

Beslissing nr. 2004-V/M-30 van 25 maart 2004

Zaak: MEDE-V/M-04/0003: NV Source Belgium / CVBA Febelco

Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot het nemen van voorlopige maatregelen, ingediend door de NV Source Belgium tegen de CVBA Febelco.

1. Procedure

Op 14 januari 2004 werd een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 WBEM neergelegd bij de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging door Source Belgium NV (hierna genoemd: 'Source') tegen CVBA Febelco (hierna genoemd 'Febelco'). Het dossiernummer van het verzoek tot voorlopige maatregelen is MEDE-V/M-04/0003.

Source diende eveneens op 14 januari 2004 en met betrekking tot dezelfde problematiek, bij de Raad voor de Mededinging een klacht in tegen Febelco. Het dossiernummer van de klacht is MEDE-P/K-04/0002.

Het Korps Verslaggevers heeft de klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen ontvangen op 19 januari 2004. Diezelfde dag werd het dossier aan de Dienst voor de Mededinging overgemaakt. Een kopie van de klacht en alle tijdens het onderzoek bijgekomen stukken werden overgemaakt aan de verwerende partij.

Op 6 februari 2004 werd het onderzoeksdossier door de Dienst aan het Korps overgemaakt.

Het verslag van de Verslaggever dateert van 6 februari 2004 en werd aan de Raad overgemaakt.

Gehoord de partijen ter (preliminaire) zitting van 25 februari 2004, waarbij de conclusietermijnen werden overeengekomen ;

Gelet op de door de partijen neergelegde memories ;

Gehoord het Korps Verslaggevers en de raadslieden van partijen op de zitting van 17 maart 2004 ;

2. De betrokken partijen

2.1. De verzoekende partij

De verzoeker van de voorlopige maatregelen is de NV Source Belgium, met zetel Stallestraat 63/6, 1180 Brussel. De NV Source Belgium is de rechtsopvolger van de NV AzyX (hierna genoemd: AzyX) ingevolge overname in januari 2003. Source en AzyX zijn beide actief op de markt voor het maken van kwantitatieve studies over de verkoop van geneesmiddelen in België. Deze studies stellen farmaceutische bedrijven in staat na te gaan waar hun producten in België worden verkocht. De studies van AzyX geven inzicht in de geografische verdeling van de producten door groothandelaars aan apotheken, terwijl de studies van Source zich toespitsen op de verkoop door apotheken aan patiënten.

De verzoekende partij wordt vertegenwoordigd door Meesters Marc Van der Woude en François Vincke, advocaten bij Willkie Farr & Gallacher LLP, Louizalaan 480/3B, 1050 Brussel.

2.2. De verwerende partij

- Febelco is een groothandelaar van farmaceutische producten en belevt een reeks apotheken in het Vlaamse landsgedeelte. Febelco werd in 1996 opgericht als samenwerkingsverband van ASMA cv, Inter Nos cv en Lifak cv.

- ASMA cv werd in 1916 opgericht onder impuls van apotheker P. Verstraeten die begon met een klein laboratorium in Antwerpen. In de beginperiode was het de bedoeling als groothandel kwalitatief hoogwaardige geneesmiddelen te bereiden welke moeilijk of niet konden klaargemaakt worden in de apotheek zelf. Later zou het accent komen te liggen op de distributie. Met de gelden van de apothekers werd Asma verder uitgebouwd, zodat op grotere schaal kon gewerkt worden ten dienste van de aangesloten apothekers. In 1985 werd Dyliaphar overgenomen, maar Asma kwam pas tot volle expansie na de overname van Borgers NV te Diest in 1990. Zo groeide zij van een kleine provinciegroothandel uit tot de grootste coöperatieve groothandel van het land.
- INTER NOS cv bestaat reeds meer dan driekwart eeuw. De vennootschap werd opgericht in 1924. Het doel was grondstoffen aan een normale prijs te kunnen aanbieden. De specialiteiten, door de leden zelf vervaardigd, werden aangeboden aan de andere leden van de vennootschap, zelfs aan alle apothekers van België. Als belangrijkste groothandel in West-Vlaanderen en met een groeiende klantenkring in Henegouwen en Oost-Vlaanderen, ziet Inter Nos de toekomst binnen de groep Febelco met vertrouwen tegemoet. Het doel van Inter Nos, dagelijks instaan voor de verdeling van grondstoffen, specialiteiten en parafarmaceutische producten, blijft verzekerd binnen de Febelco-groep.
- LIFAK cv. In 1965 werd in navolging van de andere Belgische provincies het idee opgevat om ook in Limburg een farmaceutische coöperatief op te starten. Aldus ontstond in de schoot van het toenmalig Limburgs Apothekersverbond de maatschappij LIFAK cv. Van 1965 tot en met 1990 werd een uitbatingsovereenkomst afgesloten met Borgers NV te Diest. Deze privé-groothandel had eveneens een filiaal in Limburg en verzorgde van hieruit de uitbating voor Lifak over het ganse grondgebied van de provincie. Naar aanleiding van het aflopen van het contract van uitbating en de overname van Borgers NV door Asma besloot Lifak in 1991 het heft in eigen handen te nemen. Een deel van het management van de vorige uitbatingpartner werd overgenomen en vormde de solide basis van de nieuwe structuur. Er volgde een decennium van sterke groei.

Sinds 1 januari 2002 zijn de activiteiten van Asma cv, Inter Nos cv en Lifak cv geïntegreerd en kan Febelco beschouwd worden als een volwaardige gemeenschappelijke onderneming. Febelco is daarmee de grootste groothandelaar geworden van België met een omzet van bijna € 500 miljoen en een nationaal marktaandeel van ongeveer 30%. Sinds die datum is Febelco ook de rechtsopvolger van de contracten die ASMA, InterNos en Lifak met AzyX hadden gesloten.

De verwerende partij heeft als raadslieden Meesters Christoph Hanssen en Marie-Christine Craen, advocaten bij Elegis, Amerikalei 73, 2000 Antwerpen.

2.3. Andere

2.3.1. NVGV

Febelco is net als de andere Belgische groothandelaars lid van de Nationale Vereniging van Groothandelaars - Verdelers in Farmaceutische Specialiteiten (hierna genoemd: NVGV). De NVGV is gevestigd in de St-Bernardusstraat 60 B te Brussel. Binnen deze vereniging neemt Febelco een leidende positie in. Febelco is immers altijd in het bestuur van deze vereniging vertegenwoordigd. Thans is de heer Verdin, één van Febelco's bestuursleden, voorzitter van de Raad van Bestuur van de NVGV. Andere leden van de NVGV zijn: ADC NV, Alpha Repartition SA, Aprophar NV, Cerp SA, Cophalux sprl, Crocodile NV, Laboratoria Flandria NV, Lidefar NV, Life sclr, Mauroy SA, Pharma Belgium NV, Ostend Pharma NV, PCB dis SA, Sambria SA en Sodexphar SC.

2.3.2. IMS

IMS Health Inc. of Intercontinental Marketing Services Health Inc. (hierna genoemd: IMS) is de wereldleider op het gebied van farmaceutische studies. In België heeft IMS een marktaandeel van ongeveer 90% van de nationale markten voor kwantitatieve farmaceutische studies. Zij biedt zowel studies aan die zijn gebaseerd op groothandelgegevens (LMPB) als gegevens die uitgaan van apothekersgegevens (Xponent).

3. Feiten aan de basis van de klacht en het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen

3.1. De leveringscontracten

Om de aanvoer van gegevens voor haar studies veilig te stellen, had AzyX met alle Belgische groothandelaars/verdelers leveringsovereenkomsten afgesloten. Deze overeenkomsten, die een looptijd hebben van 1 of 3 jaar, voorzien in een dagelijkse levering van de gegevens (bijlage 2 bij de klacht). Als tegenprestatie voor deze leveringen ontvangen de groothandelaars een variabele vergoeding die afhangt van de commerciële prestatie van AzyX (nu Source). Alle groothandelaars samen ontvangen een vergoeding die overeenkomt met 20% van de door AzyX (nu Source) in een bepaald jaar gerealiseerde omzet, welke vergoeding over de groothandelaars wordt verdeeld in functie van hun marktaandeel.

Aangezien AzyX in 1999 niets heeft verkocht, hebben de groothandelaars in dat jaar niets ontvangen. Voor de leveringen in de daarop volgende jaren hebben de groothandelaars volgens Source 20% van de jaarlijkse omzet van AzyX ontvangen. Voor de leveringen van gegevens in het jaar 2002 viel er voor de groothandelaars een bedrag van € 63.250,97 te verdelen. Voor Febelco betrof dit betalingen van € 8.985,32 voor het contract met ASMA, € 2.299,01 voor het contract met Lifak en € 3.666,17 voor het contract met Inter Nos.

3.2. Opzegging van de leveringscontracten door Febelco

In haar brief van 21 mei 2002 heeft Febelco te kennen gegeven haar gegevens niet langer te willen leveren en het tussen ASMA en AzyX gesloten contract te willen beëindigen (bijlage 3 bij de klacht). Gelet op het belang van een ononderbroken datavoorziening voor de overleving van AzyX, heeft AzyX zich in rechte tegen deze opzegging verzet. Op 28 mei 2003 heeft de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel in kortgeding beslist dat ASMA tot voortzetting van de leveringen gehouden is tot de uitspraak van de bodemrechter (bijlage 1 bij de klacht). Een procedure ten gronde wordt in deze zaak niet voorgelegd.

Voormelde procedure in kortgeding heeft echter geen betrekking op de leveringsovereenkomst die AzyX met Inter Nos heeft gesloten. Op 24 maart 2003 heeft Febelco als rechtsopvolger van Inter Nos de overeenkomst opgezegd en aangekondigd de leveringen te eindigen op 3 oktober 2003 (bijlage 4 bij de klacht). Voor Lifak had Febelco reeds op 15 november 2002 bericht dat deze onderneming vanaf 1 januari 2003 niet meer zelfstandig zou opereren.

Het gevolg van deze opzeggingen is dat Source vanaf 3 oktober 2003 niet meer op de levering van de gegevens van InterNos kon rekenen en dat haar studies onvolledig en dus onverkoopbaar zouden worden. Een belangrijke afnemer, die van de opzegging op de hoogte is gesteld, heeft reeds laten weten dat hij niet langer de studies van Source wil afnemen. De verkopen aan deze afnemer vertegenwoordigden ongeveer 44% van de omzet van AzyX in 2002.

3.3. Onderhandelingen

Na de overname van AzyX door Source, hebben de nieuwe bestuurders onmiddellijk contact opgenomen met de groothandelaars teneinde de samenwerking, die op bepaalde punten niet altijd soepel liep, een nieuw leven in te blazen (zie brief van 27 maart 2003, bijlage 5 bij de

klacht). Op deze brief heeft Febelco op 3 april 2003 in neutrale zin gereageerd (bijlage 6 bij de klacht).

Op 14 mei 2003 heeft Source Febelco opnieuw benaderd (bijlage 7 bij de klacht) om haar te wijzen op de ernst van de gevolgen van de opzegging van de overeenkomst met InterNos voor haar bedrijfsvoering. N.a.v. dit schrijven had een ontmoeting plaats tussen partijen op 17 juni 2003. Hierbij heeft Febelco haar onvrede geuit over de door Source geboden vergoeding en heeft zij laten uitschijnen dat zij slechts tot levering bereid is indien Source dezelfde vergoeding voor de datavoorziening zou bieden als IMS. Source antwoordde dat zij niet in staat is een dergelijk bod te doen. Bovendien uitte zij haar twijfels over de rechtmatigheid van het handelen van Febelco en IMS.

Op 25 juni 2003 heeft Source haar standpunt schriftelijk vastgelegd met het verzoek om binnen 15 dagen te reageren (bijlage 8 bij de klacht). Op 3 juli heeft Febelco laten weten dat de vakantie van haar gedelegeerd bestuurder haar niet toestond om op deze brief te reageren (bijlage 9 bij de klacht).

Op 7 augustus 2003 liet Febelco weten dat zij de urgentie van de zaak niet inzag en dat er nog voldoende tijd voor overleg bestond voor de vervaldag van de overeenkomst (bijlage 10 bij de klacht). Daarop heeft Source weer gereageerd op 14 augustus 2003 met de aankondiging dat zij tot het indienen van een klacht bij de Raad zou overgaan (bijlage 11 bij de klacht).

3.4. Voorlopige voortzetting van de leveringen

Op 15 september 2003 heeft de raadsman van Source aan Febelco nog een laatste mogelijkheid geboden haar standpunt te herzien door aan de gedelegeerde bestuurder, dhr. De Colvenaer, kopieën toe te sturen van de concepten van de klacht, het verzoek om voorlopige maatregelen en een dagvaarding in kort geding (bijlage 12 bij de klacht). In de begeleidende brief werd aangekondigd dat de procedures niet aanhangig gemaakt zouden worden, indien Febelco's anderdaags voor 13.00 uur zou bevestigen de leveringen voort te zetten, overeenkomstig de bepalingen van het contract van 4 oktober 1999.

Op 16 september 2003 gaven de raadsleden van Febelco te kennen dat hun cliënte bereid was de leveringen voorlopig voort te zetten en een minnelijke regeling voor het leveringsgeschil te vinden. Deze gesprekken zijn uitgemond in een overeenkomst van 17 september 2003 (zie bijlage 13). Volgens deze overeenkomst diende Febelco de leveringen voort te zetten tot 31 december 2003 en zouden partijen zich inspannen om voor 15 december 2003 een akkoord te vinden. Het was Source toegestaan de klacht bij de Raad voor de Mededinging aanhangig te maken vanaf 15 november 2003.

In het licht van dit akkoord heeft op 1 oktober 2003 nog overleg plaatsgevonden te Antwerpen, doch het overleg viel daarna stil. Ondanks aandringen van Source, werd door Febelco geen actie meer ondernomen. Toen begin november 2003 de termijn van 15 november, zoals aangegeven in de overeenkomst van 17 september 2003 in zicht kwam, zijn de termijnen van dit akkoord met twee maanden verlengd door een aanvullende briefwisseling van 7 november 2003 (bijlage 14 bij de klacht).

De raadsleden van Febelco hebben op 6 januari 2004 laten weten dat hun cliënte geen voortzetting van de onderhandelingen wenste en dat zij de leveringen zou onderbreken na 29 februari 2004 (bijlage 15 bij de klacht).

Op de preliminaire zitting van de Raad op 25 februari 2004 kwamen partijen akkoord om de betrokken leveringen onder voorbehoud van alle rechten verder te zetten tot en met 31 maart 2004, dit om (1) nogmaals te pogen tot een akkoord tussen partijen te komen door onderhandelingen, en (2) de zaak in staat te stellen door middel van het opstellen van memories.

Op de zitting van 17 maart 2004 verklaarden partijen dat ze nog niet tot een akkoord waren gekomen en werd de zaak gepleit. Source volhardt in haar stelling dat ze wordt geconfronteerd met een regelrechte leveringsweigering.

3.5. De afspraak tussen de NVGV en IMS

De NVGV is actief betrokken bij de collectieve verkoop- en leveringsvoorwaarden van de gegevensverschaffing voor haar leden. Zij treedt daarbij op als verkoopkantoor. Dat het collectief optreden van de NVGV een prijsopdrijvende werking heeft, blijkt duidelijk uit het verslag van de Raad van Bestuur van de NVGV van 12 december 2002 (bijlage 16 bij de klacht).

De collectieve context waarbinnen de handelswijze van Febelco geplaatst moet worden, komt ook tot uitdrukking in het feit dat een andere groothandelaar Flandria NV op 16 december 2003 zijn leveringscontract met ingang van 12 oktober 2005, te weten bijna 2 jaar op voorhand, heeft opgezegd (bijlage 17 bij de klacht). In dit verband zij erop gewezen dat de heer Veramme, gedelegeerd bestuurder van Flandria NV, een actieve rol in het bestuur van de NVGV waarneemt.

Ook Febelco neemt binnen de NVGV een belangrijke plaats in. Bij het onderhandelen met Source, weet Febelco dat de andere groothandelaars - zoals Flandria NV - een vergelijkbare lijn gaan volgen. Door haar positie binnen de NVGV is Febelco in staat om te bepalen of Source informatie van enig lid van de NVGV zal ontvangen.

Volgens Source zou de NVGV een afspraak met IMS hebben gesloten betreffende de levering van groothandelgegevens. Medio 2003 zou IMS een nieuw aanbod hebben gemaakt dat erop neer komt dat IMS de groothandelaars een forfaitair bedrag garandeert van ongeveer € 800.000, wat ongeveer 8% vertegenwoordigt van haar omzet voor groothandelsstudies. Er wordt gesteld dat IMS de Belgische markten voor kwantitatieve studies sinds 35 jaar monopoliseert en dat zij hierdoor in staat is de meerkosten van de dataverschaffing af te wentelen op haar afnemers, wat nieuwkomers (zoals Source) niet zouden kunnen.

Dat IMS zich hiervan bewust is, blijkt uit een schrijven van IMS aan de NVGV van 7 december 1998, zijnde het moment waarop IMS wist dat zij met nieuwkomers op haar markten geconfronteerd zou worden (bijlage 18 bij de klacht). In dit schrijven biedt IMS significante prijsverhogingen van 20% tot 100% voor de levering van gegevens aan, op de voorwaarde evenwel dat de leden van de NVGV niet tot levering overgaan aan concurrenten van IMS.

Source stelt dat aan het huidige aanbod van IMS ook een of andere exclusiviteitsvoorwaarde gekoppeld is. Ze vreest dat IMS aan haar bod de voorwaarde verbindt dat zij van gunstiger aankoopvoorwaarden wenst te profiteren dan die een derde (zoals Source) mogelijks zou kunnen bedingen. Een dergelijke voorwaarde zou leiden tot de facto exclusiviteit, daar de NVGV weinig geneigd zal zijn een bod van een derde te aanvaarden dat haar opbrengsten in absolute termen doet verminderen.

De stelling van Febelco (haar memorie, blz. 25) dat haar overeenkomst met IMS geen enkele exclusiviteit inhoudt, blijkt onjuist te zijn. Uit de artikelen 3 en 4 van deze overeenkomst (bijlage 11 bij het antwoord van Febelco van 23 januari 2004) blijkt dat de prijs die IMS aan Febelco betaalt, drastisch wordt verlaagd indien Febelco de gegevens ook levert aan derden, behalve de partijen aan wie op de datum van ondertekening reeds geleverd werd. Dit belet Febelco om aan nieuwkomers te leveren.

4. De klacht en de voorlopige maatregelen

4.1. De klacht

Source Belgium NV diende op 14 januari 2004 een klacht in bij de Raad voor de Mededinging tegen CVBA Febelco wegens:

- schending van artikel 3 van de WBEM, m.n. het misbruik van een economische machtspositie. Source stelt dat Febelco weigert gegevens te leveren, die voor het verrichten van een economische activiteit op een onderliggende markt essentieel zijn en die tot gevolg hebben dat de mededinging op die onderliggende markt wordt uitgeschakeld. Deze leveringsweigering betekent volgens Source de doorbreking van een bestendige handelsrelatie ter bevoordeling van de verhouding met IMS, die de onderliggende markt domineert.
- schending van artikel 2 van de WBEM, m.n. het sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten, het maken van mededingingsbeperkende afspraken en het ontwikkelen van onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Volgens Source zijn de voorwaarden die Febelco thans bedingt het voorwerp geweest van besprekingen binnen de NVGV en zou deze vereniging een collectieve overeenkomst hebben gesloten met IMS teneinde Source uit de markt te weren.

4.2. De gevraagde voorlopige maatregelen

Source Belgium NV diende op 14 januari 2004 bij de Voorzitter van de Raad een verzoek tot voorlopige maatregelen in. Hierbij werden de volgende maatregelen gevraagd:

- 1) onverwijld over te gaan tot het vaststellen van een tijdschema in de zin van artikel 27 van het Huishoudelijk Reglement ;
- 2) op grond van de art. 35 en 40 WBEM, Febelco onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000 per dag te gelasten de levering van de gegevens, zoals die in de bijlage bij het contract tussen InterNos en Azyx van 4 oktober 1999 zijn omschreven, overeenkomstig de modaliteiten van dat contract voort te zetten, totdat over de grond van de zaak (zoals in de klacht bij de Raad aanhangig gemaakt op 14 januari 2004) werd beslist en/of totdat ze met Febelco een nieuwe overeenkomst zal hebben gesloten voor de levering van groothandel-gegevens tegen billijke, transparante, kostengerelateerde en niet-discriminerende voorwaarden.

5. De markten

5.1. De relevante productmarkt

In de 'Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht' wordt de relevante productmarkt als volgt gedefinieerd: "Een relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd."

Rekening houdend met deze definitie kan in dit dossier een onderscheid gemaakt worden tussen de volgende activiteiten:

- 1) De groothandel in farmaceutische producten
- 2) Het verstrekken van verkoopgegevens
- 3) Het maken van kwantitatieve studies

5.1.1. De groothandel in farmaceutische producten

De Europese Commissie beschrijft in haar beschikking van 7 december 2000 de verschillende routes die farmaceutische producten kunnen volgen om van bij de fabrikant tot bij de eindconsument te komen. Dit kan via:

- Fabrikanten van farmaceutica, die rechtstreeks aan de apothekers kunnen leveren ;
- Groothandelaars full-line, die een uitgebreid gamma van farmaceutica aanbieden ;

- Groothandelaars short-line, die een beperkt gamma van snel evoluerende farmaceutica aanbieden ;
- Parallele invoerders van farmaceutica.

De full-line groothandel bestaat volgens de Europese Commissie uit de distributie van het volledige aanbod van geneesmiddelen, waaronder:

- Voorschriftplichtige geneesmiddelen ;
- Voorschriftvrije ('over the counter') geneesmiddelen ;
- Producten die een bijzondere manier van opslaan en manipulatie vereisen (zoals pijnstillers en ontvlambare producten) ;
- Andere para-farmaceutica (zoals hygiëneproducten, producten voor gezondheidszorg, producten voor kinderverzorging, schoonheidsproducten).

Full-line groothandelaars zijn verplicht om voorraadlijnen voor een heel uitgebreid gamma van producten aan te houden en moeten die snel en frequent leveren. Fabrikanten daarentegen, die hun producten rechtstreeks aan de apothekers leveren, beschikken over geen uitgebreid productengamma.

Short-line groothandelaars en parallelle invoerders spitsen zich doorgaans op een heel beperkt productengamma toe.

Uit de gegevens van het dossier kan worden afgeleid dat Febelco actief is als groothandelaar-verdeler van farmaceutische producten of als 'full-line wholesaler'. De markt van de groothandels in farmaceutische producten kan beschouwd worden als een relevante productmarkt.

5.1.2. De kwantitatieve studies

Teneinde haar marketingactiviteiten te kunnen oriënteren, heeft de farmaceutische industrie behoefte aan studies die het gedrag van de verschillende spelers op de markt helpen verklaren.

Hoewel de particuliere consument als eindgebruiker van geneesmiddelen dient te worden aangemerkt, is zijn keuze, in tegenstelling tot andere markten, niet doorslaggevend voor het verloop van de vraagcurve. De vraagcurve in de farmaceutische sector is immers een functie van tal van factoren die, afgezien van de kwaliteit van het product, eveneens worden bepaald door het gedrag van de groothandelaars, de apotheken, de verzekeringsmaatschappijen en de voorschrijvende geneesheren.

Er zijn 2 categorieën studies die voor de farmaceutische industrie belangrijk zijn, nl. de kwantitatieve studies die op verschillende wijzen inzicht geven in verkoopstatistieken en de "kwalitatieve studies. De Raad voor de Mededinging heeft in haar beslissing van 14 december 1998 zowel de markt van de kwalitatieve studies als de markt van de kwantitatieve studies beschouwd als twee afzonderlijke relevante markten (zaak IMS Health Inc./Pharmaceutical Marketing Services Inc.- nr. 98-C/C-16).

Uit het onderzoek van de Dienst en de door beide partijen verstrekte gegevens en argumenten blijkt dat de gegevens die nodig zijn voor de groothandelsstudies niet substitueerbaar zijn met de gegevens die worden gebruikt voor apothekersstudies. Gezien de diverse manieren waarop beide studies tot stand komen, blijkt bovendien dat er voor elk van deze studies een vraag blijft bestaan. Om die redenen kan worden besloten dat er 2 afzonderlijke relevante markten zijn, nl. de markt van de groothandelsstudies en de markt van de apothekersstudies.

Het standpunt van Febelco (zie haar memorie, blz. 5 e.v.) dat er slechts één relevante markt zou zijn, nl. de markt van studies over de afzet van geneesmiddelen, kan niet worden gevolgd. Ze verwijst verkeerdelijk naar de beslissing van de Raad, gekend onder het nummer 2000-V/M-34 van 27 oktober 2000 (B.S. 21 februari 2001, 5182), waarbij de producten - waarvan werd geoordeeld dat ze tot dezelfde markt van kwantitatieve studies behoren - niet gelijkaardig waren als in casu.

5.1.3. Het verstrekken van eigen verkoopgegevens

Uit de gegevens van het onderzoek blijkt dat het verstrekken van eigen verkoopgegevens een afzonderlijke relevante markt is en dit om volgende redenen:

- de groothandelaar is de enige aanbieder van zijn eigen verkoopgegevens, er is geen alternatief ;
- deze verkoopgegevens zijn niet substitueerbaar: verkoopgegevens van een welbepaalde groothandelaar zijn immers uniek en uiteraard niet vervangbaar door de verkoopgegevens van een andere groothandelaar ;
- contracten die tussen de partijen worden opgemaakt m.b.t. de verkoop van verkoopgegevens komen op individuele basis tot stand. De groothandelaars kunnen dus volledig onafhankelijk van de andere groothandelaars hun prijs bepalen. Het is pas nadat al deze contracten zijn ondertekend dat het bedrijf die de studies maakt de dekkinggraad zal kunnen bepalen en hieruit zal kunnen besluiten of de door hen te maken studies enige waarde zullen hebben voor de producenten van farmaceutische producten. Dit zal echter geen gevolg hebben voor de groothandelaar die een contract heeft ondertekend dat zal moeten worden nageleefd. Groothandelaars zouden enkel onderling afhankelijk van elkaar zijn bij het bepalen van hun prijs indien de contracten op collectieve basis zouden worden opgemaakt. Volgens de gegevens in het dossier is dit duidelijk niet het geval.

5.2. De relevante geografische markt

Partijen zijn het erover eens dat voor de markt van de groothandel in farmaceutische producten de relevante geografische markt België is.

Gelet op de vooralsnog nationale ordeningen van de geneesmiddelenmarkten, kan er vanuit gegaan worden dat de relevante geografische markt voor kwantitatieve groothandelsstudies maximaal België is. Dit zal echter tijdens het onderzoek ten gronde verder moeten onderzocht worden.

Gelet op de vooralsnog nationale ordeningen van de geneesmiddelenmarkten, kan er vanuit gegaan worden dat de relevante geografische markt ook voor kwantitatieve apothekersstudies ook maximaal België is. Dit zal eveneens tijdens het onderzoek ten gronde verder moeten onderzocht worden.

Wat de geografische dimensie betreft van de markt voor het verstrekken van verkoopgegevens, zal de omvang samenvallen met de regio waarbinnen de betrokken groothandel zijn producten afzet. Afhankelijk van het verdeelingsgebied van een groothandelaar, kan de geografisch relevante markt dus regionaal of lokaal van aard zijn.

5.3. De marktaandelen

5.3.1. De markt van de groothandels in farmaceutische producten

Beide partijen zijn het erover eens dat Febelco de belangrijkste speler op de Belgische markt is. Het marktaandeel van Febelco bestrijkt ongeveer 28,55 % (in 2002).

Uit de stukken blijkt dat het marktaandeel van Lifak c.v. wordt geschat op 4%, het marktaandeel van Asma c.v. zou 16,3% bedragen en het marktaandeel van Inter Nos werd geschat op 7,25%.

In bepaalde provincies ligt het marktaandeel van Febelco aanmerkelijk hoger dan 30%: met 60% in de provincie Antwerpen, 62% in West-Vlaanderen, 57 % in Vlaams Brabant en 70% in de provincie Limburg.

5.3.2. De markten van de kwantitatieve studies

Partijen zijn het erover eens dat IMS de wereldleider is op het gebied van farmaceutische studies. Volgens verzoeker heeft IMS een globaal marktaandeel van ongeveer 90 % van de nationale markten voor kwantitatieve farmaceutische studies. Hieruit volgt dat het marktaandeel van Source zeker niet meer dan 10 % is. Het precieze marktaandeel van IMS

en Source op de markt voor groothandelsstudies en op de markt voor apothekerstudies afzonderlijk zal met een onderzoek ten gronde moeten worden nagegaan.

5.3.3. De markt van het verstrekken van verkoopgegevens

Aangezien elke groothandelaar de enige aanbieder is op de markt voor het verstrekken van zijn eigen verkoopgegevens, beschikt elke groothandelaar over een marktaandeel van 100 % op deze markt. Dit betekent dat Febelco een dominante positie inneemt op de markt voor haar eigen verkoopgegevens.

6. De toepassingsvoorwaarden voor voorlopige maatregelen

Overeenkomstig artikel 35 WBEM kan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging voorlopige maatregelen nemen bestemd om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk zouden zijn voor het algemeen economisch belang.

Teneinde voorlopige maatregelen in de zin van artikel 35 van de WBEM te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn:

- het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager ;
- het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM ;
- het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden.

6.1. Klacht ten gronde en belang van de klager

6.1.1. De klacht

Samen met de voorlopige maatregelen werd op 14 januari 2004 ook de klacht ten gronde ingediend die betrekking heeft op dezelfde problematiek.

6.1.2. Het rechtstreeks en dadelijk belang

Het Hof van Beroep te Brussel heeft, gesteund op de voorbereidende werken van de WBEM (Gedr.St., Senaat, Verslag, Commissie, 1289-2 (1990-91) p.55) vastgesteld dat het belang dat vereist wordt van een klager op hetzelfde niveau moet gesteld worden als het belang dat vereist is bij een vordering in rechte overeenkomstig artikel 18 Ger.W. (Brussel, 11 september 1996, R.T.B.F. e.a.t. Belgische Staat e.a., B.S., 20 september 1996, p.24607).

Het Hof voegde hier bovendien aan toe dat, voor de precieze inhoud van artikel 18 van het Ger. W., teruggegrepen moet worden naar het Verslag Van Reepinghen van 1964 en dus naar de voorbereidende werken van het Ger.W. zelf. Op basis hiervan besloot het Hof van Beroep dat de klager, wil hij zijn klacht ontvankelijk horen verklaren, moet aantonen dat hij een reeds verkregen en dadelijk belang heeft. Dit bestaat uit ieder materieel en moreel voordeel - effectief en niet theoretisch - dat - de eiser uit zijn vordering kan halen en die hij formuleert op het ogenblik van het instellen van de vordering (Verslag Van Reepinghen, 1964, p. 39, geciteerd door het Hof van Beroep).

Tenslotte bepaalde het Hof van Beroep dat het belang persoonlijk moet zijn in hoofde van de klager waardoor de klager juridisch niet beschermd is wanneer het belang hem slechts indirect treft (Verslag van Reepinghen, 1964 p.39 en geciteerd door het Hof van Beroep). Opdat een klacht ontvankelijk zou zijn op grond van artikel 23 §1 van de WBEM, moet het belang niet enkel reëel maar ook persoonlijk zijn in hoofde van de klager.

Deze rechtspraak werd bevestigd door de Raad voor de Mededinging (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 1 april 1999, zaak 99-VMP-04, François Detimmerman t. Association Pharmaceutique de Tournai et Conseil Provincial du Hainaut de l'Ordre des Pharmaciens, niet gepubliceerd in het B.S. ; beslissing van de Raad voor de Mededinging nr. 2002 - P/K -36 van 22 mei 2002, Ludwig Van Der Auwera t. Ziekenfondsen, Artsensyndicaten en de Belgische Staat, B.S, 12 februari 2003 ; beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2002 - V/M - 72 van 4 oktober 2002, BVBA Gema Plastics tegen VZW Fechiplast/ VZW BCCA/ NV DYKA Plastics/ NV Martens Plastics/ NV Pipelife Belgium/NV Wavin Belgium/VZW BIN, B.S., 17 oktober 2003, beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003 - V/M - 81 van 20 oktober 2003, VZW United Media Agencies/Febelma/BVDU/BeMedia, nog niet gepubliceerd).

In casu is verzoeker actief op het vlak van marktonderzoek dat voor de farmaceutische industrie en de gezondheidssector bestemd is. Door de overname in januari 2003 is verzoeker de rechtsopvolger van AzyX NV. Ten onrechte betoogt Febelco in haar memorie dat Source niet aantoont dat zij de rechtsopvolger is van AzyX SA (Zwitserland), met wie de betrokken contracten werden gesloten op 4 oktober 1999.

Uit de stukken blijkt dat Source in januari 2003 de NV AzyX (België) én de leveringscontracten van de SA AzyX (Zwitserland) heeft overgenomen van de Luxemburgse aandeelhouders, de SA Pharma Group (zie Letter of Intent van 23 december 2002 bijlage 22 bij antwoord Febelco). De activiteiten van AzyX (als economische entiteit) op het gebied van de groothandelsstudies zijn volledig overgenomen door Source, die bijgevolg hoedanigheid en belang heeft om in casu op te treden. AzyX was actief op de markt van de kwantitatieve studies over de verkoop van geneesmiddelen door groothandelaars aan apothekers, de markt waarop Source als rechtsopvolger van AzyX nu zelf actief is geworden.

Uit het feit dat Source ook op deze markt actief is geworden door de overname (ze was reeds actief op de markt van de studies over de verkoop van geneesmiddelen door apothekers aan klanten), blijkt haar materieel voordeel bij het indienen van de klacht. Immers, indien verweerder weigert haar verkoopgegevens aan verzoeker te leveren, zal deze niet in staat zijn haar activiteiten op de markt van de studies op groothandelsniveau te ontplooiën.

Het moreel voordeel bestaat er voor verzoeker in dat zij zich op deze markt slechts kan profileren wanneer zij een voldoende dekkinggraad kan garanderen. De desbetreffende studies zijn enkel onder deze voorwaarde verkoopbaar.

Hieruit blijkt ook dat er een causaal verband bestaat tussen het aangeklaagde gedrag van verweerder, zijnde de leveringsweigering van de verkoopgegevens van Febelco (Inter Nos) aan verzoeker, en het feit dat verzoeker hierdoor niet langer actief zal kunnen blijven op de markt van de studies van de verkoop van geneesmiddelen door groothandelaars aan apothekers. Daarom heeft verzoeker een rechtstreeks belang bij het indienen van de klacht.

Het belang bestond reeds op het ogenblik dat de klacht werd ingediend, vermits verweerder op 23 maart 2003 aan verzoeker heeft laten weten niet langer bereid te zijn de gegevens van Inter Nos, één van haar dochterondernemingen, aan AzyX (nu Source) te leveren en het bestaande contract dan ook op te zeggen. Dit impliceert dat in de praktijk de levering van gegevens komende van Inter Nos vanaf 1 maart 2004 zal worden stopgezet.

Hieruit kan besloten worden dat aan de eerste toepassingsvoorwaarde voor het toekennen van voorlopige maatregelen, zijnde het bestaan van een klacht ten gronde en hieraan gekoppeld het rechtstreeks en dadelijk belang van de klager, is voldaan.

6.2. Prima facie inbreuk

In het kader van artikel 35 van de WBEM volstaat het dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont, zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing (zie o.m. Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van

14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr. 98-VMP-1; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, zaak MEDE-V/M-27, VZW Radio Tienen, e.a./CVBA Sabam, B.S., 9 januari 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 januari 2001, zaak nr.2001-V/M-02, BBUSO/LCM en Regionale Christelijke Ziekenfondsen, B.S., 5 mei 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 9 maart 2001, zaak nr. 2001-V/M-12, BVBA Incine /NV Rendac, B.S., 28 september 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 13 november 2001, zaak nr. 2001-V/M-58, BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie, B.S., 4 april 2002; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 24 december 2002, zaak nr. 2002-V/M-95, NVMSA/Gilde van Vlaamse antiquairs, nog niet gepubliceerd in het B.S., Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003-V/M-81 van 20 oktober 2003, VZW United Media Agencies/Febelma/BVDU/ BeMedia, nog niet gepubliceerd).

Deze rechtspraak werd bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 12 november 2002 (A.R. 2001/MR/1, NV Rendac/BVBA Incine, nog niet gepubliceerd in het B.S.), waar het Hof stelde dat het volstaat dat de inbreuk ogenschijnlijk (prima facie) bestaat. Wel moet de waarschijnlijkheid voldoende zijn om voorlopige maatregelen te verantwoorden.

In casu stelt verzoeker dat de verweerder beschikt over een dominante machtspositie op de markt van haar eigen verkoopgegevens aan apothekers en dat zij daarvan misbruik maakt door te weigeren te onderhandelen met Source over nieuwe leveringsvoorwaarden.

In haar memorie argumenteert Febelco dat zij de overeenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd, in acht genomen de opzegtermijn van 6 maanden, zodat zij alle contractuele bepalingen heeft nageleefd. Ze stelt dat huidig geschil enkel kadert binnen het contractenrecht, waarbij geldig aangegane overeenkomsten de partijen tot wet strekken (art. 1134 B.W.).

Febelco stelt expliciet in haar memorie (blz. 21) dat ze de samenwerking met Source waarschijnlijk zou hebben voortgezet indien zij een redelijke prijs zou ontvangen voor de door haar geleverde gegevens. Volgens haar is het bepalen van een redelijke prijs een aspect van onderhandelingen tussen contractspartijen, maar geen element van het mededingingsrecht.

De vrijheid te contracteren is een fundamenteel en algemeen principe dat ook door het mededingingsrecht wordt erkend: " De rechtspraak van het Hof erkent namelijk indirect het belang van de bescherming van de ondernemingsvrijheid bij de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag, waar zij uitdrukkelijk stelt dat zelfs een onderneming met een machtspositie in bepaalde gevallen kan weigeren te verkopen of haar leverings- of bevoorradingsbeleid kan wijzigen zonder onder het verbod van artikel [82] te vallen" (zaak T-41/96 Bayer AG v. Commissie (2000) GEA II-3383, § 180).

Dit betekent dat ook voor ondernemingen met een dominante machtspositie deze vrijheid als basisprincipe geldt. In het andere geval immers zou elke onderneming die zich in een dominante machtspositie bevindt, verplicht zijn onder gelijk welke omstandigheden aan gelijk welke afnemer te leveren.

De mededingingswet stelt echter aan deze vrijheid voor ondernemingen met een dominante machtspositie, een aantal beperkingen. Immers, artikel 3 WBEM bepaalt:

"Het is verboden dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan. Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden ;
- b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers

c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;

d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten"

Door te weigeren de verkoopgegevens van Inter Nos te leveren aan Source, zal Source niet langer in staat zijn haar studies over de verkoop van geneesmiddelen door groothandelaars aan apothekers te verhandelen. Vermits op deze markt slechts 2 spelers actief zijn, nl. Source en IMS, lijkt op deze wijze de mededinging op deze markt ernstig te worden bedreigd en dreigt de uiteindelijke klant geen enkele keuze van leverancier meer te hebben.

Zoals hierboven reeds gemotiveerd en rekening houdend met de definitie van relevante markt, kan besloten worden dat het verstrekken van eigen verkoopgegevens een afzonderlijke relevante markt is. Dit betekent dat elke groothandelaar individueel beschikt over het monopolie van zijn individuele verkoopcijfers aan apothekers. Het blijkt duidelijk dat Febelco voor wat haar eigen verkoopgegevens betreft over een dominante machtspositie beschikt.

Na afweging van de argumenten van de betrokken partijen, worden op basis van de feitelijke en beschikbare gegevens, volgende conclusies weerhouden:

- Door het leveringscontract dat Azyx op 4 oktober 1999 had afgesloten met Inter Nos, dochteronderneming van Febelco, stop te zetten en doordat Febelco weigert te onderhandelen over nieuwe leveringsvoorwaarden, maakt Febelco misbruik van haar dominante machtspositie op de markt van de verkoopgegevens van Inter Nos ;
- In een poging alsnog onderhandelingen op gang te krijgen wordt Source geconfronteerd met het feit dat Febelco bij deze onderhandelingen wil uitgaan van de prijs die IMS, concurrent van Source, bereid is te betalen voor deze gegevens. Deze excessief hoge prijs (x16) is geheel niet kostengerelateerd en dient eveneens als een misbruik van dominante machtspositie te worden beschouwd ;
- Uit het dossier blijkt dat de onderhandelingen tussen groothandelaars en Source en IMS gevoerd worden op het niveau van de beroepsvereniging, minstens dat er op dit niveau overleg wordt gepleegd; het misbruik van de dominante machtspositie wordt dan ook door het bestaan van dit mogelijke kartel versterkt ;
- Uitgaande van het feit dat door deze leveringsweigering Source niet meer in staat zal zijn te concurreren met IMS op de markt van de kwantitatieve studies over de groothandelsgegevens, waardoor IMS op deze markt een feitelijk monopolie zal bekomen, kunnen er voor deze leveringsweigering geen objectieve gronden worden ingeroepen.

Aan de tweede toepassingsvoorwaarde voor het toekennen van voorlopige maatregelen, zijnde een prima facie inbreuk op het artikel 3 WBEM, is aldus voldaan.

6.3. Ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel

Deze voorwaarden zijn cumulatief, in die zin dat het ontbreken van één van deze voorwaarden de gegrondheid van het verzoek tenietdoet. (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 12 september 1994, zaak nr.94-VMP-4, S.A. Ets. Delhaize Frères et Cie. Le Lyon / S.A. Dior).

Voorlopige maatregelen mogen bovendien slechts genomen worden als het bestaan van een nadeel i.v.m. de aangeklaagde praktijk prima facie bewezen is. Dit nadeel moet van concurrentiële aard zijn, hetgeen impliceert dat niet alleen de situatie van de klager, maar ook

die van de gehele betrokken markt in aanmerking dient genomen te worden (Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 27 september 1995, zaak nr.95-VMP-1, Interrosane).

Het nadeel is ernstig van zodra een relevant onderdeel van de activiteit van de onderneming erdoor getroffen wordt. Het nadeel is onmiddellijk wanneer de uitwerking ervan op het ogenblik van het verzoek reëel of eminent is. Het nadeel is onherstelbaar wanneer de toestand zoals hij zou evolueren zonder de voorlopige maatregelen niet meer kan ongedaan gemaakt worden door de beslissing ten gronde van de Raad.

De hoogdringendheidsvereiste impliceert dat aan de hand van nieuwe feiten wordt aangetoond dat de situatie in vergelijking tot deze op het ogenblik van het indienen van de klacht, verergerd is (zie Brussel, 18 december 1996, NV Honda Belgium e.a. t. Belgische Staat, Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging, 1996, 836, nrs. 7.2 en 7.3).

De leveringsweigering van Febelco, althans de weigering te leveren tegen billijke, kostengerelateerde en niet-discriminerende voorwaarden, heeft tot onmiddellijk gevolg dat Source niet meer over de verkoopgegevens van Inter Nos zal beschikken vanaf 1 april 2004. Inter Nos is één van de farmaceutische groothandelaren met wie AzyX op 4 oktober 1999 een leveringscontract is aangegaan en die in 2003 in Febelco is opgegaan.

Zonder de gegevens van Inter Nos, die in 2002 een aandeel had van ongeveer 8% van de Belgische groothandelsmarkt, zijn de groothandelstudies van Source incompleet en daardoor onverkoopbaar.

Deze situatie vormt voor Source een ernstige bedreiging voor haar activiteiten op deze markt.

Een grote klant (Zambon), heeft zijn abonnement reeds opgezegd na indirect te hebben vernomen van de problemen betreffende de toevoer van groothandelsgegevens. De aankopen van deze klant vertegenwoordigden 44% van de omzet van AzyX in 2002.

Dergelijk nadeel is onherstelbaar, gezien Source door de weigering niet langer studies kan aanbieden met een voldoende dekking, waardoor haar klanten de bestaande contracten zullen opzeggen. Ook moet nog vermeld worden dat Source door deze evolutie haar statuut van gevestigde partij in de zin van artikel 3 van het IMS contract dreigt te verliezen, waardoor groothandelaars in de toekomst niet meer bereid zullen worden gevonden om met Source een nieuw contract af te sluiten.

Daar de levering van deze gegevens door Febelco aan Source vanaf 1 april 2004 zal worden stopgezet, is de hoogdringendheid van dit verzoek bewezen. De leveringsweigering heeft immers betrekking op de structurele ondermijning van de concurrentiepositie van verzoeker op de markt van de groothandelstudies.

Uit het dossier blijkt dat door verzoeker de nodige inspanningen werden geleverd om onderhandelingen aan te vatten en alzo dergelijke procedures te vermijden. Uit het feit dat onderling door partijen werd afgesproken geen dringende procedures te starten alvorens niet alle onderhandelingsmogelijkheden werden verkend en benut, kan nadien niet worden besloten dat aan de hoogdringendheid niet meer is voldaan doordat de opzeg reeds meerdere maanden werd gegeven en doordat slechts op het laatste ogenblik deze procedure werd gestart.

Er kan dan ook besloten worden dat ook aan de derde toepassingsvoorwaarde, zijnde het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel, is voldaan.

Conclusie m.b.t. de toepassingvoorwaarden voor het toekennen van voorlopige maatregelen:

Uit bovenstaande beoordeling blijkt dat aan de drie toepassingsvoorwaarden is voldaan:

- er bestaat een instantie ten gronde en het rechtsreeks en dadelijk belang van de klager is aangetoond ;
- de aangeklaagde praktijken dienen prima facie als een inbreuk van de WBEM te worden beschouwd ;

- het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel is door de klager aangetoond.

6.4. Het algemeen economisch belang

Verzoeker maakt in haar argumentering van het ernstig nadeel melding van het algemeen economisch belang: "Dit is niet alleen een onherstelbaar nadeel voor AzyX, maar is ook in strijd met het algemeen economisch belang, vermits met AzyX ook de weinige concurrentie op de Belgische markt voor farmaceutische groothandelstudies zal verdwijnen".

Artikel 35 WBEM voorziet de mogelijkheid voor de voorzitter voorlopige maatregelen te nemen ter bescherming van de belangen van de ondernemingen die nadeel ondervinden van de aangeklaagde praktijken, ook wanneer de aangeklaagde praktijken het algemeen economisch belang schaden.

De markt voor farmaceutische groothandelstudies wordt gekenmerkt door een bestaand duopolie. Uit de gegevens van het onderzoek is gebleken dat de aangeklaagde praktijken tot gevolg kunnen hebben dat Source zal verdwijnen van deze markt. Hierdoor kan een feitelijk monopolie in hoofde van IMS ontstaan.

In het kader van het algemeen economisch belang is het dan ook essentieel dat de nodige maatregelen worden genomen opdat Source op deze markt actief zal blijven. Slechts op deze manier kan op korte termijn op deze markt een minimale mededinging worden gegarandeerd. De door verzoeker gevraagde maatregelen dringen zich derhalve eveneens op in het algemeen economisch belang.

7. Besluiten - de maatregelen

In acht genomen de feitelijke omstandigheden van deze zaak, zijn Wij van oordeel dat er zich voorlopige maatregelen opdringen. Prima facie beoordeeld, blijkt dat Febelco een machtspositie bekleedt op de markt van het verstrekken van eigen verkoopgegevens. Ook ziet het er naar uit dat zij misbruik maakt van haar machtspositie door: (1) het leveringscontract dat AzyX op 4 oktober 1999 had afgesloten met Inter Nos, dochteronderneming van Febelco, stop te zetten en te weigeren om te onderhandelen over nieuwe leveringsvoorwaarden; (2) voor haar gegevens excessief hoge prijzen te vragen.

Op 14 januari 2004 vroeg de NV Source Belgium volgende maatregel: "op grond van de artikelen 35 en 40 WBEM, Febelco onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000 per dag te gelasten de levering van de gegevens, zoals die in de bijlage bij het contract tussen Inter Nos en AzyX van 4 oktober 1999 zijn omschreven overeenkomstig de modaliteiten van dat contract voort te zetten totdat u over de grond van de zaak, zoals in de klacht bij de Raad aanhangig gemaakt op 14 januari 2004, heeft beslist en/of totdat AzyX en Febelco een nieuwe overeenkomst hebben gesloten voor de levering van groothandelgegevens tegen billijke, transparante, kostengerelateerde en niet-discriminerende voorwaarden.

Deze maatregel kan grotendeels worden ingewilligd. Er is volgens Ons geen reden om deze maatregel te beperken in de tijd, nl. tot een termijn van drie maanden, zoals Febelco in ondergeschikte orde o.m. opwerpt. Op deze voorgestelde beperking in tijd niet kan worden ingegaan: de gevraagde maatregel zal niet meer nodig zijn wanneer de zaak ten gronde door de Raad voor de Mededinging wordt beslecht ofwel wanneer de betrokken partijen vooralsnog tot een overeenkomst komen.

Om deze redenen,

Wij, Frank Deschoolmeester, lid van de Raad voor de Mededinging, aangeduid om de Waarnemend Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, de heer Patrick Dewolf, te vervangen,

Gelet op het taalgebruik in gerechtszaken conform art. 54bis WBEM ;

Verklaren het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk en als volgt gegrond:

Stellen vast dat Febelco prima facie een machtspositie bekleedt op de markt van het verstrekken van eigen verkoopgegevens ;

Stellen prima facie vast dat Febelco misbruik maakt van haar machtspositie door: (1) het leverings-contract dat AzyX op 4 oktober 1999 had afgesloten met Inter Nos, dochteronderneming van Febelco, stop te zetten en te weigeren om te onderhandelen over nieuwe leveringsvoorwaarden; (2) voor haar gegevens excessief hoge prijzen te vragen.

Neemt volgende voorlopige maatregel op basis van art. 35 WBEM:

Beveelt Febelco, onder verbeurte van een dwangsom van € 5.000 (VIJFDUIZEND EURO) per dag te rekenen vanaf de dag volgend op de kennisgeving bedoeld in art. 40 WBEM, om de levering van de gegevens, zoals die in de bijlage bij het contract tussen InterNos en Azyx van 4 oktober 1999 zijn omschreven overeenkomstig de modaliteiten van dat contract, voort te zetten totdat deze zaak ten gronde door de Raad voor de Mededinging is beslecht ofwel totdat de betrokken ondernemingen zelf tot een nieuwe overeenkomst zijn gekomen ;

Aldus beslist op 25 maart 2004 door Frank Deschoolmeester, lid van de Raad voor de Mededinging, aangeduid om de Waarnemend Voorzitter te vervangen