

# ACTUALITEIT ACTUALITÉ

## Rechtspraak/Jurisprudence

---

### ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

---

#### ACTUALITEIT MEDEDINGING (1 OKTOBER – 31 DECEMBER 2007)

##### • BELGIË – AUDITORAAT EN RAAD VOOR DE MEDEDINGING

##### *Beslissing nr. 2007-V/M-25-AUD van 5 oktober 2007– Merck Generics Belgium en Generics UK/Merck Sharpe & Dohme*

De verzoekende partijen vroegen de voorzitter van de Raad om voorlopige maatregelen op te leggen aan Merck Sharpe & Dohme (MSD) aangezien deze laatste zou weigeren om de vermeende nietigheid te erkennen van een aan MSD toegekend octrooi voor een actief bestanddeel van een geneesmiddel en van een aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen en onterecht verschillende procedures zou inspannen voor de nationale rechter. Dit zou volgens de verzoekende partijen een misbruik van machtspositie uitmaken aangezien in België door deze handelingen geen generische geneesmiddelen met het betrokken actief bestanddeel kunnen worden aangeboden. De auditeur stelt *prima facie* een machtspositie vast in hoofde van MSD maar seponeert het verzoek omdat de hoven en rechtbanken niet eenduidig hebben geoordeeld dat het octrooi nietig is: zolang deze nietigheid niet is vastgesteld, kan de houder van een octrooi dit beschermen tegen eventuele inbreuken door concurrenten<sup>1</sup>.

##### *Mededeling betreffende volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten in kartelzaken, gepubliceerd op 22 oktober 2007*

De Raad voor de Mededinging heeft zijn mededeling inzake het vernieuwde clementieprogramma goedgekeurd. In deze mededeling worden de voorwaarden uiteengezet voor de indiening en behandeling van een zgn. clementieverzoek bij de Belgische mededingingsautoriteit en voor het verkrijgen

van een volledige vrijstelling of een vermindering van geldboeten in kartelzaken<sup>2</sup>. Het nieuwe clementieprogramma is in werking getreden op 22 oktober 2007.

##### *Beslissing nr. 2007-L/G-26 van 25 oktober 2007– Mobistar/Belgacom*

In het kader van een geschil tussen telecommunicatieoperatoren dat door Mobistar aanhangig werd gemaakt op grond van artikel 4 van de wet van 17 januari 2003<sup>3</sup> vroeg Belgacom om een volledige toegang tot het dossier, wat werd geweigerd door de auditeur. De Raad verklaart zich onbevoegd om kennis te nemen van het beroep tegen de beslissing van de auditeur aangezien de enige beslissing die volgens de WBEM (indien deze al van toepassing zou zijn op het geschil) het voorwerp kan uitmaken van een beroep, de beslissing is waarbij de auditeur het vertrouwelijke karakter van bepaalde gegevens ten aanzien van de onderneming die het voorwerp uitmaakt van het onderzoek, niet erkent. Van een dergelijke beslissing was in casu geen sprake.

##### *Beslissing nr. 2007-I/O-27 van 26 oktober 2007– E.S./Ordre des pharmaciens, L.P.D./Ordre des pharmaciens en Groupe Multipharma/Ordre des pharmaciens en Beslissing nr. 2007-P/K-35 van 20 december 2007 – F.N.H./Ordre des pharmaciens – GLEP 30*

In zijn beslissing van 26 oktober 2007 stelt de Raad vast dat de Orde van Apothekers van 1 april 1993 tot en met 30 maart 2005 een inbreuk heeft begaan op de WBEM door deontologische regels en mededelingen uit te vaardigen die een bindende kracht verleenden aan reglementen die door lokale ordes werden vastgesteld en die tot doel hadden de vrijheid van apothekers om zelf hun openings- en sluitingsuren (tijdens de middag en op zaterdag) te bepalen, aan banden te leggen. De Raad besluit dat de beperkingen niet noodzakelijk zijn voor, noch evenredig zijn aan de nagestreefde doelstelling (het verzekeren van een goed verloop van de wachtdienst). Ook het algemene verbod voor apothekers om

<sup>1</sup> In dit verband moet worden opgemerkt dat de Europese Commissie een sectoronderzoek is gestart in de farmaceutische sector waarin onder meer praktijken als het misbruiken van octrooirechten worden onderzocht; zie persbericht van 16 januari 2008, <http://europa.eu/rapid/searchAction.do>.

<sup>2</sup> Voor een bespreking van het ontwerp van deze mededeling, zie Actualiteit Mededinging (1 juli – 30 september 2007), *T.B.H.* 2008/1, 104.

<sup>3</sup> Wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *B.S.* 24 januari 2003.

reclame te voeren en kortingen toe te passen vormt een ernstige beperking van de mededinging. Er wordt echter geen geldboete opgelegd omdat het onderzoek van de zaak de redelijke termijn heeft overschreden.

De reglementen van de lokale ordes van apothekers (die eveneens het voorwerp uitmaakten van verschillende klachten) hebben volgens de Raad echter geen gevolgen voor de mededinging op een wezenlijk deel van het Belgische grondgebied en vallen derhalve niet onder het verbod van artikel 2 § 1 WBEM. Dit wordt bevestigd in de beslissing van 20 december 2007.

***Beslissing nr. 2007-C/C-30 van 21 november 2007 – Tecteo/Brutele – Câble wallon***

De Raad stelt in deze beslissing vast dat, voor wat betreft het onderzoek inzake concentraties, geen wettelijke bepalingen bestaan die het recht van derden regelen om toegang te krijgen tot het onderzoeksdossier en het gemotiveerd verslag van de auditeur en beslist om dienaangaande prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Cassatie. De Raad stelt dat de beslissing om prejudiciële vragen te stellen, de termijnen schorst waarbinnen hij verplicht is een uitspraak te doen over de aangemelde concentratie en dit tot aan de dag van de ontvangst van de uitspraak van het Hof van Cassatie.

• **BELGIË – HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL**

***Arrest van 18 december 2007, Tele2 Belgium/Belgacom, A.R. nr. 2006/MR/3***

Het hof van beroep vernietigt de beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging waarin deze het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen, ingediend door Tele2 en gericht tegen het aanbod Happy Time van Belgacom, had afgewezen. Volgens het hof blijkt niet uit de beslissing met welke gegevens de voorzitter rekening heeft gehouden voor bepaalde argumenten die hij had aangehaald om het verzoek van Tele2 af te wijzen. Ook de motivering met betrekking tot de ontstentenis van een wurpprijs is volgens het hof onvoldoende. Ten slotte werd volgens het hof door de voorzitter een te strenge bewijslast gevraagd alvorens voorlopige maatregelen kunnen worden opgelegd.

Het hof weigert om zelf een uitspraak te doen over het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen aangezien het recht om voorlopige maatregelen te treffen tot de bevoegdheid van de mededingingsautoriteit behoort.

***Arrest van 27 december 2007, Tecteo/Brutele, A.R. nr. 2007/MR/6***

Het hof vernietigt de beslissing van de Raad van 21 november 2007 (zie hierboven) voor zover daarin wordt vastgesteld dat de termijn waarbinnen de Raad uitspraak moet doen, wordt geschorst. Het hof is de mening toegedaan dat artikel 73 van de WBEM (dat voorziet in een schorsing van de termijnen en de procedure voor de instantie die een

prejudiciële vraag voorlegt aan het Hof van Cassatie) niet van toepassing is op de Raad voor de Mededinging. Bovendien had de Raad, voorafgaand aan de beslissing om de termijn te schorsen, de aanmeldende partij moeten horen over het verzoek van de tussenkomenende partij en over de intentie van de Raad om prejudiciële vragen te stellen.

Het hof besluit dat, aangezien de Raad geen beslissing heeft genomen binnen de termijn die de WBEM voorziet, de aangemelde concentratie toelaatbaar wordt geacht.

• **EG – EUROPESE COMMISSIE**

***Beschikking van 11 oktober 2007, zaak COMP/37.966 – Distrigas***

In deze beslissing verklaart de Commissie de toezeggingen die door Distrigas werden aangeboden met betrekking tot gasleveringscontracten op de Belgische markt, bindend. Hiermee wordt het onderzoek naar een mogelijk misbruik van machtspositie beëindigd. Distrigas heeft er zich toe verbonden om geen nieuwe leveringscontracten met wederverkopers van aardgas te sluiten met een duurtijd van meer dan twee jaar. Voor de contracten met andere afnemers (industriële verbruikers en elektriciteitsproducenten) wordt de maximumduur bepaald op vijf jaar en keert jaarlijks een deel van het volume gas waarvoor contracten met deze afnemers bestaan, naar de markt terug. De toezeggingen zijn bindend tot en met 31 december 2010.

***Ontwerpverordening tot wijziging van verordening (EG) nr. 773/2004 en ontwerpmededeling betreffende schikkingsprocedures in kartelzaken, gepubliceerd op 26 oktober 2007***

De Commissie heeft een voorstel voorbereid om een schikkingsprocedure in te voeren voor bepaalde kartelzaken die ertoe moet leiden dat het onderzoek in kartelzaken sneller kan worden afgehandeld. Indien een onderneming de Commissie verzoekt om de schikkingsprocedure te starten, kan deze een vermindering van de geldboete verkrijgen voor zover de Commissie de door de onderneming ingediende verklaringen (die een erkenning van de inbreuk moeten inhouden) weerhoudt. De Commissie behoudt volgens het voorstel steeds een grote beoordelingsbevoegdheid inzake het al dan niet voeren van schikkingsgesprekken en voor wat betreft de informatie zij ter beschikking stelt van de geïnteresseerde ondernemingen.

***Mededeling van 20 november 2007, “Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement”, Com. (2007) 725 definitief en begeleidende werkdocumenten SEC (2007) 1514, SEC (2007) 1515 en SEC (2007) 1516***

De Europese Commissie heeft een pakket beleidsinitiatieven bekendgemaakt dat onder meer tot doel heeft meer duidelijkheid te scheppen over de toepassing van de EG-regels op

diensten van algemeen belang. Zo werd een mededeling uitgevaardigd die het standpunt van de Commissie uiteenzet over het begrip dienst van algemeen (economisch) belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang, en die de rol van het Protocol bij het Verdrag van Lissabon over diensten van algemeen belang verduidelijkt. Voorts werden een reeks antwoorden op veel gestelde vragen gepubliceerd in verband met de toepassing van de regels inzake staatssteun en overheidsopdrachten op (sociale) diensten van algemeen belang.

***Richtsnoeren voor verticale en conglomerale concentraties, gepubliceerd op 28 november 2007***

De Europese Commissie heeft richtsnoeren aangenomen voor de beoordeling van concentraties tussen ondernemingen die zich in een verticale relatie tot elkaar bevinden en zgn. conglomerale concentraties (*i.e.*, tussen ondernemingen die gerelateerde of aanvullende activiteiten verrichten). Een ontwerp van deze richtsnoeren werd gepubliceerd op 13 februari 2007<sup>4</sup>. De richtsnoeren vermelden voorbeelden van gevallen waarin een verticale of conglomerale concentratie de mededinging op een relevante markt merkbaar kan beperken.

***Beschikking van 19 december 2007, zaak COMP/34.579 – MasterCard***

De Europese Commissie heeft beslist dat het stelsel van

<sup>4</sup> Zie Actualiteit Mededinging (1 januari – 31 maart 2007), *T.B.H.* 2007/10, (1030) 1031.

MasterCard van multilaterale afwikkelingsvergoedingen voor internationale transacties binnen de Europese Economische Ruimte met debet- en kredietkaarten van MasterCard en Maestro en voor binnenlandse kaartbetalingen in een aantal lidstaten – waaronder België – de mededinging beperkt in de zin van artikel 81 van het EG-Verdrag. Dergelijke afwikkelingsvergoeding wordt ingehouden door de bank van de klant (zgn. “issuer”) en betaald door de bank van de handelaar (zgn. “acquiring bank”). De beslissing heeft uitsluitend betrekking op krediet- en debetkaarten voor consumenten en niet op de zakelijke markt.

De Commissie stelt vast dat, doordat de multilaterale afwikkelingsvergoeding een belangrijk deel vormt van het eindtarief dat detailhandelaars betalen voor het aanvaarden van de betaalkaarten van MasterCard, die vergoeding tot gevolg heeft dat de basis vergroot waarop de acquiring banken hun tarieven berekenen voor de handelaars die de betaalkaarten wensen te aanvaarden. MasterCard heeft niet het nodige bewijs geleverd dat toelaat vast te stellen dat de afwikkelingsvergoeding bijdraagt tot een verhoogde efficiëntie en meer innovatie die kunnen opwegen tegen de negatieve impact op de prijsconcurrentie tussen de deelnemende banken.

MasterCard moet het bestaande stelsel van de vergoedingen binnen de zes maanden intrekken, zoniet kan de Commissie dwangsommen opleggen.

Koen Baekelandt

Advocaat bij de balie van Brussel