

# Annotatie

## Slot. Lelos kai Sia EE e.a. tegen GlaxoSmithKline (Syfait II)

Mr. Marc Knapen en mr. Marc Wiggers\*

*C-468 t/m C-478/06, Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (grote kamer), 16 september 2008, n.n.g., prejudiciële vragen.*

*In dit arrest heeft het Hof de prejudiciële vraag beantwoord of de weigering door een farmaceutische onderneming die een machtspositie op de nationale markt voor geneesmiddelen bekleedt, om de door groothandelaren bij haar geplaatste bestellingen uit te voeren omdat deze zich bezighouden met parallellexport van die geneesmiddelen, een door artikel 82 EG-Verdrag verboden misbruik vormt. Het arrest is van groot belang voor de geneesmiddelensector en met name voor de parallelhandel in farmaceutische producten. Verder heeft dit arrest, zij het in mindere mate, een meer algemeen belang voor de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag.*

### Feiten

GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon (hierna: 'GSK') is een dochteronderneming van GlaxoSmithKline plc, een farmaceutische research- en productieonderneming. GSK houdt zich bezig met de import, opslag en distributie van farmaceutische producten van de GSK-groep in Griekenland. GSK heeft een vergunning voor het in de handel brengen van Imigram, Lamictal en Serevent, geneesmiddelen voor respectievelijk migraine, epilepsie en astma (de 'Geneesmiddelen'). Groothandelaren kopen de Geneesmiddelen van GSK om deze in Griekenland en eventueel andere lidstaten van de Europese Unie te distribueren.

Vanwege een tekort aan Geneesmiddelen op de Griekse markt besluit GSK in oktober 2000 haar distributiesysteem te wijzigen. Per november 2000 stopt GSK met de uitvoering van de bestellingen van de Geneesmiddelen van de betrokken groothandelaren (de 'verzoeksters') en gaat GSK zelf de Geneesmiddelen leveren aan de Griekse ziekenhuizen en apotheken. In februari 2001 stelt GSK dat de markt voor de distributie van Geneesmiddelen weer is genormaliseerd en dat de voorraad aan Geneesmiddelen bij de ziekenhuizen en apotheken weer is opgebouwd. GSK besluit vervolgens verzoeksters weer te gaan bevoorraden met beperkte hoeveelheden Geneesmiddelen.

Verzoeksters hebben naar aanleiding van het handelen van GSK zowel klachten ingediend bij de Griekse mededingingsautoriteit, *Epitropi Antagonismou* ('GMA'), als beroep in hoofdgeding ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg te Athene, *Poly Protodikeio Athinon*. De GMA verplicht GSK (bij voorlopige maatregel) om de geplaatste bestellingen van verzoeksters uit te voeren totdat er een definitieve beslissing in de zaak is genomen. Daarnaast stelt de GMA, die onder andere met betrekking tot de klachten van verzoeksters een uitspraak moet doen, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het 'Hof') een aantal vragen over de uitleg van artikel 82 EG-Verdrag.<sup>1</sup>

Behoudens de vordering met betrekking tot de vergoeding van de gederfde winst,<sup>2</sup> wijst de rechtbank in eerste aanleg in hoofdgeding de vordering van de verzoeksters af, aangezien zij de leveringsweigering gerechtvaardigd acht. De verzoeksters gaan tegen deze uitspraak in hoger beroep bij het hof van beroep in Athene, *Dioikitiko Efeteio Athinon*. De rechter heeft de behandeling van sommige van deze

\* Marc Knapen is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. Marc Wiggers is advocaat bij Loyens & Loeff.

1. Zie HvJEG 31 mei 2005, *Syfait e.a./GlaxoSmithKline*, zaak C-53/03, *Jur.* p. I-4609 (*Syfait I-arrest*).  
2. Die vordering werd niet-ontvankelijk geacht.

zaken geschorst in afwachting van de uitspraak van het Hof op het verzoek van de GMA om een prejudiciële beslissing. Die uitspraak komt er echter niet, omdat het Hof in het *Syfait I*-arrest oordeelt dat het niet bevoegd is om een antwoord te geven op de prejudiciële vragen van de GMA, aangezien de GMA geen gerechtelijke instantie is in de zin van 234 EG-Verdrag.

Het hof van beroep in Athene, dat van oordeel is dat het een antwoord op de prejudiciële vragen behoeft alvorens uitspraak te kunnen doen in de bij hem aanhangige zaken, stelt daarop (inhoudelijk) dezelfde vragen aan het Hof.

Deze prejudiciële vragen worden door het Hof samengevoegd tot de vraag 'of de omstandigheid dat een farmaceutische onderneming die een machtspositie op de nationale markt voor bepaalde geneesmiddelen bekleedt, weigert om de door groothandelaren bij haar geplaatste bestellingen uit te voeren omdat deze zich bezighouden met parallelexport van die geneesmiddelen naar andere lidstaten, een door artikel 82 EG verboden misbruik van deze machtspositie vormt'.<sup>3</sup> Voorts ondervraagt het hof van beroep het Hof over de relevantie van een aantal conjuncturele gegevens, die tot de sfeer van de mogelijke rechtvaardiging van misbruik behoren.

De GMA heeft in september 2006, dus zonder een antwoord te hebben ontvangen op de door haar gestelde prejudiciële vragen, uitspraak gedaan over de bij haar ingediende klachten tegen GSK. In die beslissing komt de GMA tot de conclusie dat GSK niet over een machtspositie beschikt op de markt voor de geneesmiddelen Imigran en Serevent, omdat deze verwisselbaar zijn met andere geneesmiddelen, maar GSK dat wel heeft met betrekking tot het geneesmiddel Lamictal, aangezien epilepsiepatiënten vaak moeilijk kunnen wennen aan andere geneesmiddelen. De GMA oordeelt verder dat GSK (uitsluitend) misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie tussen november 2000 en februari 2001 door de levering van de Geneesmiddelen aan verzoeksters te staken. Verzoeksters in de hoofdgedingen hebben het hof van beroep in Athene verzocht om nietigverklaring van de beslissing van de GMA.

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

### Bestaan van een leveringsweigering die de mededinging uitschakelt

Volgens het communautaire verbod van misbruik van een machtspositie (artikel 82 EG-Verdrag) is het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan. Volgens artikel 82, lid 2, sub b EG-Verdrag kan dit misbruik met name bestaan in het beperken van de productie, de afzet

of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers. Volgens het Hof vormt de weigering van een onderneming met een machtspositie om de bestellingen van een vaste klant uit te voeren, misbruik van deze machtspositie indien, zonder objectieve rechtvaardiging, die handelwijze de mededinging van een handelspartner uitschakelt. Door te weigeren de bestellingen van verzoeksters uit te voeren, heeft GSK beoogd de parallelexport door deze handelaren naar de markten van andere lidstaten te beperken.

Het Hof heeft in andere sectoren eerder geoordeeld dat een praktijk waarbij een onderneming die een machtspositie bekleedt, beoogt de parallelhandel in de door haar in de handel gebrachte producten te beperken, misbruik van die machtspositie vormt. Dit is met name het geval wanneer een dergelijke praktijk de parallelimport afremt door een mogelijk gunstiger prijsniveau in andere verkoopgebieden in de Gemeenschap te neutraliseren of wanneer zij beoogt wederimport die het distributienetwerk van deze onderneming zou beconcurreren, te belemmeren. De parallelimport geniet in het gemeenschapsrecht namelijk een zekere bescherming voor zover daardoor de ontwikkeling van het handelsverkeer en de versterking van de mededinging wordt bevorderd. Om uit te maken of het handelen van GSK daadwerkelijk misbruik van machtspositie vormt, moet eerst worden onderzocht of er objectieve overwegingen bestaan, die het misbruikelijke karakter aan het handelen van GSK kunnen ontnemen.

### Kwalificatie van de leveringsweigering als misbruik

Het Hof verwijst in verband met de leveringsweigering naar het arrest *United Brands*,<sup>4</sup> waarin geoordeeld is dat een onderneming met een machtspositie bij de verhandeling van een product – dat de reputatie van een bekend en door de verbruiker gewaardeerd merk geniet – haar leveringen aan een vaste klant die de handelsgebruiken respecteert, niet mag staken wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins ongewoon zijn. Een zodanige handelwijze is in strijd met de doelstellingen van artikel 3, lid 1, sub g EG-Verdrag, nader uitgewerkt in artikel 82 EG-Verdrag, met name lid 2, sub b en c daarvan, aangezien een verkoopweigering het aantal afzetkanalen ten nadele van de consument beperkt en een discriminatie oplevert die uiteindelijk kan leiden tot de eliminatie van een handelspartner van de betrokken markt. Een onderneming met een machtspositie verliest echter niet haar recht om haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen. Een dergelijk verdedigingsrecht gaat echter niet zo ver dat het kan worden gebruikt ter versterking van de machtspositie dan wel tot misbruik van de machtspositie.

Derhalve moet onderzocht worden of er in de farmaceutische sector bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan de weigering van een onderneming met een machtspositie om in een bepaalde lidstaat te leveren aan klanten die zich bezighouden met parallelexport naar lid-

3. Randnr. 28.

4. HvJ EG 14 februari 1978, *United Brands en United Brands Continentaal/Commissie*, 27/76, Jur. p. 207, randnr. 182, 183 en 189.

staten waar de geneesmiddelenprijzen hoger zijn, geen misbruik vormt.

### **Gevolgen van de parallelhandel voor de eindverbruiker**

Het Hof is van mening dat alleen al uit het feit dat er een alternatieve bevoorradingsbron aanwezig is, noodzakelijkerwijs volgt dat er bepaalde voordelen zijn voor de eindverbruiker. Dat de handelaren zelf ook winst uit de parallelhandel zullen halen, doet hier niet aan af. De parallelhandel oefent namelijk druk uit op de prijzen, hetgeen financiële voordelen oplevert. Het Hof is derhalve van mening dat in casu niet kan worden uitgegaan van de veronderstelling dat de parallelexport slechts van gering nut is voor de eindverbruiker.

### **Invloed van de overheidsregulering inzake prijzen en bevoorrading in de sector van de farmaceutische producten**

In de meeste lidstaten zijn geneesmiddelen waarvoor een recept vereist is het voorwerp van regulering met betrekking tot verkoopprijzen en tarieflijsten in verband met de mate van vergoeding door ziekteverzekeringsorganen. Als gevolg hiervan kunnen er verschillen in prijzen voor geneesmiddelen in de verschillende lidstaten ontstaan. Dit betekent overigens niet dat de prijsstelling zich volledig onttrekt aan de wet van vraag en aanbod. Immers, in sommige gevallen interveniëren overheidsinstellingen niet bij de prijsstelling, stellen de overheidsinstanties enkel de tarieflijst vast op grond waarvan de ziekteverzekeringsorganen hun vergoeding vaststellen of zijn er onderhandelingsmogelijkheden voor de farmaceutische ondernemingen. Het laatste is in casu het geval, waardoor zowel de overheidsinstanties als de farmaceutische ondernemingen invloed hebben op de prijs en de verzekeringsvergoeding van de Geneesmiddelen. Hierbij merkt het Hof op dat indien er op een geneesmiddel een octrooi rust (tijdelijk monopolie), prijsconcurrentie alleen mogelijk is tussen een producent en zijn distributeurs of tussen parallelhandelaars en de nationale distributeurs.

Volgens het Hof kan een overeenkomst tussen een producent en een distributeur waarmee het herstel wordt beoogd van de tussen de lidstaten bestaande barrières, in de weg staan aan de doelstelling van het Verdrag die ertoe strekt de nationale markten te integreren door de vestiging van één enkele markt. Herhaaldelijk heeft het Hof daarom dergelijke overeenkomsten gekwalificeerd als verboden kartelafspraken. Gelet op de doelstellingen van het Verdrag kunnen handelingen van een onderneming met een machtspositie strekkende tot verhindering van parallelexport, waardoor de doeltreffende mededinging wordt vervalst, niet worden onttrokken aan het verbod van artikel 82 EG-Verdrag. Het Hof concludeert dat de regulering in de farmaceutische sector niet de toepassing van de mededingingsregels kan uitsluiten. Tegelijkertijd erkent het Hof dat de regulering van prijzen in deze sector kansen kan creëren voor parallelhandel. Het feit dat de markt gereguleerd is, kan echter niet het misbruikelijke karakter ontnemen aan iedere leveringsweigering door een farmaceutische onderneming met een machtspositie. Daarbij

moet de farmaceutische onderneming wel redelijke en evenredige maatregelen kunnen nemen ter verdediging van haar commerciële belangen. Het Hof overweegt in dit kader dat het niet zo kan zijn dat een farmaceutische onderneming zijn belangen alleen kan beschermen door zijn producten helemaal niet in de handel te brengen in lidstaten met een laag prijsniveau om daarmee parallelexport te voorkomen.

Om te beoordelen of de weigering van een farmaceutische onderneming om aan groothandelaren te leveren die zich met parallelexport bezighouden een maatregel is die redelijk is en in de juiste verhouding staat tot de bedreiging die deze export voor haar rechtmatige commerciële belangen vormt, moet worden uitgemaakt of de door deze groothandelaren geplaatste bestellingen ongewoon zijn (het Hof verwijst naar *United Brands*, punt 182). Niet kan worden aanvaard dat een farmaceutische onderneming die een machtspositie bekleedt, in een lidstaat waar de prijzen relatief laag zijn niet langer de normale bestellingen van een vaste klant uitvoert om de enkele reden dat deze, hoewel hij de markt van die lidstaat bevoorraadt, een deel van de bestelde hoeveelheden uitvoert naar lidstaten die hogere prijzen kennen. Echter, het staat de (dominante) farmaceutische onderneming vrij om zich, in redelijke en proportionele mate, te verzetten tegen de bedreiging die de activiteiten van een onderneming die in de eerstgenoemde lidstaat aanzienlijke hoeveelheden wenst te ontvangen van producten die hoofdzakelijk bestemd zijn voor de parallelexport, kan vormen voor haar eigen commerciële belangen.

Het Hof merkt op dat uit de verwijzingsbeslissingen niet blijkt dat de verzoeksters hebben geëist dat GSK aan al hun bestellingen voldoet, maar wel dat GSK hun hoeveelheden Geneesmiddelen verkoopt die overeenstemmen met hun bestellingen die in de eerste tien maanden van het jaar 2000 zijn verkocht. Een aantal verzoeksters heeft verzocht deze hoeveelheden te vermeerderen met een bepaald percentage.

Het is aan het hof van beroep om te bepalen of dergelijke bestellingen normaal zijn, gelet op (i) de vroegere commerciële relaties tussen GSK en de verzoeksters en op (ii) de omvang van de bestellingen uit het oogpunt van de behoeften van de markt van de betrokken lidstaat.

Tot slot merkt het Hof op dat Griekse nationale regelgeving de uitoefening van de groothandel in farmaceutische producten onder andere afhankelijk stelt van de verplichting om een bepaald geografisch gebied afdoende te bevoorraden. Indien de parallelexport leidt tot een geneesmiddelentekort op die markt, dan is dat niet aan de farmaceutische onderneming om deze situatie te regelen, maar aan de bevoegde nationale organisaties. Dit neemt zoals gezegd niet weg dat een producent van geneesmiddelen zijn commerciële belangen moet kunnen verdedigen tegen bestellingen van ongewone omvang, hetgeen het geval kan zijn indien groothandelaren geneesmiddelen bestellen in hoeveelheden die buiten verhouding staan tot die welke diezelfde groothandelaren vroeger hebben verkocht om deze lidstaat afdoende te bevoorraden.

Het Hof verklaart voor recht:

‘Artikel 82 EG moet aldus worden uitgelegd dat een onderneming met een machtspositie op de relevante geneesmiddelenmarkt die, ter voorkoming van de parallelexport door bepaalde groothandelaren van een lidstaat naar andere lidstaten, weigert om normale bestellingen van deze groothandelaren uit te voeren, misbruik maakt van haar machtspositie. Het staat aan de verwijzende rechter om te bepalen of die bestellingen normaal zijn, gelet op de omvang van deze bestellingen uit het oogpunt van de behoeften van de markt van die lidstaat en op de vroegere commerciële relaties tussen die onderneming en de betrokken groothandelaren.’<sup>5</sup>

## Commentaar

Het Hof is in casu in grote kamer (dertien rechters) bijeen gekomen om arrest te wijzen, hetgeen het belang van de onderhavige zaak onderstreep. Er zijn opvallende punten in dit arrest, waarvan een aantal hierna uiteen worden gezet. Allereerst heeft de GMa in 2003 de prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof, die uiteindelijk pas medio 2008 beantwoord worden, omdat het Hof aanvankelijk oordeelde dat het niet bevoegd was op de prejudiciële vragen van de GMa te beantwoorden. Aangezien het hof van beroep eveneens een antwoord op de door de GMa voorgelegde vragen wenste, legde zij vervolgens dezelfde vragen voor aan het Hof. Opmerkelijk in dit kader is dat hierdoor twee verschillende advocaten-generaal een conclusie hebben genomen, die niet eenduidig zijn. Voorts zullen wij dit arrest plaatsen in de context van de communautaire rechtspraak op gebied van leveringsweigeren. Daarna zal de vraag worden behandeld of gedragingen van een dominante onderneming per definitie misbruik kunnen opleveren van artikel 82 EG-Verdrag. Tot slot wordt ingegaan op de rol van efficiencyoverwegingen in de context van 82 EG-Verdrag en op de concrete toepassing van dit arrest in de procedures in Griekenland.

### Prejudiciële vragen GMa niet-ontvankelijk

De onderhavige prejudiciële vragen zijn tevens bij beslissing van 22 januari 2003 door de GMa aan het Hof gesteld. Het Hof concludeerde echter in het Syfait I-arrest<sup>6</sup> dat het niet bevoegd is om prejudiciële vragen van de GMa te beantwoorden,<sup>7</sup> omdat de GMa geen gerechtelijke instantie is in de zin van art. 234 EG-Verdrag. Om te beoordelen of een verwijzend orgaan een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG-Verdrag, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, houdt het Hof rekening met een samenstel van factoren, zoals de wette-

lijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.<sup>8</sup> Volgens het Hof kan het slechts worden aangezocht door een orgaan dat uitspraak moet doen in een bij hem aanhangig geding, in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont. De GMa en haar eventuele beslissing voldeden, kortweg, niet aan een aantal van deze factoren. De GMa had derhalve geen prejudiciële vragen moeten stellen, maar direct moeten overgaan tot het nemen van een beslissing ten aanzien van de bij haar aanhangige klachten.<sup>9</sup> In een eventuele (hoger) beroepsprocedure had de Griekse rechter dan, desgewenst, prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof. Het hof van beroep heeft, zoals gezegd, vervolgens dezelfde vragen gesteld aan het Hof, waardoor het Hof, ruim vijf jaar nadat de vragen voor het eerst werden gesteld, deze vragen alsnog beantwoordt. Opmerkelijk gevolg hiervan is dat twee advocaten-generaal zich over dezelfde vragen hebben gebogen. A-G Colomer, tweede in lijn, spreekt zelfs van een ‘boemerangeffect’ en waant zich als een ‘Avellaneda<sup>10</sup> die een tweede deel van andermans roman schrijft’.

### A-G Jacobs vs. A-G Colomer

A-G Jacobs concludeert bij het Syfait I-arrest:

‘een farmaceutische onderneming met een machtspositie die weigert de door groothandelaren in farmaceutische producten bij haar geplaatste bestellingen volledig uit te voeren, maakt niet noodzakelijkerwijs misbruik van die machtspositie enkel omdat zij daarmee beoogt de parallelhandel te beperken’.<sup>11</sup>

Een objectieve rechtvaardiging voor de leveringsweigeren kan volgens Jacobs worden gevonden in de specifieke factoren van de farmaceutische sector, indien het prijsverschil dat tot de parallelhandel heeft geleid het gevolg is van overheidsinterventies. Meer in het bijzonder wijst

5. Randnr. 78.

6. HvJ EG 31 mei 2005, *Syfait*, zaak C-53/03, *Jur.* 2005, p. I-4609.

7. A-G Jacobs is van mening dat het Hof wel bevoegd is om de prejudiciële vragen van de GMa te beantwoorden (zie de conclusie van A-G F.G. Jacobs van 28 oktober 2004 in zaak C-53/03, *Syfait*, *Jur.* 2004, p. I-4609, randnr. 46). In de zaak HvJ EG 16 juli 1992 in zaak C-67/91, *Asociación Espanola de Banca Privada e.a.*, *Jur.* 1992, p. I-4785 verklaarde het Hof een prejudiciële verwijzing van de Spaanse mededingingsautoriteit, *Tribunal de Defensa de la Competencia*, ontvankelijk.

8. HvJ EG 17 september 1997, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH/Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, zaak C-54/96, *Jur.* 1997, p. I-4961. Zie voorts, R. Smits, ‘On parallel trade and preliminary issues – a healthy approach to competition law enforcement?’, *Legal Issues of Economic Integration* 2006, p. 61, met een uiteenzetting van de twee arresten waarin het Hof antwoord gaf op prejudiciële vragen van de nationale mededingingsautoriteiten van Spanje en Duitsland (respectievelijk zaak C-67/91 en zaak C-54/96) en een analyse over de vraag of het Hof ontvankelijk zou moeten zijn voor prejudiciële vragen van nationale mededingingsautoriteiten.

9. Voor een uitgebreide bespreking van het *Syfait I*-arrest, zie R. Smits, ‘On parallel trade and preliminary issues – a healthy approach to competition law enforcement?’, *Legal Issues of Economic Integration* 2006, p. 61. Zie voorts Y. de Vries, ‘Rechtspraak Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005, p. 151.

10. Avellaneda schreef het vervolg op Don Quixote, geschreven door Cervantes. Het betrof derhalve een ongebruikelijke vorm van plagiaat, want het betrof het stelen van een personage in plaats van een tekst. Cervantes was verontwaardigd en schreef vervolgens zelf een tweede deel om het werk van Avellaneda te verdringen. Zie: A. Briggs en P. Burke, *Sociale geschiedenis van de media*, SUN, 2003, p. 59.

11. Zie de conclusie van A-G F.G. Jacobs van 28 oktober 2004 in zaak C-53/03, *Syfait*, *Jur.* 2004, p. I-4609, randnr. 105.



Jacobs in dit verband op (i) algemene en divergerende overheidsinterventies bij de prijsstelling van farmaceutische producten die tot prijsverschillen tussen de lidstaten hebben geleid, (ii) de regulering van de distributie van farmaceutische producten door de Gemeenschap en de lidstaten, die farmaceutische ondernemingen en groothandelaren nationaal begrensde verplichtingen oplegt om de beschikbaarheid van voldoende voorraden van die producten te waarborgen, (iii) de potentiële negatieve gevolgen van de parallelhandel voor de mededinging, de gemeenschappelijke markt en de prikkels om te innoveren, gezien de economische kenmerken van de farmaceutische industrie, en (iv) het feit dat de parallelhandel mogelijk niet in alle gevallen aan de eindverbruikers van farmaceutische producten ten goede komt en niet kan worden aangenomen dat de overheidsinstanties in de lidstaten, als voornaamste afnemers van die producten, bij die lagere prijzen voordeel hebben, nu zij zelf voor de prijsstelling op hun grondgebied verantwoordelijk zijn. Jacobs schetst hiermee eigenlijk de feitelijke situatie van GSK en is derhalve van mening dat een leveringsbeperking door een farmaceutische onderneming met een machtspositie met de bedoeling de parallelhandel te beperken, als een redelijke en evenredige maatregel ter bescherming van de commerciële belangen van die onderneming gerechtvaardigd kan zijn.<sup>12</sup>

A-G Colomer hanteert bij het Syfait II-arrest een striktere benadering. Colomer is namelijk van mening dat de specifieke omstandigheden ten aanzien van de farmaceutische markt, ondanks de beperkte harmonisatiegraad op deze markt, niet an sich een objectieve rechtvaardiging kan vormen. Colomer concludeert dat

‘een onderneming met een machtspositie die weigert bestellingen van groothandelaren in farmaceutische producten volledig uit te voeren, met de bedoeling om de uitvoer van deze groothandelaren en de door de parallelhandel toegebrachte schade te beperken, maakt zich schuldig aan misbruik in de zin van artikel 82 EG. De onderneming kan evenwel het nodige bewijs leveren dat haar gedrag objectief rechtvaardigt’.<sup>13</sup>

Colomer merkt hierbij op dat de aangevoerde argumenten ten aanzien van (i) marktregulering in het kader van de vaststelling van prijzen en de verplichting om voorraden aan te houden, en (ii) bescherming van prikkels om te innoveren niet kunnen worden aanvaard als objectieve rechtvaardiging. Mogelijk bieden bescherming van (andere) rechtmatige belangen en economische voordelen van de gelaakte gedraging wel soelaas. Het Hof trekt in het Syfait II-arrest uiteindelijk zijn eigen lijn en zoekt aansluiting bij het United Brands-arrest en formuleert op die basis het criterium ‘normale bestellingen’. Hoewel het Hof in eerste instantie de conclusie van A-G Colomer volgt waar het gaat om de kwalificatie van de leverings-

weigering als misbruik, zoekt het Hof voor de invulling van de objectieve rechtvaardiging aansluiting bij de bijzondere commerciële belangen, die A-G Jacobs eerder al van bijzonder belang achtte. De gevolgen die de conclusie van A-G Jacobs (mogelijk) teweeg heeft gebracht, zullen hierna nog kort onder ‘Concrete toepassing Syfait II-arrest’ worden besproken.

### Communautaire rechtspraak inzake leveringsweigering en de beperking van parallelexport

In het kader van artikel 82 EG-Verdrag heeft het Hof verschillende arresten gewezen in zaken waarin de leveringsweigering van een dominante onderneming aan de orde was.<sup>14</sup> De communautaire rechtspraak op het gebied van leveringsweigering (of leveringsbeperking) in de bijzondere juridische en economische context van de farmaceutische markt is aanzienlijk minder ontwikkeld.

Voor de beantwoording van de prejudiciële vraag zoekt het Hof aansluiting bij de klassieke rechtspraak van United Brands.<sup>15</sup> Deze zaak betrof de leveringsweigering van United Brands, een leverancier van Chiquita bananen, aan een bestaande Deense afnemer. Deze afnemer had tot ongenoegen van United Brands deelgenomen aan een reclamecampagne van de concurrerende bananenleverancier Dole. Het Hof oordeelde dat United Brands als dominante onderneming in beginsel niet ‘het recht verliest haar eigen commerciële belang tegen aanvallen te verdedigen, en dat men haar in de mate van redelijkheid de mogelijkheid moet laten te handelen zoals zij ter verdediging van haar belang wenselijk acht’. Niettemin oordeelde het Hof dat United Brands haar machtspositie misbruikte door ‘haar leveranties aan een vaste klant die de normale handelsgebruiken respecteert [te] staken wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins van ongewone omvang zijn’.<sup>16</sup> In het Syfait II-arrest hanteert het Hof deze norm bij de beantwoording van de vraag of GSK gehouden is bestellingen van groothandelaren volledig uit te voeren en komt tot de slotsom dat de weigering om bestellingen uit te voeren die niet van ‘ongewone omvang’ zijn, misbruik oplevert. Het hanteren van de door het Hof geformuleerde norm in United Brands in de context van het Syfait II-arrest is opvallend. In United Brands ging het immers om een volledige leveringsweigering en was niet de vraag aan de orde in hoeverre een dominante onderneming gehouden is bestellingen van normale omvang volledig uit te voeren. Bovendien was United Brands actief op een markt die niet gereguleerd was, terwijl de farmaceutische markt juist gekenmerkt wordt door

12. Zie de conclusie van A-G F.G. Jacobs van 28 oktober 2004 in zaak C-53/03, *Syfait*, *Jur.* 2004, p. I-4609, randnr. 100.

13. Zie de conclusie van A-G D. Juiz-Jarabo Colomer van 1 april 2008 in gevoegde zaken C-468/06 t/m C-478/06. *Slot. Lelos kai Sia EE e.a./Gla-xoSmithKline*, n.n.g, randnr. 123.

14. Zie o.a. HvJ EG 6 maart 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation/Commissie*, gevoegde zaken 6 en 7-73, *Jur.* 1974, p. 223 en HvJ EG 13 november 1975, *General Motors Continental NV/Commissie*, zaak 26/75, *Jur.* 1975, p. 1367. Het Hof heeft voorts arresten gewezen over leveringsweigeringen ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten en de toegang tot *essential facilities*. Deze lenen zich door het afwijkende feitencomplex en rechtskader niet voor behandeling in deze annotatie.

15. HvJ EG 14 februari 1978, *United Brands en United Brands Continental BV/Commissie*, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207.

16. HvJ EG 14 februari 1978, *United Brands en United Brands Continental BV/Commissie*, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207, randnr. 182.

sterke overheidsregulering en 'de mededinging wordt vervalst door het bestaan van [dergelijke] nationale regelingen'.<sup>17</sup> Nu zowel de rechtsvraag als het feitencomplex in het Syfait II-arrest in de kern verschilt van het United Brands-arrest, had een nadere motivering van het Hof ten aanzien van de toepassing van de 'United Brands-norm' op de bijzondere situatie van GSK, niet misstaan. In de context van artikel 81 EG-Verdrag heeft de Commissie verschillende malen gedragingen die de parallel-export van medicijnen beperken, veroordeeld. In de Bayer-zaak oordeelde de Commissie dat Bayer artikel 81 EG-Verdrag had overtreden door in het kader van haar voortdurende relatie met afnemers in Frankrijk en Spanje een exportverbod op te leggen aan deze afnemers.<sup>18</sup> Zonder in te gaan op de toepassing van artikel 81 EG-Verdrag (of 82 EG-Verdrag) op de farmaceutische markt vernietigde het Gerecht de Commissiebeschikking, omdat het optreden van Bayer eenzijdig was en niet kwalificeerde als overeenkomst in de zin van artikel 81 EG-Verdrag. Vervolgens oordeelde de Commissie in de Spaanse GSK-zaak<sup>19</sup> dat het hanteren van discriminatoir prijsmechanisme met als doel de parallelhandel te beperken in strijd is met artikel 81 EG-Verdrag. In deze zaak ging het kort gezegd om een dubbele prijsstelling die GSK hanteerde ten opzichte van Spaanse en niet-Spaanse klanten met als doel de parallel-export vanuit Spanje te voorkomen. In de beroepsprocedure stelt het Gerecht dat de Commissie onterecht geen onderzoek heeft gedaan naar de specifieke eigenschappen van de farmaceutische sector, waarin prijzen onderhevig zijn aan overheidsregulering en er geen vrij spel van vraag en aanbod plaatsvindt. Het Gerecht verklaarde uiteindelijk een gedeelte van de Commissiebeschikking nietig, onder meer omdat de Commissie niet voldoende onderzoek had gedaan naar de efficiencyvoordelen die GSK had aangevoerd in het kader van een verzoek om vrijstelling op grond van artikel 81(3) EG-Verdrag.

Zoals hierna nader wordt beschreven, gaat het Hof in het onderhavige arrest slechts beperkt in op de bijzondere eigenschappen en dynamiek van de farmaceutische markt bij de beoordeling van de objectieve rechtvaardigingsgrond.

### Levert de weigering om bestellingen volledig uit te voeren, met de bedoeling exportactiviteiten van groothandelaren en daarmee ook de schade die de parallelhandel haar toebrengt, te beperken, per definitie misbruik op in de zin van artikel 82 EG-Verdrag?

Deze vraag vloeit onder meer voort uit het feit dat GSK in de procedure niet ontkend heeft dat haar leveringsbeperking tot doel had de parallelhandel vanuit Griekenland

te voorkomen. Door de afzetvolumes van distributeurs te verkleinen, beoogde GSK de concurrentiekracht van deze distributeurs in landen als Duitsland en het Verenigd Koninkrijk te verminderen. Nu het oogmerk van GSK evident strijdig is met de doelstellingen van het EG-Verdrag – waaronder het tot stand brengen van een interne markt – rijst de vraag of deze gedraging onherroepelijk misbruik oplevert en geen ruimte is voor een objectieve rechtvaardiging. Met andere woorden, kwalificeert de gedraging van GSK als een misbruik 'per se'?

Allereerst is van belang dat misbruik in de context van artikel 82 EG-Verdrag een objectief concept is, waarbij de subjectieve intentie van partijen niet bewezen hoeft te worden voor de vaststelling van een inbreuk.<sup>20</sup> Tegelijkertijd spelen subjectieve elementen, waaronder het streven van een dominante onderneming om de mededinging te beperken, wel degelijk een rol bij het bewijzen van een artikel 82 EG-Verdrag inbreuk.<sup>21</sup>

Voorts wordt opgemerkt dat het Hof tot nog toe in algemene zin, dat wil zeggen buiten de context van een concreet geding, geen standpunten heeft genomen die misbruik 'per se' van artikel 82 EG-Verdrag zouden uitsluiten.<sup>22</sup> In het verleden heeft het Hof een drietal praktijken geïdentificeerd die onherroepelijk misbruik van machtspositie opleverden, waarbij tegenbewijs ter rechtvaardiging ervan niet werd toegestaan. Daarbij ging het om te beginnen om exclusieve bevoorradingsverplichtingen opgelegd door een onderneming met een machtspositie.<sup>23</sup> Een tweede praktijk die het Hof als onherroepelijk misbruik heeft aangemerkt, betreft afbraakprijzen. De overweging van het Hof was daarbij dat prijzen die onder de gemiddelde variabele kosten liggen als zodanig het bewijs vormen van misbruik, omdat daarvoor geen andere economische grondslag bestaat dan het uitschakelen van concurrenten.<sup>24</sup> Tot slot oordeelde het Hof dat getrouwheidskortingen onherroepelijk misbruik opleveren.<sup>25</sup> De recente rechtspraak houdt echter niet onverkort vast aan de gedachte dat getrouwheidskortingen onherroepelijk misbruik opleveren, waarbij iedere rechtvaardiging van de kant van de dominante onderneming is uitgesloten. Zo liet het Hof British Airways toe te bewijzen dat haar kortingssystematiek, die tot uitsluiting van de mededinging leidde, economisch gerechtvaardigd was.<sup>26</sup> Ondanks het feit dat het Hof voor bepaalde specifieke gedragingen heeft aangenomen dat die onherroepelijk

17. GvEA EG 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Services / Commissie*, zaak T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969, randnr. 276.

18. GvEA EG 26 oktober 2000, *Bayer/Commissie*, zaak T-41/96, *Jur.* 2000, p. II-3383 en HvJ EG 6 januari 2004, *Commissie/Bayer*, zaak C-2/01, *Jur.* 2004, p. I-23.

19. Beschikking 2001/791/EG van de Commissie van 8 mei 2001, zaak IV/36.957/F3 – *Glaxo Wellcome*, Pb EG 2001, L 302 p. 1 en GvEA EG 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, zaak T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969.

20. HvJ EG 13 februari 1979, *Hoffman-La Roche/Commissie*, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461, par. 91. Zie ook HvJ EG *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commissie* [1996], par. 149.

21. HvJ EG 14 februari 1978, *United Brands Company en United Brands Continental BV/Commissie*, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207.

22. Zie 'The Defence of "objective justification" in the application of article 82 EC', Paul-John Loewenthal, *World Competition* 28(4), p. 470. Indien het Hof misbruik 'per se' van artikel 82 EG-Verdrag had uitgesloten, dan was de vraag van het hof van beroep eenvoudig ontkennend te beantwoorden en zou GSK in alle gevallen toegestaan moeten worden objectieve rechtvaardigingsgronden aan te voeren.

23. HvJ EG 13 februari 1979, *Hoffman-La Roche/Commissie*, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461.

24. HvJ EG 14 november 1996, *Tetra Pak/Commissie*, zaak C-333/94, *Jur.* 1996, p. I-5951.

25. HvJ EG 13 februari 1979, *Hoffman-La Roche/Commissie*, zaak 85/76, *Jur.* p. 461.

lijk misbruik opleveren, zijn er verschillende juridische en economische argumenten tegen de aanvaarding van een dergelijk misbruik per se.<sup>27</sup>

Voor wat betreft de juridische argumenten kan om te beginnen verwezen worden naar de opzet van artikel 82 EG-Verdrag in vergelijking met artikel 81 EG-Verdrag. Artikel 81 EG-Verdrag bevat drie leden met respectievelijk (i) een verbod op concurrentiebeperkende gedragingen, (ii) een nietigheidssanctie voor niet-nakoming van het verbod van lid 1 en (iii) de mogelijkheid van vrijstelling onder de in lid drie genoemde voorwaarden of op basis van de groepsvrijstellingen. Daarmee laat artikel 81, lid 3, EG-Verdrag ruimte voor ontsnapping in geval van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG-Verdrag. Deze ontsnapping geldt onder uitzonderlijke omstandigheden evenzeer voor *hard core* inbreuken onder artikel 81, lid 1, EG-Verdrag.<sup>28</sup> Daarmee biedt artikel 81 EG-Verdrag de onderneming verschillende mogelijkheden om een per se inbreuk te bestrijden. Dit geldt echter niet voor artikel 82 EG-Verdrag, dat geen vrijstellingsbepaling bevat voor misbruikelijke gedragingen. Indien bepaalde gedragingen altijd een rechtsvermoeden van misbruik zouden meebrengen, zou dit de onderneming beroven van het recht van verweer aangezien de opzet van artikel 82 EG-Verdrag geen enkele vrijstelling toelaat. A-G Colomer stelt:

‘Net als de per se mededingingsregeling van 81 EG hun bevrijding vinden in lid 3 van dat artikel, moet ook de mogelijkheid open blijven om bepaalde onrechtmatige praktijken in het kader van artikel 82 EG langs de weg van objectieve rechtvaardiging toe te staan.’

De Commissie bevestigt deze lijn in haar recente Mededeling inzake de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag, waarin de Commissie nadrukkelijk aansluit bij de criteria van artikel 81, lid 3, EG-Verdrag voor de beoordeling van objectieve rechtvaardigingen in de context van artikel 82 EG-Verdrag.<sup>29</sup>

Vanuit economisch oogpunt gaat een ‘per se’-benadering mank aan een overdreven formalisme. Een dergelijk formalisme ontnemt de onderneming de mogelijkheid om zich te kunnen verweren door bewijs te leveren van de efficiëntievoordelen van de gedraging, wat op zijn beurt ten koste kan gaan van gedragingen die in het voordeel van de consument uitwerken. Dit betekent dat iedere gedraging moet worden onderzocht aan de hand van de parameters van de economische en juridische context waarin deze zich voordoet. Alleen door de positieve en negatieve gevolgen voor de gebruiker en de overige marktdeelnemers

naast elkaar te leggen kan de toelaatbaarheid van de gedraging worden beoordeeld en de kwalificatie ‘misbruik’ worden toegekend aan een gedraging.

In het onderhavige arrest onderzoekt het Hof of de leveringsweigering van GSK door de bijzondere omstandigheden in de farmaceutische sector objectief gerechtvaardigd is. Het Hof laat daarmee ruimte voor een disculpatiemogelijkheid voor een gedraging die in beginsel niet te rijmen is met de doelstellingen van het EG-Verdrag – ook in die gevallen waarin de dominante onderneming de intentie heeft de mededinging te beperken.

### Objectieve noodzaak en efficiencies

Hoewel de vraag niet als zodanig is voorgelegd aan het Hof, kunnen de verweren van GSK ter rechtvaardiging van haar leveringsweigering beoordeeld worden als ‘*efficiency*verweer’. De redenering is daarbij dat door parallelhandel tegen te gaan GSK in staat blijft onderzoek en ontwikkeling te financieren, en dat deze *efficiency*winst opweegt tegen negatieve effecten door vermindering van de parallelhandel.

Het *efficiency*verweer is vooralsnog niet erkend in de communautaire rechtspraak betreffende artikel 82 EG-Verdrag. Met de recente Mededeling van de Commissie inzake de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag verduidelijkt de Commissie de rol van *efficiencies* bij de beoordeling van objectieve rechtvaardigingsgronden.<sup>30</sup> Zoals opgemerkt, heeft het Gerecht in de Spaanse GSK-zaak,<sup>31</sup> betreffende de toepassing van artikel 81 EG-Verdrag op de dubbele prijsstelling van GSK, de Commissiebeschikking deels nietig verklaard door gebrek aan onderzoek van de Commissie naar de aangevoerde *efficiency*voordelen. Het Gerecht oordeelde dat op de farmaceutische markt

‘de gevolgen van de parallelhandel voor de mededinging onduidelijk zijn, omdat de *efficiency*winst die hij kan opleveren voor de intrabrand-concurrentie, waarvan de rol in het geldende rechtskader beperkt is, moet worden vergeleken met het *efficiency*verlies dat hij kan veroorzaken voor de concurrentie tussen merken, die een centrale rol speelt. [...] Onder deze omstandigheden mocht de Commissie er niet van afzien om vervolgens te onderzoeken of [de] algemene verkoopvoorwaarden het innovatievermogen van GSK kon herstellen en uit dien hoofde *efficiency*winst voor de concurrentie tussen merken kon opleveren’.<sup>32</sup>

In het licht van de bijzondere kenmerken van de farmaceutische markt lijkt een onderzoek naar de *efficiency*voordelen in het kader van het onderhavige geding op zijn plaats. Naast *efficiency*voordelen beschrijft de Commissie

26. HvJ EG 15 maart 2007, *British Airways/Commissie*, zaak C-95/04, *Jur.* 2007, p. I-2331.

27. Zie de conclusie van A-G D. Juiz-Jarabo Colomer van 1 april 2008 in gevoegde zaken C-468/06 t/m C-478/06. *Slot. Lelos kai Sia EE e.a. t. GlaxoSmithKline*, n.n.g.

28. Zie o.a. HvJ EG, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./ Commissie* [2000], overweging 130 en Richtsnoeren artikel 81 lid 3 EG-Verdrag, par. 46.

29. ‘Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying article 82 EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings’, bekendgemaakt op 3 december 2008 (n.n.g.), zie par. 29 en 88.

30. ‘Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying article 82 EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings’, bekendgemaakt op 3 december 2008 (n.n.g.), zie par. 29 en 88.

31. Beschikking 2001/791/EG van de Commissie van 8 mei 2001, zaak IV/36.957/F3 – *Glaxo Wellcome Pb EG* 2001, L 302 p. 1 en GvEA EG 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, zaak T-168/01, *Jur.* p. II-2969.

32. GvEA EG 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, zaak T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969, randnr. 296 en 297.



in haar Mededeling drie aanvullende voorwaarden waaraan moet worden voldaan om een misbruikelijke gedraging te rechtvaardigen. De *efficiency*voordelen moeten om te beginnen concreet zijn en het gevolg van de gedraging. Ten tweede moet de gedraging onmisbaar zijn om de *efficiency*voordelen te realiseren. Ten derde moeten *efficiency*voordelen primeren over de negatieve gevolgen van de gedraging voor de concurrentie en het consumentenwelzijn op de betreffende markt. Tot slot moet de gedraging niet tot gevolg hebben dat de effectieve mededinging wordt uitgeschakeld. Op het punt van leveringsweigeringen overweegt de Commissie het volgende:

‘The Commission will consider claims by the dominant undertaking that a refusal to supply is necessary to allow the dominant undertaking to realise an adequate return on the investments required to develop its input business, thus generating incentives to continue to invest in the future, taking the risk of failed projects into account. The Commission will also consider claims by the dominant undertaking that its own innovation will be negatively affected by the obligation to supply, or by the structural changes in the market conditions that imposing such an obligation will bring about, including the development of follow-on innovation by competitors.’<sup>33</sup>

GSK heeft in de procedure als verweer aangevoerd dat de parallelhandel niet ten goede komt aan de eindgebruiker, aangezien het grootste deel van het prijsverschil dat deze handel winstgevend maakt terecht komt bij de tussenpersoon. De parallelhandel oefent daarmee geen druk uit op de geneesmiddelenprijzen in relatief dure landen als Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Voorts betoogt GSK dat zij de winsten die wegvloeien als gevolg van de parallelhandel niet kan aanwenden voor onderzoek en ontwikkeling. Tot slot kan GSK belang hebben om de introductie van nieuwe medicijnen in landen met een lage medicijnprijs uit te stellen als gevolg van de dreigende parallelexport.

Het Hof beperkt zich tot een onderzoek naar het prijsdrukkende effect van parallelexport en de voordelen daarvan voor de consument. Opvallend genoeg neemt het Hof de negatieve gevolgen van parallelhandel voor investeringen in onderzoek en ontwikkeling niet mee in haar overweging. Dit is met name opvallend, omdat het Hof in het Spaanse GSK-arrest nog een bijzonder belang hechtte aan de gevolgen van parallelhandel op onderzoek en ontwikkeling, met name in ‘een juridische en economische context als die van de geneesmiddelensector, waar de mededinging wordt vervalst door het bestaan van nationale regelingen’.<sup>34</sup>

GSK heeft zich beperkt tot een beschrijving van negatieve gevolgen van de parallelhandel, zonder in te gaan op de

positieve effecten. De Commissie verlangt echter dat partijen aannemelijk maken dat *efficiency*voordelen groter zijn dan de negatieve gevolgen van de gedraging voor de concurrentie en het consumentenwelzijn. Door zich te beperken tot een opsomming van negatieve gevolgen van de parallelhandel heeft GSK niet voldoende bewezen dat haar gedrag in het licht van de *efficiency*voordelen objectief gerechtvaardigd is.

### Concrete toepassing Syfait II-arrest

De concrete toepassing van het Syfait II-arrest zal doorwerken in twee verschillende procedures in Griekenland. Enerzijds in de administratieve procedure tot nietigverklaring van de GMa-beslissing, waarin de GMa oordeelde dat de leveringsweigering van GSK alleen een inbreuk vormde op de Griekse mededingingswet, maar niet op artikel 82 EG-Verdrag. Anderzijds zal het arrest doorwerken in de civiele procedure, waarin het hof van beroep zal oordelen of GSK verplicht is volledig aan de bestellingen van de groothandelaren te voldoen.

In de administratieve procedure heeft de GMa, nadat zij niet-ontvankelijk was verklaard door het Hof, geoordeeld dat GSK uitsluitend een machtspositie heeft op de markt voor Lamictal en dat GSK hiervan misbruik heeft gemaakt tussen november 2000 en februari 2001 door te stoppen met de uitvoering van de geplaatste bestellingen met betrekking tot Lamictal (volledige leveringsweigering). Het betrof volgens de GMa een overtreding van artikel 2 van de Griekse mededingingswet (equivalent van artikel 82 EG-Verdrag). De GMa was echter van mening dat er geen inbreuk was op artikel 82 EG-Verdrag. Voorts oordeelde de GMa dat de leveringsbeperking van GSK in de periode februari 2001 tot en met augustus 2001 geen misbruik van machtspositie opleverde.

De GMa heeft deze beslissing genomen met de conclusie van A-G Jacobs in haar achterhoofd. In deze context is de GMa kennelijk tot de conclusie gekomen dat er geen beïnvloeding van de tussenstaatse handel was en dat uitsluitend de volledige leveringsweigering op de nationale markt misbruik van economische machtspositie vormde. De beperking van de parallelexport vormde derhalve in haar ogen geen misbruik, maar moest naar alle waarschijnlijkheid worden aangemerkt als een redelijke en evenredige maatregel ter bescherming van de commerciële belangen van GSK (conform A-G Jacobs).

Inmiddels is echter gebleken dat het Hof voor een striktere benadering heeft gekozen. Het Hof heeft immers aangegeven dat een weigering van normale bestellingen van groothandelaren door een farmaceutische onderneming met een machtspositie, ter voorkoming van parallelexport, als misbruik kwalificeert. Het Hof laat hier dus de mogelijkheid open voor het hof van beroep om (in de administratieve procedure) te oordelen dat de beperkte mate van uitvoering van de bestellingen van de groothandelaren in de periode februari 2001 t/m augustus 2001 mogelijk ook misbruik vormde. In augustus 2001 stelde de GMa een voorlopige maatregel vast, waarbij zij de GMa gelastte om de bij haar geplaatste bestellingen volledig uit te voeren, wat GSK ook heeft gedaan voor zover de bevoorrading door haar moedermaatschappij dat

33. ‘Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying article 82 EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings’, bekendgemaakt op 3 december 2008 (n.n.g.), par. 88.

34. GvEA EG 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Service /Commissie*, zaak T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969, randnr. 276.



toeliet.<sup>35</sup> Zoals aangegeven, hebben verzoeksters het hof van beroep verzocht om nietigverklaring van de beslissing van de GMa. Indien het hof van beroep de bovengenoemde lijn volgt, zal – al dan niet op basis van een nieuw besluit van de GMa – beoordeeld moeten worden of de leveringsbeperkingen van GSK kunnen worden aangemerkt als een ‘weigering om normale bestellingen uit te voeren’. Afhankelijk van de uitkomst van deze beoordeling zal de inbreuk die is vastgesteld door de GMa worden uitgebreid tot de leveringsbeperking van GSK in de periode februari 2001 t/m augustus 2001 en eventueel de periode daarna. In het kader van de civiele procedure zal het hof van beroep, indien het de GMa volgt en oordeelt dat GSK een machtspositie heeft (met betrekking tot Lamictal), eveneens ingaan op de leveringen van GSK en de kwalificering ‘normale bestellingen’. Voorts zal het hof van beroep de eis tot schadevergoeding – en mogelijke winstderving – van de groothandelaren beoordelen. Voor de invulling van het begrip ‘normale bestellingen’ geeft het Hof twee handvatten: (i) de omvang van de bestellingen uit het oogpunt van de behoeften van de markt van de betrokken lidstaat, en (ii) de vroegere commerciële relaties tussen de farmaceutische onderneming en de betrokken groothandelaren. De invulling van deze criteria zal per geval moeten worden bekeken en is derhalve zeer casuïstisch.

Tot slot wijst het Hof op de individuele verplichting van zowel GSK als groothandelaren om, op basis van de nationale implementatie van Richtlijn 2001/83/EG, de markt afdoende te bevoorraden met geneesmiddelen. Het Hof oordeelt dat het niet aan GSK is om op te treden indien als gevolg van parallelhandel groothandelaren niet meer aan hun wettelijke bevoorradingsplicht kunnen voldoen. Het is aan de bevoegde nationale autoriteiten om, al dan niet naar aanleiding van een klacht, na te gaan of groothandelaren aan hun verplichtingen voldoen en om op te treden indien dit niet het geval is.

## Conclusie

Hoewel de reikwijdte van het begrip ‘normale bestellingen’ door de praktijk en de rechtspraak moet worden ingevuld,<sup>36</sup> biedt het Syfait II-arrest vooralsnog steun aan farmaceutische ondernemingen (en GSK meer in het bijzonder), die niet verplicht kunnen worden ten koste van hun eigen commerciële belangen bestellingen volledig uit te voeren. Farmaceutische ondernemingen hebben daarmee de mogelijkheid om parallelexport in te perken, zij het niet volledig, aangezien zij wel aan ‘normale bestellingen’ moeten voldoen. Dit laatste is voor de farmaceutische industrie een verlies ten opzichte van de conclusie van A-G Jacobs, die immers concludeerde dat de leve-

ringsweigering geen misbruik opleverde, maar een winst ten opzichte van de conclusie van A-G Colomer, die concludeerde dat dit wel misbruik opleverde.

Het Syfait II-arrest biedt zonder meer een welkome uitbreiding en verduidelijking van de communautaire rechtspraak op het gebied van leveringsweigering door dominante ondernemingen op (sterk) gereguleerde markten. ■

35. Deze bevoorrading dekte ruim de consumptiebehoeften op de binnenlandse markt, maar niet de veel grotere bestellingen van de groothandelaren. Zie de conclusie van A-G F.G. Jacobs van 28 oktober 2004 in zaak C-53/03, *Syfait*, *Jur.* 2004, p. I-4609, randnr. 8.

36. Zie in dit kader mr. J. Langer, ‘Quotasystemen ter voorkoming van parallelhandel: misbruik of verdediging van eigen commerciële belangen?’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 241.