onderneming aansprakelijk te stellen voor de inbreuk in zijn geheel:

- het bestaan van één enkele voortdurende inbreuk: de verschillende betrokken gedragingen moeten deel uitmaken van een „totaalplan” met één enkel doel;
- het bestaan van een bewuste bijdrage aan dit plan (gemeenschappelijke doelstelling) door alle deelnemers en
- de onderneming moet de inbreukmakende gedragingen van die andere ondernemingen hebben gekend of redelijkerwijs hebben kunnen voorzien en bereid zijn geweest om het risico ervan te aanvaarden.⁴⁰

V.4.2 Toepassing op de zaak

141. De beschreven onderzochte praktijken, waaraan de betrokken partijen deelnamen bestaan uit een reeks handelingen die kunnen worden aangemerkt als overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die deel uitmaken van een ononderbroken gedragslijn met als gemeenschappelijke doelstelling het verdelen en controleren van de opstelling van OTC-geneesmiddelen in een belangrijk gedeelte het verkoopkanaal voor consumenten ten voordele van de founding partners.

⁴⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 6 december 2012, *Commissie/Verhuizingen Coppens*, C-441/11 P, punt 43.

142. De inbreuk bestaat uit volgende onderling verbonden gedragingen van de founding partners die zich gedurende de gehele inbreukperiode bij herhaling hebben gemanifesteerd en die hebben bijgedragen tot datzelfde gemeenschappelijke doel:

- Verdeling van de schappen van SMAN-apotheken op basis van en boven individuele marktaandelen (in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen);
- Uitsluiting van (producten van) concurrenten (in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen);
- Bevoordeling van eigen producten (in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen);
- Opvolging van de SMAN-afspraken en monitoring van de implementatie van planogrammen in de SMAN-apotheken.

143. Op basis van het beschreven gedrag blijkt dat de founding partners een gemeenschappelijk mededingingsversturend doel nastreefden. De vorm en de inhoud van de mededingingsbeperkende gedragingen waren gedurende de gehele inbreukperiode gelijkaardig en gelijkvormig. Eenzelfde vaststelling geldt voor de context waarin deze hebben plaatsgevonden.

144. Bij deze gedragingen die gedurende een onafgebroken en langdurige periode hebben plaatsgevonden, waren dezelfde ondernemingen en regelmatig ook dezelfde personen betrokken. Deze hadden bovendien betrekking op dezelfde producten (de voornaamste OTC-categorieën), hetzelfde geografische gebied (België) en waren gelijksoortig van aard. Het ging bovendien over hetzelfde type gedrag waarbij de founding partners dezelfde handelingen verrichtten en dezelfde handelingen nalieten.

145. Het feit dat de founding partners overeenstemming bereikten over de Golden Rules, samen aanwezig waren op (strategische, maandelijks, plano-) vergaderingen over de uitwerking, concrete toepassing van de SMAN-samenwerking en de Golden Rules, daarover onderling periodiek aan elkaar rapporteerden en e-mails uitwisselden, toont aan dat zij de materiële gedragingen die de andere betrokken partijen stelden met het oog op het gemeenschappelijk doel, kenden of redelijkerwijs konden voorzien en bereid waren het risico ervan te aanvaarden.

146. De founding partners waren, ieder voor zich, betrokken bij de verschillende facetten van het SMAN-project. Uit het bewijsmateriaal blijkt dat zij met hun eigen gedrag hebben willen bijdragen aan het gemeenschappelijke mededingingsversturende doel.

147. Al deze factoren leiden tot de conclusie dat er sprake is geweest van een patroon of een vast systeem, versterkt door andere maatregelen, waarvan de betrokken ondernemingen volgens hun behoeften gebruik konden maken en dat één enkele inbreuk aantoonde.

148. De betrokken ondernemingen wisten of hadden moeten weten dat deze gedragingen deel uitmaakten van een algemeen plan met het oog op een gemeenschappelijk onwettig doel. Het bewijsmateriaal toont aan dat er verschillende alarmbellen afgingen bij de founding partners die wezen op de onwettigheid van hun gedrag, in het bijzonder over de door hen toegepaste ongelijkheid tussen founding partners (zichzelf), renters en andere marktspelers die niet werden opgenomen in het SMAN-project.

149. Het auditoraat is van oordeel dat de afzonderlijke inbreuken op artikel IV.1 WER en artikel 101 VWEU tezamen één enkele en voortdurende inbreuk vormen waarvoor alle betrokken ondernemingen aansprakelijk kunnen worden gesteld aangezien hun gedragingen a) deel uitmaakten van een algemeen

plan, waarmee een gemeenschappelijke mededingingsbeperkende doelstelling werd nagestreefd; b) alle partijen bewust op hun eigen manier hebben bijgedragen tot dat ene doel en c) alle partijen op de hoogte waren van de door de andere ondernemingen met het oog op hetzelfde doel voorgenomen of gestelde gedragingen, of deze redelijkerwijs hadden kunnen voorzien en bereid waren het risico te nemen.

150. Uit het voorgaande volgt dat de hierboven beschreven en gekwalificeerde restrictieve mededingingspraktijken deel uitmaken van één enkele voortdurende mededingingsrechtelijke inbreuk door de betrokken partijen op de artikelen IV.1, §1 WER en 101, lid 1 VWEU.

V.5 Merkbare beïnvloeding van de mededinging op de Belgische markt en effect op de handel tussen lidstaten

V.5.1 Principes

151. Artikel IV.1 WER verbiedt overeenkomsten of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt aangetast.

152. Artikel 101, lid 1 VWEU daarentegen is enkel toepasselijk op overeenkomsten of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen die eveneens de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.⁴¹

153. Volgens vaststaande rechtspraak kunnen mededingingsbeperkende overeenkomsten en onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen Lidstaten ongunstig beïnvloeden wanneer de objectieve bestanddelen feitelijk en rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten dat zij een directe of indirecte, actuele of potentiële invloed kunnen uitoefenen op de goederenstromen tussen Lidstaten.⁴²

154. Artikel 101, lid 1 VWEU vereist niet dat het bewijs wordt geleverd dat de overeenkomst of onderlinge afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen Lidstaten daadwerkelijk beïnvloedt of heeft beïnvloed. Het is voldoende dat de overeenkomst of gedraging een dergelijk effect kan hebben.⁴³

155. De handel tussen Lidstaten kan daarenboven beïnvloed worden in de gevallen waarin de relevante markt nationaal of sub-nationaal is.⁴⁴

156. Uit vaststaande rechtspraak volgt dat overeenkomsten die het gehele grondgebied van een Lidstaat bestrijken, naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.⁴⁵

⁴¹ Arrest van het Hof van Justitie van 25 november 1971, zaak C-22-71, *Béguelin Import Co. tegen S.A.G.L. Import Export*, punt 16.

⁴² Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1985, *Remia*, zaak C-42/84, punt 22, arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 1981, *Züchner*, zaak C-172/80, punt 18, arrest van het Hof van Justitie van 14 december 1983, *Kerpen & Kerpen*, zaak C-319/82, arrest van het Hof van Justitie van 10 december 1985, *Stichting Sigarettenindustrie*, gev. zaken 240/82 e.a., punt 48 en arrest van het Gerecht van 15 maart 2000, *Cimenteries CBR*, gev. zaken T-25/95 ea, punt 3930.

⁴³ Arrest van het Gerecht van 7 oktober 1999, *Irish Sugar t. Commissie*, zaak T-228/97, punt 170 en arrest van het Hof van Justitie van 1 februari 1978, *Miller*, zaak C-19/77, punt 15.

⁴⁴ Richtsnoeren van de Commissie van 27 april 2004 betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb C 101/81*, punt 22.

⁴⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 19 februari 2002, *Wouters*, zaak C-309/99, punt 95.

157. Tenslotte dient de beïnvloeding van de handel tussen Lidstaten merkbaar te zijn, in die zin dat zij niet onbeduidend mag zijn.⁴⁶

V.5.2 Toepassing op de zaak

158. De betrokken gedragingen van founding partners bij het SMAN-project hebben betrekking op het gehele grondgebied van België.⁴⁷ Dergelijke praktijken beïnvloeden in principe de handel tussen Lidstaten. Bijgevolg besluit de auditeur dat de weerhouden praktijken de handel tussen Lidstaten merkbaar kunnen beïnvloeden.

159. Daar de betrokken gedragingen het volledige Belgische grondgebied bestrijken, beperken zij eveneens merkbaar de mededinging op de Belgische markt in de zin van artikel IV.1 WER.

V.6 Niet-toepasbaarheid van de artikelen IV.1, §3 WER en 101, lid 3 VWEU

160. De bepalingen van artikel IV.1, § 1 WER en artikel 101, lid 1 VWEU zijn krachtens artikel IV.1, § 3 WER en artikel 101, lid 3 VWEU niet van toepassing op een overeenkomst of een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging die bijdraagt tot de verbetering van de productie of van de verdeling of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, waarbij een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, zonder nochtans aan de betrokken partijen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de mogelijkheid te geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

161. Het auditoraat beschikt over geen enkel element dat tot de conclusie kan leiden dat wat betreft de vastgestelde mededingingsinbreuk, voldaan zou zijn aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling op grond van de artikelen IV.1, §3 WER en/of 101, lid 3 VWEU. Het SMAN-project, zoals geïmplementeerd door de Golden Rules, betreft noch een legitieme vorm van categoriemanagement dat voordelen voor de consument meebrengt, noch een aanvaardbare commercialiseringsovereenkomst.

162. Het auditoraat besluit bijgevolg dat in onderhavige zaak niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel IV.1, § 3 WER en/of artikel 101, lid 3 VWEU.

VI. Aansprakelijkheid

VI.1 Principes

163. Het Belgisch en Europees mededingingsrecht ziet op de activiteiten van ondernemingen. Het begrip onderneming omvat elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.⁴⁸

164. Wanneer een dergelijke entiteit de mededingingsregels overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid in principe de verantwoordelijkheid daarvoor

⁴⁶ Richtsnoeren van de Commissie van 27 april 2004 betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, punt 44 e.v.

⁴⁷ Zie hoger Deel IV.1 ‘Geografische reikwijdte’ van deze beslissing.

⁴⁸ Arrest HvJ van 18 december 2014 in zaak C-434/13 P, *Commissie/Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin*, punt 39 en arrest HvJ van 10 september 2009 in zaak C-97/08, *AkzoNobel ea./Commissie*, punt 54.

dragen.⁴⁹ Het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid betekent dat de inbreuk op de mededingingsregels in beginsel moet worden toegerekend aan de natuurlijke of rechtspersoon die de aan de inbreuk deelnemende onderneming leidde toen deze werd gepleegd, ook al wordt deze onderneming onder verantwoordelijkheid van een andere persoon geëxploiteerd op het tijdstip waarop de beschikking wordt gegeven waarin de inbreuk wordt vastgesteld.⁵⁰

165. Anderzijds heeft het Hof van Justitie, met het oog op de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels, gepreciseerd dat met inachtneming van het criterium van economische continuïteit, een entiteit die niet zelf de inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan daarvoor niettemin kan bestraft worden in het geval dat de entiteit die de inbreuk heeft gepleegd rechtens of economisch gezien niet langer bestaat, bijvoorbeeld omdat laatstgenoemde entiteit middels een fusie door absorptie is opgegaan in de eerstgenoemde entiteit die daardoor de activa en passiva, inclusief de aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht, heeft overgenomen.⁵¹ Zolang de entiteit die de inbreuk heeft begaan daarentegen zowel rechtens blijft bestaan als haar economische activiteiten blijft verrichten, is de mededingingsautoriteit dus in beginsel verplicht om de geldboete in kwestie op te leggen aan deze entiteit.

166. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt evenwel ook dat de juridische of organisatorische wijziging van een entiteit die een inbreuk op de mededingingsregels heeft begaan niet

⁴⁹ Arrest HvJ van 28 oktober 2020 in zaak C-611/18 P, *Pirelli & C. SpA / Commissie*, punt 66 en arrest HvJ van 18 december 2014 in zaak C-434/13 P, *Europese Commissie/Parker Hannifin Manufacturing srl en Parker-Hannifin Corp.*, punt 39 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵⁰ Arresten van het Hof van 16 november 2000, *Cascades SA / Commissie*, C-279/98 P / Commissie, punt 78, en van het Gerecht van 14 december 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, T-259/02 t/m T-264/02 en T-271/02, punt 324. Zie ook Conclusie van Advocaat-Generaal J. Kokott van 3 juli 2007 in zaak C-280/06, *ETI e.a./Commissie*, punten 71 en 73.

En zelfs indien de materiële en menselijke factoren met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd, na de periode van de inbreuk aan een derde werden overgedragen. Zie arrest GvEA van 14 december 2006 in gevoegde zaken T-259/02 tem T-264/02 en T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich/Commissie*, punt 324.

Wanneer de betrokken onderneming onder de verantwoordelijkheid van de nieuwe exploitant de inbreuk verderzet, moet de inbreuk op de mededingingsregels aan de nieuwe exploitant worden toegerekend vanaf het tijdstip dat hij de onderneming heeft overgenomen. Zie Conclusie van Advocaat-Generaal J. Kokott van 3 juli 2007 in zaak C-280/06, *ETI e.a./Commissie*, punt 73.

⁵¹ Arrest HvJ van 24 september 2020 in zaak C-601/18 P, *Prysmian en Prysmian Cavi e Sistemi/Commissie*, punt 85 en arrest HvJ van 11 december 2007 in zaak C-280/06, *ETI e.a./Commissie*, punt 40.

Een sanctie die wordt opgelegd aan een onderneming die rechtens blijft bestaan, maar geen economische activiteiten meer verricht, heeft allicht geen afschrikkend effect meer.

Wanneer de betrokken onderneming ophoudt te bestaan omdat zij in een overnemende onderneming is opgegaan (fusie door absorptie), neemt laatstgenoemde haar activa en passiva over, inclusief haar aansprakelijkheid voor inbreuken op het gemeenschapsrecht. In dat geval kan de aansprakelijkheid voor de door de overgenomen onderneming gepleegde inbreuk aan de overnemende onderneming worden toegerekend. Zie arrest GvEA van 14 december 2006 in Gevoegde zaken T-259/02 tem T-264/02 en T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich/Commissie*, punt 326. Bevestigd door het Hof van Justitie, zie arrest HvJ van 24 september 2009, in de gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, *Erste Group Bank AG e.a.*, rns. 81-83.

In dezelfde zin werd beslist in een arrest van het Hof van 14 maart 2019, *Vantaan kaupunki*, C-724/17, punt 40: “[v]oorts heeft het Hof gepreciseerd dat het voor de doeltreffende tenuitvoerlegging van de mededingingsregels van de Unie noodzakelijk kan blijken te zijn om de verkrijger van de onderneming die inbreuk op die regels heeft gemaakt, voor deze inbreuk aansprakelijk te stellen wanneer de betrokken onderneming ophoudt te bestaan doordat zij is opgegaan in die verkrijger, die als overnemende vennootschap de activa en passiva – daaronder begrepen de aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht – van die onderneming overneemt (arrest van 5 december 2013, *SNIA/Commissie*, C-448/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:801, punt 25).”

noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat een nieuwe onderneming wordt gecreëerd die bevrijd is van de aansprakelijkheid voor de met het mededingingsrecht strijdige gedragingen van de voorafgaande entiteit, indien beide entiteiten in economisch opzicht identiek zijn.⁵² Op deze wijze wordt vermeden dat de betrokken ondernemingen aan sancties kunnen ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten of andere juridische of organisatorische wijzigingen.⁵³

167. Zo heeft het Hof van Justitie dan ook geoordeeld dat wanneer twee entiteiten een economische eenheid vormen, het feit dat de entiteit die de inbreuk heeft begaan nog bestaat, niet belet dat de entiteit waaraan zij haar economische activiteiten heeft overgedragen, wordt bestraft. Een dergelijke tenuitvoerlegging van de sanctie is inzonderheid toelaatbaar wanneer deze entiteiten onder de zeggenschap van dezelfde persoon stonden en, gelet op de nauwe economische en organisatorische banden tussen hen, in wezen dezelfde commerciële richtsnoeren hebben toegepast.⁵⁴

168. Wat de datum betreft waarop en de periode waarin structurele banden tussen de overdrager en de verkrijger moeten hebben bestaan om te kunnen spreken van economische continuïteit, heeft het Hof van Justitie het bestaan van dergelijke continuïteit zowel erkend in situaties waarin de activiteitenoverdracht had plaatsgevonden tijdens de inbreukperiode en er tijdens deze periode structurele banden tussen de overdrager en de verkrijger hadden bestaan als in situaties waarin die overdracht had plaatsgevonden na de beëindiging van de inbreuk, op voorwaarde dat structurele banden tussen de twee entiteiten bestonden op de datum van deze overdracht. In geen enkel geval heeft het Hof aangegeven dat het noodzakelijk was dat deze banden zijn blijven bestaan tijdens de gehele inbreukperiode of tot op het tijdstip waarop de inbreukbeslissing is vastgesteld.⁵⁵

VI.2 Toepassing op de zaak

VI.2.1 *Johnson & Johnson Consumer NV*

VI.2.1.a *Deelname aan SMAN*

i) Janssen-Cilag NV

169. Janssen-Cilag NV heeft van januari 2000 tot en met 26 augustus 2007 rechtstreeks deelgenomen aan het SMAN-project als founding partner.⁵⁶

⁵² Arrest HvJ van 24 september 2020 in zaak C-601/18 P, *Prysmian en Prysmian Cavi e Sistemi/Commissie*, punt 86; Arrest HvJ van 18 december 2014 in zaak C-434/13 P, *Commissie/Parker Hannifin Manufacturing srl en Parker-Hannifin*, punt 40 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵³ Dit zou indruisen tegen de doelstelling om de met de mededingingsregels strijdige gedragingen te bestraffen en herhaling daarvan te voorkomen door middel van afschrikkende sancties.

⁵⁴ Arrest HvJ van 24 september 2020 in zaak C-601/18P, *Prysmian en Prysmian Cavi e Sistemi/Commissie*, punt 87; Arrest HvJ van 18 december 2014 in zaak C-434/13 P, *Commissie/Parker Hannifin Manufacturing srl en Parker-Hannifin*, punt 41 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵⁵ Arrest HvJ van 18 december 2014 in zaak C-434/13 P, *Commissie/Parker Hannifin Manufacturing srl en Parker-Hannifin*, punt 49-51 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵⁶ De OTC-afdeling van Janssen-Cilag NV heeft tussen 2005 en 26 augustus 2007 de naam "McNeil, a division of Janssen-Cilag" gehanteerd, zonder wijziging aan de onderliggende juridische structuur, m.a.w. Janssen-Cilag NV bleef gedurende deze tijd de juridische entiteit die deelnam aan SMAN, zie antwoord Johnson & Johnson van 7 augustus 2020.

ii) McNeil Comm. VA

170. Op 27 augustus 2007 werd Janssen-Cilag NV in het SMAN-project vervangen door McNeil VA die tot 1 juli 2010 rechtstreeks heeft deelgenomen als founding partner binnen het SMAN-project.⁵⁷

iii) Johnson & Johnson Consumer NV

171. Op 1 juli 2010 werd McNeil Comm. VA in het SMAN-project vervangen door Johnson & Johnson Consumer NV die tot 23 mei 2016 rechtstreeks heeft deelgenomen als founding partner.⁵⁸

VI.2.1.b Toerekenbaarheid

172. Binnen de toenmalige Johnson & Johnson groep hebben achtereenvolgens de Belgische dochters van Johnson & Johnson, namelijk Janssen-Cilag NV, McNeill Comm. VA en Johnson & Johnson Consumer NV, rechtstreeks deelgenomen aan de SMAN-gedragingen. Johnson & Johnson was tijdens de inbreukperiode de enige en uiteindelijke moedervenootschap van deze Belgische dochterondernemingen.⁵⁹

173. Zowel op het moment van de overdracht/integratie van de activiteiten van Janssen-Cilag NV aan/in McNeil Comm VA als op moment van overdracht van de activiteiten van McNeil Comm VA aan Johnson & Johnson Consumer NV bestonden er structurele banden tussen overdrager en verwerver, waarbij allen toentertijd onder zeggenschap stonden van Johnson & Johnson.

174. Op grond van vaste Europese rechtspraak in het kader van intra-groep reorganisatie kan Johnson & Johnson Consumer NV aansprakelijk gesteld worden voor de inbreukgedragingen van haar voorgangers binnen het SMAN-project, zijnde (i) Janssen-Cilag NV met betrekking tot de periode van januari 2000 tot en met 26 augustus 2007 en (ii) McNeil Comm. VA met betrekking tot de periode van 27 augustus 2007 tot 1 juli 2010.⁶⁰

175. Vanaf 1 juli 2010 tot 23 mei 2016 heeft Johnson & Johnson Consumer NV zelf rechtstreeks deelgenomen aan de SMAN-gedragingen.

176. Op grond van de hoger beschreven vaste rechtspraak moet de aansprakelijkheid voor de inbreuk gedurende de totale periode van 1 januari 2000 tot 23 mei 2016 derhalve worden toegerekend aan Johnson & Johnson Consumer NV, enerzijds op grond van de vaste rechtspraak met betrekking tot de intra-groepsreorganisatie en anderzijds op grond van haar directe betrokkenheid.

⁵⁷ In december 2006 verwierf Johnson & Johnson Pfizer Consumer Healthcare, waaronder de Belgische entiteit Pfizer Consumer Healthcare Comm. VA. Op 27 augustus 2007 werd de naam van Pfizer Consumer Healthcare Comm. VA. gewijzigd naar McNeil Comm. en werden de OTC-activiteiten van Janssen-Cilag NV geïntegreerd met McNeil Comm. VA. alsook werden de OTC-geneesmiddelen van Janssen-Cilag NV exclusief door McNeil Comm. VA. aan groothandelaars en apothekers verdeeld. Janssen-Cilag NV bleef juridisch de "Marketing Authorisation Holder" van de OTC-geneesmiddelen verkocht door McNeil Comm. VA., zie antwoord Johnson & Johnson van 7 augustus 2020.

⁵⁸ De OTC-activiteiten van Janssen-Cilag, die sinds augustus 2007 met McNeil Comm. VA geïntegreerd waren, werden ook overgedragen aan Johnson & Johnson Consumer NV, zie antwoord Johnson & Johnson van 7 augustus 2020.

⁵⁹ Bijlage 5 (Organigrammen relevante Johnson & Johnson entiteiten) van antwoord Johnson & Johnson van 7 augustus 2020.

⁶⁰ Arrest HvJ van 18 december 2014 in C-434/13P *Commissie /Parker Hannifin*, punten 40-41 en 49-51.

VI.2.2 Boehringer Ingelheim SComm

VI.2.2.a Deelname aan SMAN

177. Boehringer Ingelheim SA trad op 8 januari 2003 toe tot het SMAN-project en heeft rechtstreeks deelgenomen als founding partner tot 30 juni 2006.⁶¹

178. Tijdens haar deelname aan het SMAN-project werd op 30 juni 2006 Boehringer Ingelheim SA gefuseerd door opslorping met Boehringer Ingelheim Coordination Centre SCS. De naam van Boehringer Ingelheim Coordination Centre SCS werd gewijzigd naar Boehringer Ingelheim die de deelname aan SMAN heeft verdergezet tot 23 mei 2016.⁶²

VI.2.2.b Toerekenbaarheid

179. Binnen de Boehringer Ingelheim-groep hebben achtereenvolgens de Belgische dochters van Boehringer Ingelheim, namelijk Boehringer Ingelheim SA en Boehringer Ingelheim SCS, rechtstreeks deelgenomen aan de SMAN-gedragingen tijdens de periode van 8 januari 2003 tot 23 mei 2016. C.H. Boehringer Sohn AG & Co. KG was tijdens de inbreukperiode de enige en uiteindelijke moedervenootschap van deze Belgische dochterondernemingen.⁶³

180. Op het moment van de overdracht/integratie van de activiteiten van Boehringer Ingelheim SA aan/in Boehringer Ingelheim Coordination Centre SCS (middels een fusie door opslorping), waarvan de naam werd gewijzigd in Boehringer Ingelheim, bestonden er structurele banden tussen overdrager en verwerfer, waarbij allen onder zeggenschap stonden van C.H. Boehringer Sohn AG & Co. KG. Daarenboven hield Boehringer Ingelheim SA ten gevolge van de fusie door opslorping op te bestaan en werd de aansprakelijkheid voor de door deze entiteit begane inbreuken op het mededingingsrecht overgenomen door Boehringer Ingelheim (met rechtsvorm SCS).

181. Bijgevolg kan op grond van vaste rechtspraak in het kader van intra-groep reorganisatie Boehringer Ingelheim SCS aansprakelijk gesteld worden voor de inbreukgedragingen van haar rechtsvoorganger binnen het SMAN-project, zijnde Boehringer Ingelheim SA met betrekking tot de periode van 8 januari 2003 tot 30 juni 2006.

182. Vanaf 30 juni 2006 tot 23 mei 2016 heeft Boehringer Ingelheim SCS zelf rechtstreeks deelgenomen aan de SMAN-gedragingen.

183. Alhoewel de onderneming Boehringer Ingelheim SCS ingevolge de joint venture op 1 januari 2017 haar consumer healthcare activiteiten ('assets') heeft overgedragen aan Sanofi SA, blijven de door haar gestelde mededingingsinbreuken in het kader van het SMAN-project op grond van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid aan haar toerekenbaar.⁶⁴

⁶¹ Bijlage II.4 clementieverzoek [Vertrouwelijk].

⁶² De rechtsvorm SCS ('société en commandite simple') staat voor een gewone commanditaire vennootschap op aandelen.

Zie bijlagen van de rechtspersonen bij het Belgisch Staatsblad van 28 juli 2006 en clementieverzoek [Vertrouwelijk], randnummer 26.

⁶³ E-mail meester Raes d.d. 7 januari 2021 en Bijlage 4 (Organigram) van antwoord Boehringer Ingelheim van 21 augustus 2020.

⁶⁴ Boehringer Ingelheim droeg op 1 januari 2017 de consumer healthcare activiteiten over aan Sanofi SA in het kader van een strategische transactie ('business swap'). De transactie betrof de ruil van de Animal Health-divisie 'Merial' van Sanofi en de Consumer Healthcare-divisie 'CHC' van het Duitse Boehringer Ingelheim.

Zie beslissing EC in de zaak M.7919 - Sanofi/Boehringer Ingelheim Consumer Healthcare Business van 4 augustus 2016.

184. Het feit dat Boehringer Ingelheim haar rechtsvorm SCS op 18 september 2020 heeft gewijzigd naar een commanditaire vennootschap (SComm)⁶⁵, leidt er volgens hoger aangehaalde vaste rechtspraak niet toe dat een nieuwe onderneming ontstaat die voor de mededingingsbepalende gedragingen van de voorgaande niet aansprakelijk zou zijn, wanneer beide ondernemingen uit economisch oogpunt als één en dezelfde onderneming zijn te beschouwen.

185. Op 21 oktober 2022 werd de naam van de Belgische vennootschap Boehringer Ingelheim gewijzigd naar Boehringer Ingelheim SComm.⁶⁶

186. Op grond van het voorgaande moet de aansprakelijkheid voor de inbreuk gedurende de periode van 8 januari 2003 tot 23 mei 2016 worden toegerekend aan Boehringer Ingelheim SComm eerst op grond haar hoedanigheid van rechtsopvolger van Boehringer Ingelheim SA en vervolgens (vanaf 30 juni 2006) op grond van haar rechtstreekse deelneming aan de inbreukmakende gedragingen in het kader van het SMAN-project.

VI.2.3 Haleon Belgium NV

VI.2.3.a Deelname aan SMAN

187. Novartis Consumer Health NV was vanaf 1 januari 2000 betrokken in het SMAN-project als founding partner.

VI.2.3.b Toerekenbaarheid inbreuk

188. Op 1 oktober 2016 fuseerde Novartis Consumer Health NV met GlaxoSmithKline Consumer Healthcare SA om er deel van te worden. Ten gevolge van de fusie werden alle activa en passiva van Novartis Consumer Health NV overgedragen naar GlaxoSmithKline Consumer Healthcare SA, werd Novartis Consumer Health NV ontbonden en hield deze entiteit op te bestaan. Deze fusie trad voor boekhoudkundige en fiscale doeleinden retroactief in werking op 1 januari 2016.⁶⁷

189. GlaxoSmithKline Consumer Healthcare SA heeft bij deze fusie door absorptie de activa en passiva, inclusief de aansprakelijkheid voor inbreuken op het mededingingsrecht overgenomen van Novartis Consumer Health NV. In dit geval kan in overeenstemming met de hierboven besproken vaste rechtspraak de aansprakelijkheid voor de door de overgenomen onderneming Novartis Consumer Health NV gepleegde inbreuk aan de overnemende onderneming GlaxoSmithKline Consumer Healthcare SA worden toegerekend.

190. De naam van GlaxoSmithKline Consumer Healthcare SA werd nadien gewijzigd naar Haleon Belgium NV.

191. De aansprakelijkheid voor de inbreuk moet derhalve aan Haleon Belgium NV worden toegerekend voor de periode van 1 januari 2000 tot 23 mei 2016 als rechtsopvolger van Novartis Consumer Health NV.

⁶⁵ Zie bijlagen van de rechtspersonen bij het Belgisch Staatsblad van 30 december 2020.

⁶⁶ Zie bijlagen van de rechtspersonen bij het Belgisch Staatsblad van 14 november 2022.

⁶⁷ [Vertrouwelijk].

VII. Sancties

192. Artikel IV.59 WER voorziet dat wanneer de voorwaarden voor een schikking vervuld zijn, het auditoraat een beslissing kan nemen, die de boete bevat. Deze beslissing geldt als een beslissing van het Mededingingscollege zoals bedoeld in artikel IV.52 WER.

VII.1 Toepasselijke richtsnoeren

193. Op 3 september 2020 heeft het Directiecomité van de BMA de Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.79, §1, eerste lid, en §2, eerste lid WER bij overtredingen van de artikelen IV.1, §1, IV.2 en/of IV.2/1 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU aangenomen (verder “Richtsnoeren”).

194. Zij zijn van toepassing sinds 16 september 2020 op alle zaken waarin op die dag nog geen met redenen omkleed voorstel van beslissing is overgemaakt aan het Mededingingscollege, met uitzondering van de zaken die voorwerp zijn van een schikkingsprocedure en waarvoor de auditeur al een mogelijke geldboete heeft meegedeeld in zoverre de schikkingsprocedure effectief leidt tot een schikking.

195. De auditeur deelde in het kader van de schikkingsprocedure aan de partijen een mogelijke geldboete mee in februari 2024 . Bijgevolg zijn de Richtsnoeren toepasselijk.

196. Randnummer 3 van de Richtsnoeren bepaalt dat de BMA zich bij het berekenen van de geldboeten zal laten leiden door de door de Europese Commissie gebruikte Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten (verder “Commissierichtsnoeren”).⁶⁸

VII.2 Boeteberekening

VII.2.1 Basisbedrag van de boete

197. Overeenkomstig punt 19 van de Commissierichtsnoeren, wordt het basisbedrag van de boete vastgesteld als een deel van de waarde van de verkopen dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk, vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft.

VII.2.1.a Berekeningsbasis en referentiejaar

198. Om het basisbedrag van de op te leggen boete vast te stellen, wordt uitgegaan van de waarde van de verkopen van de betrokken partijen, namelijk van de omzet behaald door de betrokken partijen in België die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houdt met de inbreuk.⁶⁹ In deze zaak is de relevante omzet de omzet die door de betrokken farmaceutische ondernemingen in België wordt verwezenlijkt met de verkoop van OTC-geneesmiddelen.

199. Het referentiejaar voor de omzet dat in aanmerking wordt genomen, is normaliter het laatste volledige jaar waarin de betrokken partij aan de inbreuk heeft deelgenomen, in casu 2015.

⁶⁸ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (2006/C 210/02).

⁶⁹ Arrest HvJ van 1 februari 2018 in zaak C-261/16 P, *Kühne*, punt 65 en arrest Hof van Justitie van 9 maart 2018 in zaak C-271/16 P, *Panalpina*, punt 30.

200. De relevante omzet voor elke betrokken farmaceutische onderneming is bijgevolg:

	Totale omzet OTC-geneesmiddelen 2015 in België (€)
Johnson & Johnson Consumer NV	[Vertrouwelijk]
Boehringer Ingelheim SComm	[Vertrouwelijk]
Haleon Belgium NV	
- Berekeningsbasis 1 voor de periode 1/1/2000 – 31/12/2015	[Vertrouwelijk]
- Berekeningsbasis 2 voor de periode 1/1/2016 – 23/05/2016	[Vertrouwelijk]

VII.2.1.b Ernst van de inbreuk

201. De ernst van de inbreuk wordt geval per geval beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden. Er wordt rekening gehouden met een aantal factoren zoals de aard van de inbreuk, het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, de geografische reikwijdte van de inbreuk en de vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd.

202. Allereerst moet vastgesteld worden dat de onderzochte praktijken horizontale overeenkomsten en/of onderling afgestemde gedragingen zijn tussen rechtstreekse concurrenten (founding partners) die (producten van) andere concurrenten strategisch hebben uitgesloten en zichzelf onrechtmatig hebben bevoordeeld in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen. Daarbij werd de implementatie van de planogrammen in de SMAN-apotheken gemonitord.

203. De onderzochte praktijken benadeelden de concurrenten van de founding partners, namelijk de renters en de andere niet aan SMAN deelnemende OTC-ondernemingen, in de toewijzing in de planogrammen van zichtbare kastruimte in de apotheken, volgens een verdelingssysteem dat exclusief gebaseerd was op IMS-marktaandelen. In de concurrentiële wedijver is een goede zichtbaarheid van OTC-geneesmiddelen in de apotheek nochtans een belangrijke factor voor OTC-ondernemingen om hun producten te promoten naar de consument toe. In België is de reclame van OTC-geneesmiddelen immers strikt gereguleerd. Bovendien zijn de OTC-geneesmiddelen, in tegenstelling tot andere landen, exclusief beschikbaar in de apotheek.

204. De founding partners gaven geen transparantie over het uitwerken van de schappenplannen of planogrammen, hetgeen blijkt uit hun strategie om de planogrammen niet mee te delen aan de geselecteerde apotheken en de renters.

205. Ten tweede hadden de onderzochte praktijken betrekking op de verkoop van OTC-geneesmiddelen via apotheken, het enige verkoopkanaal van OTC-geneesmiddelen voor consumenten.

206. Geografisch waren de voor het SMAN-project geselecteerde apotheken verspreid over het gehele Belgische grondgebied.

207. Ten derde, waren de founding partners grote multinationale ondernemingen die zich bewust waren van het problematische karakter van hun gedragingen. Dit gold in het bijzonder voor wat betreft de door hen toegepaste ongelijkheid tussen founding partners (zichzelf), renters en andere marktspelers die niet waren opgenomen in het SMAN-project. Het onderzoeksdossier bevat in dit verband afdoende bewijzen.

208. Ten vierde beoogde de SMAN-samenwerking een beperking van de visibiliteit van de concurrerende OTC-producten ten aanzien van de consument. OTC-geneesmiddelen kregen in de planogrammen een plaats op de schappen van de SMAN-apotheken die onder normale concurrentievoorwaarden anders was geweest. Zelfs OTC-geneesmiddelen die alom gekend waren en vaak door de consument werden aangekocht, werden hierbij benadeeld.

209. Ten vijfde volgt uit het bewijsmateriaal zoals beschreven in deel III.3 dat de founding partners hun praktijken bestaande uit (i) de verdeling van de schappen van apotheken op basis en boven individuele marktaandelen in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen, (ii) de uitsluiting van (producten van) concurrenten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen; (iii) de bevoordeling van eigen producten in de opmaak van en bij de implementatie van de planogrammen en (iv) de opvolging van de SMAN-afspraken en de monitoring van de implementatie van de planogrammen in SMAN-apotheken, daadwerkelijk hebben geïmplementeerd.

210. De betrokken ondernemingen hebben in wezen een façade opgetrokken, via een ogenschijnlijk systeem van categoriemanagement. Deze façade werd nog versterkt door de zogenaamde ‘externalisering’ van het SMAN-project naar Promomed in 2010. Dit alles diende evenwel als een instrument om deel te nemen aan een mededingingsinbreuk.

211. Gelet op bovenstaande vormt het SMAN-project zoals het daadwerkelijk ten uitvoer werd gebracht een ernstige inbreuk op de mededingingsregels. De auditeur oordeelt dat, gelet op de aard en de context van de inbreuk, het passend is voor de factor ernst een percentage te hanteren van 15%.

VII.2.1.c Duur van de inbreuk

212. Op basis van de vastgestelde inbreukmakende feiten vermeld in deel III.3 oordeelt de auditeur dat de inbreuk op 1 januari 2000 een aanvang heeft genomen met als betrokken partijen (founding partners) de ondernemingen Janssen-Cilag NV, en (toenmalig) Novartis Consumer Health NV.

213. Boehringer Ingelheim SA (nadien Boehringer Ingelheim SCS) trad op 8 januari 2003 als partner toe tot het SMAN-project.

214. Wat de einddatum van de inbreuk betreft, weerhoudt de auditeur voor de betrokken partijen de eerste dag van de gerichte huiszoeken, zijnde 23 mei 2016.

215. De vastgestelde inbreuk heeft dus de volgende duur voor de betrokken partijen, rekening houdend met de hoger vermelde analyses van de toerekenbaarheid:

Onderneming	Periode	Duurtijd	Vermenigvuldigingsfactor
Johnson & Johnson Consumer NV	1 januari 2000 tot 23 mei 2016	16 jaar en 5 maanden	16,42
Boehringer Ingelheim SComm	8 januari 2003 tot 23 mei 2016	13 jaar en 5 maanden	13,42
Haleon Belgium NV	1 januari 2000 tot 23 mei 2016	1/1/2000 – 31/12/2015 1/1/2016 – 23/05/2016	16 0,42

VII.2.1.d Toevoeging extra bedrag (entry fee)

216. Om ondernemingen ervan te weerhouden deel te nemen aan horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperkingen, en andere inbreuken, wordt in punt 25 van Commissierichtsnoeren bepaald dat een bedrag tussen 15% en 25% van de waarde van de verkopen wordt toegevoegd aan het basisbedrag, onafhankelijk van de duur van de deelname van een onderneming aan de inbreuk (de zogenaamde 'entry fee'). Voor het bepalen van het aandeel van de waarde van de verkopen wordt rekening gehouden met de hierboven genoemde factoren van ernst.

217. In casu is het auditoraat van mening dat een entry fee van 15% passend is voor elke betrokken partij.

218. Dit resulteert in volgende basisbedragen:

Onderneming	Basisbedrag boete (€)
Johnson & Johnson Consumer NV	[Vertrouwelijk]
Boehringer Ingelheim SComm	[Vertrouwelijk]
Haleon Belgium NV	[Vertrouwelijk]

VII.2.2 Aanpassing van het bedrag in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden

219. Punt 27 van de Commissierichtsnoeren voorziet dat het basisbedrag verhoogd of verlaagd kan worden wegens het bestaan van verzwarende, respectievelijk verzachtende omstandigheden.

220. Een niet-exhaustieve lijst van verzwarende of verzachtende omstandigheden is opgenomen in punten 28 en 29 van de Commissierichtsnoeren.

VII.2.2.a Verzwarende omstandigheden

221. Het auditoraat heeft geen verzwarende omstandigheden weerhouden.

VII.2.2.b Verzachtende omstandigheden

222. Het auditoraat erkent dat er, gelet op de nieuwheid van type inbreuk, weinig leidraad en geen precedentes bestaan over de toepassing van de mededingingsregels rond de grenzen van categoriemanagement zoals toegepast in de huidige zaak en kent een vermindering van 20% van het basisbedrag toe aan alle betrokken partijen.⁷⁰

Onderneming	Basisbedrag boete (€)
Johnson & Johnson Consumer NV	[Vertrouwelijk]
Boehringer Ingelheim SComm	[Vertrouwelijk]
Haleon Belgium NV	[Vertrouwelijk]

⁷⁰ Zie in dit kader beslissing Europese Commissie in zaak T.40178, *Car Emissions*, punt 235.

VII.2.3 Wettelijk maximum van de boete

223. Overeenkomstig de artikelen IV.79, §1, lid 1 en IV.84, §1 WER mogen de aan elk van de ondernemingen opgelegde geldboeten niet meer bedragen dan 10% van hun omzet, waarbij voor de inbreuken die een aanvang hebben genomen en gestopt zijn voor het in werking treden van de wet van 2 mei 2019, onder omzet wordt begrepen de totale omzet op de nationale markt en bij de export, behaald tijdens het boekjaar voorafgaand aan de beslissing.

224. Overeenkomstig punt 37 van de Commissierichtsnoeren kunnen ook de bijzondere kenmerken van een gegeven zaak in aanmerking genomen worden.

225. Bijgevolg zijn de volgende maximumbedragen van toepassing:

Onderneming	Weerhouden boete (€)
Johnson & Johnson Consumer NV	[Vertrouwelijk]
Boehringer Ingelheim SComm	[Vertrouwelijk]
Haleon Belgium NV	[Vertrouwelijk]

VII.2.4 Korting duurtijd onderzoek

226. Het auditoraat heeft besloten om een uitzonderlijke vermindering van 5% toe te passen voor de lange duurtijd van het onderzoek. Deze vermindering wordt in lijn met de Europese beslissingspraktijk toegekend na de toepassing van het wettelijk maximum van de geldboete (10%-omzetlimiet).⁷¹

227. Onderstaande kortingen dienen dus in mindering gebracht te worden van de hierboven vermelde boetebedragen:

Onderneming	Korting voor duurtijd onderzoek (€)
Johnson & Johnson Consumer NV	[Vertrouwelijk]
Boehringer Ingelheim SComm	[Vertrouwelijk]
Haleon Belgium NV	[Vertrouwelijk]

VII.2.5 Korting voor schikking

228. Overeenkomstig artikel IV.60 WER, kent het auditoraat in het kader van deze transactie een boetevermindering toe van 10%.

229. Onderstaande kortingen dienen dus, na de korting voor duurtijd onderzoek, in mindering gebracht te worden van de hierboven vermelde boetebedragen:

Onderneming	Korting voor schikking (€)
Johnson & Johnson Consumer NV	[Vertrouwelijk]
Boehringer Ingelheim SComm	[Vertrouwelijk]
Haleon Belgium NV	[Vertrouwelijk]

⁷¹ Zie onder meer Beslissing EC van 17 december 2020 in zaak AT.39563, *Retail Food Packaging*, punten 69-70; Arrest HvJ van 19 december 2012, in zaak C-452/11 P, *Heineken*, punten 97-100. Hieruit kan niet afgeleid worden dat de redelijke termijn overschreden zou zijn.

VII.2.6 Boetes opgelegd aan de ondernemingen in het kader van huidige schikkingsprocedure

230. Overeenkomstig artikel IV.60 WER is de boete die het auditoraat oplegt aan de betrokken partijen bij de schikking de volgende:

Onderneming	Weerhouden boete (€)
Johnson & Johnson Consumer NV	4.771.584,00
Boehringer Ingelheim SComm	1.664.721,76
Haleon Belgium NV	4.812.974,72

VII.2.7 Stopzetting inbreuk

231. Artikel IV.59 WER voorziet dat wanneer de voorwaarden voor een schikking vervuld zijn, het auditoraat een beslissing kan nemen die de boete bevat, waardoor de procedure wordt afgesloten. Deze beslissing geldt als een beslissing van het Mededingingscollege zoals bedoeld in artikel IV.52 WER, namelijk een beslissing die vaststelt dat er een restrictieve mededingingspraktijk bestaat en beveelt dat deze desgevallend beëindigd wordt.

232. Het auditoraat acht het noodzakelijk om principieel te eisen dat de onderneming aan wie de beslissing is geadresseerd de inbreuk beëindigt, voor zover dit nog niet zou zijn gebeurd, en dat zij zich onthoudt van iedere gedraging met eenzelfde doel of gevolg.

VIII. Beslissing

OM DEZE REDENEN,

De auditeur

- Stelt vast dat de volgende ondernemingen inbreuk hebben gemaakt op de artikelen IV.1 WER en 101 VWEU door deel te nemen, voor de periodes hieronder aangegeven, aan een inbreuk die het gehele Belgische grondgebied bestrijkt, en die bestaat uit één enkele en voortdurende inbreuk die als gemeenschappelijk doel had het verdelen en controleren van de opstelling van OTC-geneesmiddelen op de schappen in een belangrijk gedeelte van het verkoopkanaal voor consumenten:
 - Johnson & Johnson Consumer NV voor deelname aan de inbreuk van 1 januari 2000 tot 23 mei 2016;
 - Boehringer Ingelheim SComm voor deelname aan de inbreuk van 8 januari 2003 tot 23 mei 2016;
 - Haleon Belgium NV voor deelname aan de inbreuk van 1 januari 2000 tot 23 mei 2016.
- Legt, in toepassing van artikelen IV.59 en IV.79, §1 WER, de volgende administratieve geldboetes op, te betalen volgens de modaliteiten van artikel 2 van het Koninklijk Besluit van 4 september 2013 betreffende de betaling van de administratieve geldboeten en dwangsommen bepaald in Boek IV van het Wetboek van economisch recht:
 - 4.771.584,00 euro aan Johnson & Johnson Consumer NV;
 - 1.664.721,76 euro aan Boehringer Ingelheim SComm;
 - 4.812.974,72 euro aan Haleon Belgium NV.

- Beveelt dat de inbreuk wordt beëindigd, voor zover dit nog niet zou zijn gebeurd, en dat elke onderneming aan wie onderhavige beslissing is geadresseerd, zich onthoudt van iedere gedraging met eenzelfde doel of gevolg.
- Stelt vast dat met deze beslissing de inbreukprocedure wordt beëindigd ten aanzien van alle rechtspersonen die geadresseerden waren van de mededeling van grieven.

Gedaan te Brussel, op 24 april 2025.

Karel Marchand
Auditeur