

II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 14 december 1989

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag
(IV/32.202 — APB)

(Slechts de teksten in de Franse en de Nederlandse taal zijn authentiek)

(90/33/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE
GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag ⁽¹⁾, laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, en met name op artikel 2,

Gezien het door de te Brussel gevestigde Algemene Pharmaceutische Bond op 1 december 1986 ingediende verzoek om een negatieve verklaring betreffende een standaardovereenkomst voor onbepaalde duur inzake de verkoop van bepaalde parafarmaceutische produkten in de apotheek,

Gezien de bekendmaking ⁽²⁾ van het essentiële gedeelte van het verzoek om een negatieve verklaring overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

- (1) Op 1 december 1986 heeft de Algemene Pharmaceutische Bond, hierna „APB” te noemen, een standaardovereenkomst voor onbepaalde duur aangemeld welke hij heeft gesloten of wil sluiten met Belgische of buitenlandse fabrikanten of „algemene” vertegenwoordigers van buitenlandse fabrikanten in België, hierna „de fabrikant(en)” te noemen. In de loop van de procedure werden in

deze overeenkomst wijzigingen aangebracht. De overeenkomst betreft de verkoop in België van parafarmaceutische produkten in de apotheek. Zij omvat de toekenning van het recht een kwaliteitszegel aan te brengen op de verpakkingen van parafarmaceutische produkten waarvoor in de laboratoria van de APB een conformiteitscontrole is verricht. De Belgische en buitenlandse fabrikanten beloven hunnerzijds om van een zegel voorziene produkten in België alleen in de apotheek te verkopen.

A. De partijen

1. *De APB*
- (2) Het doel van de APB is de belangen van de beroepsassociaties van apothekers en hun leden die het beroep van apotheker uitoefenen, te behartigen en hun werkzaamheden te coördineren. Artikel 5, lid 1, van de statuten van de APB beperkt het lidmaatschap tot deze associaties. Er zijn 28 associaties lid van de APB, die 4 696 aangesloten apothekers op een aantal van 5 173 apotheken in België vertegenwoordigen.
- (3) De APB beschikt over een wetenschappelijk laboratorium en gespecialiseerde diensten. Een van deze diensten, de Dienst voor Geneesmiddelenonderzoek, hierna „DGO” te noemen, is verantwoordelijk voor het werk van dit laboratorium. In dit officieel erkende laboratorium worden voornamelijk farmaceutische specialiteiten onderzocht. De betrokken analyse vindt plaats namens alle officina-apothekers in België en waarborgt een controle op de medicamenten die aan de patiënt worden verkocht. Deze controle komt bij de wettelijke controles die in de industrie plaatsvinden.

⁽¹⁾ PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.

⁽²⁾ PB nr. C 210 van 16. 8. 1989, blz. 6.

- (4) De DGO onderzoekt echter ook parafarmaceutische produkten waarvoor geen specifieke controle is voorgeschreven. Meer bepaald bestaat circa 15 % van de in de laboratoria van de DGO onderzochte produkten uit parafarmaceutische produkten. De meeste van deze controles betreffen onderzoeken met het oog op de inschrijving van produkten die geen geneesmiddel zijn, maar die de fabrikanten overeenkomstig het bepaalde in de standaardovereenkomst van het kwaliteitsmerk van de APB zullen mogen voorzien. De inschrijving verloopt volgens een vaste procedure. Na de inschrijving kan de DGO via steekproeven ook controles verrichten met betrekking tot onder de overeenkomst vallende produkten. De DGO kan echter ook per steekproef andere produkten controleren waarover geen overeenkomst is gesloten.
- (5) Het onderzoek van de DGO moet dienen om te bevestigen dat de samenstelling van het onderzochte produkt in overeenstemming is met de door de fabrikant verstrekte inlichtingen en met de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften. De door de DGO uitgevoerde controles zijn derhalve conformiteitscontroles. Zij waarborgen niet dat de in de laboratoria van de DGO onderzochte produkten de weldoende eigenschappen bezitten die de fabrikanten er mogelijk aan toeschrijven.

2. De fabrikanten van farmaceutische produkten

- (6) Einde 1987 had de APB standaardovereenkomsten gesloten met [...] ⁽¹⁾ fabrikanten voor in totaal [...] parafarmaceutische produkten. Van de [...] Belgische buitenlandse fabrikanten vervaardigen er [...] ook farmaceutische specialiteiten.
- (7) Wat de buitenlandse fabrikanten betreft, sluit de APB standaardovereenkomsten met hen of met hun algemene vertegenwoordigers in België. Deze vertegenwoordigers kunnen dochterondernemingen of filialen van de buitenlandse fabrikant zijn, dan wel onafhankelijke dealers.

B. De markt

1. Parafarmaceutische produkten

- (8) Volgens de APB zijn parafarmaceutische produkten stoffen of samenstellingen die niet aan de wettelijke definitie van het begrip geneesmiddel beantwoorden. Het zou in ieder geval gaan om produkten die door hun aard, gebruik of wijze van aanbidding te verenigen zijn met de waardigheid van het beroep van apotheker.
- (9) Er zij evenwel op gewezen dat de verkoop van parafarmaceutische produkten niet uitsluitend via de apotheken verloopt. Een groot gedeelte van de in België verkochte parafarmaceutische produkten

wordt namelijk in warenhuizen, drogisterijen, parfumerieën en andere gespecialiseerde winkels aan de man gebracht. Daarbij kan worden opgemerkt dat de via de diverse distributienetten verkochte produkten niet steeds vergelijkbaar zijn en in de meeste gevallen voor verschillende clientèle bestemd zijn. Zo verschillen met name parafarmaceutische produkten die in de supermarkt of bij de kruidenier worden verkocht over het algemeen in prijs van die welke in de apotheek worden verkocht en zijn zij meestal bestemd voor een andere clientèle.

- (10) Aan de andere kant staat het een apotheker vrij produkten te verkopen die over het algemeen niet worden beschouwd als parafarmaceutische produkten (bij voorbeeld kammen, snoepjes en zuigflessen), indien hij van oordeel is dat de verkoop ervan geen afbreuk doet aan zijn waardigheid. De APB heeft trouwens niet voor alle parafarmaceutische produkten die in de Belgische apotheken worden verkocht standaardovereenkomsten gesloten.
- (11) Het criterium van de waardigheid van de apotheker lijkt derhalve niet bepalend voor de definitie van een parafarmaceutisch produkt. De term „parafarmaceutische produkten” wordt veeleer gebruikt om een heterogeen geheel van produkten aan te duiden, die direct of indirect te maken hebben met de lichaamsverzorging.
- (12) Er kan een — weliswaar vaag — onderscheid worden gemaakt tussen verschillende categorieën van parafarmaceutische produkten. Drie hoofdcategorieën kunnen aldus worden onderscheiden: toiletartikelen en cosmetische produkten, dieetprodukten en speciale voeding (babyvoeding en vitaminen).
- (13) Er bestaat geen specifieke regelgeving voor parafarmaceutische produkten als afzonderlijke categorie. De productie en de verkoop ervan vallen echter wel onder een aantal bepalingen van uiteenlopende aard. Zo kunnen, naar gelang van de aard van het betrokken parafarmaceutisch produkt, de wettelijke bepalingen inzake levensmiddelen, cosmetica dan wel fytofarmaceutische produkten van toepassing zijn.

2. De verkoop van parafarmaceutische produkten in de apotheek

- (14) Op dit ogenblik zijn er in België 5 173 apotheken, waarvan de territoriale spreiding door de overheid is vastgesteld op grond van het aantal inwoners. Voor het openen en overdragen van een apotheek en voor het samengaan van twee of meer apotheken is de voorafgaande toestemming van de minister van Volksgezondheid en Gezin vereist. Nieuwe vergunningen voor het openen van een apotheek worden wegens de demografische stabiliteit in België vrijwel niet meer toegekend.
- (15) Ter behartiging van hun belangen hebben de Belgische apothekers zich verenigd in beroepsassociaties, die, met uitzondering van één vereniging

⁽¹⁾ In de voor bekendmaking bestemde versie van deze beschikking zijn enige gegevens weggelaten, conform de bepalingen van artikel 21 van Verordening nr. 17 betreffende het niet-prijsgiven van zakengeheimen.

van coöperatieve apotheken, alle in de APB zijn vertegenwoordigd. Deze ene coöperatieve beroepsvereniging, het Office des Pharmacies Coopératives de Belgique, hierna „Ophaco” te noemen, heeft de DGO eveneens toestemming gegeven de controles op farmaceutische en parafarmaceutische produkten uit te voeren.

- (16) Alle Belgische apothekers moeten aangesloten zijn bij de Orde van Apothekers, die een tuchtrechtelijk toezicht uitoefent en het beroep vertegenwoordigt. Krachtens de deontologische voorschriften van het beroep, waarop de Orde toezicht houdt, is het apothekers verboden reclame te maken of kortingen toe te staan en moeten zij zich in het algemeen onthouden van elke vorm van oneerlijke concurrentie.
- (17) De totale omzet van de Belgische apotheeksector bedroeg in 1986 57,5 miljard Bfr. Circa 87 % daarvan komt voort uit de verkoop van geneesmiddelen en 9 % uit de verkoop van contractprodukten. De ontvangsten in de sector zijn de voorbije jaren in dalende lijn gegaan.

C. De zegelovereenkomst

1. Motieven

- (18) Sedert 1885 is de apotheker in België wettelijk aansprakelijk voor elk produkt dat hij verkoopt. Hij moet derhalve de kwaliteit van zijn eigen bereidingen en de conformiteit met de bijsluiters van industriële geneesmiddelen die hij verkoopt, controleren. Alle Belgische officina-apothekers, met inbegrip van de leden van de Ophaco, hebben de DGO belast met de uitoefening van deze controle, zonder dat dit afbreuk doet aan hun individuele aansprakelijkheid.
- (19) De wettelijke aansprakelijkheid beperkt zich evenwel niet tot geneesmiddelen alleen, maar heeft betrekking op alle in de apotheek verkochte produkten. De opdracht van de DGO werd diensgevolge uitgebreid tot alle parafarmaceutische produkten. De door de „zegelovereenkomst” ingevoerde regeling maakt het de DGO mogelijk deze produkten vooraf en/of via steekproeven te controleren.
- (20) Deze regeling, die door en voor de officina-apothekers is ingevoerd, kost de producerende bedrijven niets, behalve de kosten van het voorafgaande onderzoek van het inschrijvingsdossier (10 000 Bfr.). Als tegenprestatie voor de controle door de DGO, voor het recht het APB-zegel aan te brengen en voor de mogelijkheid het produkt in de apotheek te verkopen, verbindt de fabrikant zich ertoe het van een zegel voorziene produkt niet buiten de apotheek te verkopen. Het staat de fabrikant evenwel vrij hetzelfde produkt in dezelfde verpakking onder dezelfde benaming, maar zonder zegel via andere distributienetten te verkopen.

2. De inhoud van de overeenkomst

- (21) Artikel 1 bepaalt dat aan de fabrikant het recht wordt toegekend het APB-waarborgmerk — het

zegel — op zijn parafarmaceutische produkten aan te brengen. Hij geniet dit recht volgens artikel 3 slechts indien de produkten na een controle vooraf door de DGO zijn toegelaten.

- (22) Als tegenprestatie voor dit recht bepaalt artikel 2 dat de fabrikant de parafarmaceutische produkten die van een waarborgzegel zijn voorzien, alleen in de apotheek zal verkopen.
- (23) Artikel 17 verbiedt de fabrikant voorts, verkoopcondities te stellen die discriminerend zijn of onverenigbaar met de normale activiteit van apothekers. De fabrikant moet zijn produkten ter beschikking stellen aan alle apothekers via het distributiekanaal der groothandelaren. Volgens de APB betekent deze laatste verplichting niet dat het de fabrikant verboden is, zijn produkten rechtstreeks aan apothekers te leveren.
- (24) In artikel 11 is de wijze van aanbrenging van het APB-zegel geregeld. Volgens dit artikel verbindt de fabrikant zich ertoe het APB-zegel goed zichtbaar op de verpakking aan te brengen en het onder geen beding te overlakken of te verhullen.
- (25) Volgens de APB wil men met deze clausule verhinderen dat een fabrikant buiten de apotheek produkten verkoopt die ogenschijnlijk niet voorzien zijn van het zegel, maar welker verpakking de aanwezigheid van dit zegel zou doen vermoeden. Deze dubbelzinnige situatie zou de consument misleiden ten aanzien van de waarde en de herkomst van het APB-waarborgzegel en de andere verkopers ten onrechte laten profiteren van de door de DGO verrichte controles.
- (26) Volgens artikel 16 is de overeenkomst aangegaan voor onbepaalde duur doch wederzijds opzegbaar door beide partijen met een opzegtermijn van twaalf maanden.

D. Verloop van de procedure

- (27) Artikel 2, lid 1, van de overeenkomst in haar oorspronkelijke versie, zoals aangemeld op 1 december 1986, hield voor de fabrikant het verbod in om het betrokken produkt (met of zonder zegel) via andere verkoopkanalen dan de officina-apotheken te verkopen.
- (28) Met betrekking tot de oorspronkelijke overeenkomst werd op 26 oktober 1988 een mededeling van punten van bezwaar verzonden. In deze mededeling van punten van bezwaar bracht de Commissie de APB ter kennis dat artikel 2, lid 1, in zijn oorspronkelijke versie inbreuk maakte op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, omdat het de fabrikanten de mogelijkheid ontnam de in de overeenkomst bedoelde produkten via andere kanalen dan de officina-apotheken te verkopen, zelfs wanneer deze produkten niet voorzien waren van het APB-zegel. Deze exclusieve verkoop in de apotheek was niet alleen een aantasting van de vrijheid van de fabrikant om te kiezen op welke wijze hij zijn produkten in de handel wil brengen, maar hield ook een beperking van de vrije mede-

dinging tussen apotheken en andere verkoopkanalen in. Laatstgenoemden konden immers niet rechtstreeks aankopen bij de door de overeenkomst gebonden fabrikanten. De apotheken werden aldus beschermd tegen elke vorm van rechtstreekse concurrentie van de andere verkoopkanalen voor wat betreft de verkoop van de in de overeenkomst bedoelde produkten. In haar oorspronkelijk aangemelde versie beperkte de overeenkomst derhalve de mededinging op het gebied van de verkoop van parafarmaceutische produkten in België.

- (29) De exclusieve verkoop stond voorts eraan in de weg dat de aangemelde versie van de overeenkomst in aanmerking kwam voor vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag. De exclusiviteit had ten gevolge dat de consument voor de betrokken produkten niet langer de mogelijkheid had te kiezen tussen de verschillende distributienetten. De verbetering van de distributie, die te danken is aan het toezicht van het DGO en waarvan de consument profiteert, is geen voldoende tegenwicht voor deze beperking van de vrije keuze. Exclusiviteit was trouwens niet onmisbaar voor het bereiken van deze verbetering.
- (30) Naar aanleiding van de mededeling van de punten van bezwaar van 26 oktober 1988 heeft de APB artikel 2, lid 1, gewijzigd. In de nieuwe versie van artikel 2, zoals beschreven in punt 22, kan de fabrikant hetzelfde produkt in dezelfde verpakking onder dezelfde benaming, maar zonder zegel buiten de apotheek via andere distributienetten verkopen.
- (31) Tegelijk met de invoering van de wijziging in artikel 2, lid 1, heeft de APB ook artikel 11 van de overeenkomst aangevuld met de bepaling dat de fabrikant zich ertoe verbindt het APB-zegel goed zichtbaar op de verpakking aan te brengen en het onder geen beding te overplakken of te verhullen.
- (32) Bij de aanmelding van deze wijziging wees de APB erop dat artikel 11 geenszins eraan in de weg staat dat de fabrikant buiten de apotheek produkten zonder zegel verkoopt dan wel produkten aan welke verpakking een vroegere aanwezigheid van het zegel niet meer kan worden vastgesteld.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

- (33) De standaardovereenkomst die is gesloten tussen de fabrikanten van parafarmaceutische produkten of hun algemene vertegenwoordigers en de APB is een overeenkomst tussen een onderneming en een vereniging van beroepsassociaties. De APB behartigt de belangen van de Belgische officina-apothekers. Bij het sluiten van de overeenkomst treedt zij op in het belang en voor rekening van deze apothekers. Het sluiten van de overeenkomsten door de APB weerspiegelt derhalve de onderling afgestemde wil van de Belgische apothekers

om zich gezamenlijk jegens een fabrikant te binden.

- (34) In de standaardovereenkomst wordt aan de fabrikant het recht toegekend het APB-waarborgmerk aan te brengen op zijn parafarmaceutische produkten, voor zover die na een voorafgaande controle door de DGO zijn toegelaten.
- (35) Als tegenprestatie voor dit recht legt de zegelovereenkomst, zoals gewijzigd na de mededeling van de punten van bezwaar van 26 oktober 1988, de fabrikant de verplichting op de onder de overeenkomst vallende produkten „alleen aan officina-apothekers te verkopen wanneer zij voorzien zijn van het APB-waarborgmerk”.
- (36) Krachtens de zegelovereenkomst in haar gewijzigde versie is de fabrikant derhalve niet langer verplicht zijn produkten die door de DGO zijn goedgekeurd en die derhalve van het APB-zegel mogen worden voorzien, uitsluitend aan apotheken te verkopen. Het staat de fabrikant vrij dezelfde produkten in dezelfde verpakking onder dezelfde naam, maar zonder zegel, via andere distributienetten aan de man te brengen.
- (37) In tegenstelling overigens tot de oorspronkelijke versie van de zegelovereenkomst, waarin de fabrikant zich ertoe verbond de onder de overeenkomst vallende produkten rechtstreeks noch via tussenpersonen buiten de apotheek te verkopen, houdt de standaardovereenkomst in haar nieuwe versie voor groothandelaren geen enkele rechtstreekse of zijdelingse verplichting meer in met betrekking tot de distributiekkanalen voor de betrokken produkten.
- (38) In tegenstelling met de oorspronkelijke versie van de overeenkomst, ten aanzien waarvan de Commissie bezwaren heeft geuit omdat zij een systeem van exclusieve verkoop in de apotheek invoerde, hetwelk een aantasting inhield van de vrijheid van de fabrikant om zelf te bepalen op welke wijze de verkoop van zijn produkten moest worden geregeld, is er — om de bovengenoemde redenen — in de nieuwe versie van de zegelovereenkomst geen sprake meer van, dat aan apotheken het alleenverkooprecht voor bepaalde produkten, met name door de APB gecontroleerde en goedgekeurde parafarmaceutische produkten, zou worden toegekend, aangezien de vrijheid van fabrikanten en groothandelaren om deze produkten via andere distributiekkanalen aan de man te brengen onverkort wordt gehandhaafd en gewaarborgd.
- (39) De APB vertegenwoordigt de belangen van de beroepsassociaties van apothekers en hun leden. De APB is een vereniging die statutair slechts toegankelijk is voor de bedoelde associaties. Deze statutaire beperking van de mogelijkheid om lid te worden van de APB brengt mee dat alleen apothekers kunnen bijdragen tot en profiteren van het door de DGO uitgeoefende toezicht.

- (40) Elke andere onderneming dan een officina-apotheek is derhalve bij voorbaat uitgesloten van deelneming aan het systeem van de zegelovereenkomst, zelfs indien deze onderneming financieel wenst bij te dragen tot het goede verloop van de door de DGO met het oog op het toekennen van een waarborgmerk uitgevoerde controle op parafarmaceutische produkten. Deze uitsluiting verleent aan apothekers een concurrentievoordeel dat niet uit de werking van de vrije mededinging zelf voortvloeit. Alleen apothekers kunnen profijt trekken van het kwaliteitszegel.
- (41) Niets verhindert evenwel de andere verkopers hun eigen controleregeling en kwaliteitszegel te creëren. De kwaliteit van een parafarmaceutisch produkt is trouwens slechts een van de vele aspecten waarop de concurrentie gebaseerd is. Uit een oogpunt van concurrentie richten de andere verkoopkanalen zich normaal gesproken op een andere clientèle dan de apotheken en voeren zij een ander prijsbeleid.
- (42) Onder die omstandigheden kan de beperking van de mededinging die voortvloeit uit de uitsluiting van deelneming aan het controlesysteem, niet als een aanzienlijke beperking worden beschouwd. Aan een van de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, is derhalve niet voldaan.

- (43) Na de bekendmaking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 zijn geen opmerkingen van belanghebbende derden binnengekomen,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

Op grond van de haar bekende gegevens is er voor de Commissie geen aanleiding om overeenkomstig artikel 85, lid 1, van het Verdrag op te treden ten aanzien van de door de Algemene Pharmaceutische Bond aangemelde en gewijzigde zegelovereenkomst.

Artikel 2

Deze beschikking is gericht tot de Algemene Pharmaceutische Bond.

Gedaan te Brussel, 14 december 1989.

Voor de Commissie

Leon BRITTAN

Vice-Voorzitter