CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 1 april 2008 [1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 7145

II — Rechtskader ..... I - 7146

A — Gemeenschapsrecht ..... I - 7146

B — Nationale regeling ..... I - 7148

III — De feiten van de hoofdgedingen en de prejudiciële vragen ..... I - 7148

IV — Procesverloop voor het Hof ..... I - 7151

V — Beoordeling van de prejudiciële vragen ..... I - 7152

A — Voorvragen ..... I - 7152

1. Bezwaren tegen de formulering van de vragen ..... I - 7152

a) De machtspositie ..... I - 7152

b) „Volledige" uitvoering van de bestellingen ..... I - 7153

2. Vraagstelling ..... I - 7153

B — Misbruik van machtspositie per se in artikel 82 EG (eerste prejudiciële vraag) ..... I - 7154

1. De leveringsweigering als misbruik ..... I - 7154

a) Communautaire rechtspraak ..... I - 7154

b) Opzet als verzwarende factor ..... I - 7156

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2. De vaststelling van misbruik per se in het kader van artikel 82 EG: een methodologisch probleem ..... I - 7158

a) Rechtspraak van het Hof ..... I - 7158

b) Artikel 82 EG leent zich niet voor misbruik per se ..... I - 7159

i) Juridische redenen ..... I - 7159

ii) Economische redenen ..... I - 7161

3. Voorstel voor een antwoord op de eerste prejudiciële vraag ..... I - 7162

C — Factoren ter rechtvaardiging van een gedraging die normaliter misbruik oplevert (tweede prejudiciële vraag) ..... I - 7162

1. De omstandigheden van een imperfecte markt ..... I - 7163

a) Hoofdkenmerken van de markt ..... I - 7163

b) Onderzoek van deze rechtvaardigingsgronden ..... I - 7164

i) De prijsstelling door de lidstaten ..... I - 7165

ii) De bevoorradingsverplichting ..... I - 7166

2. De bescherming van rechtmatige commerciële belangen ..... I - 7167

a) Onderzoek van de rechtspraak ..... I - 7167

b) Aangevoerde argumenten ..... I - 7168

3. Positief economisch resultaat ..... I - 7171

4. Voorgestelde oplossing voor de tweede prejudiciële vraag ..... I - 7172

VI — Conclusie ..... I - 7173

I — Inleiding

1. Bij het Hof zijn opnieuw — men zou bijna van een boemerangeffect spreken — de prejudiciële vragen binnengekomen die het alweer enkele jaren geleden niet-ontvankelijk verklaarde.[2] Een Griekse rechterlijke instantie, het Trimeles Efeteio Athinon (hof van beroep te Athene), wenst een antwoord

2 — Arrest van 31 mei 2005, Syfait e.a. (C-53/03, Jurispr. blz. I-4609).

op bepaalde kernvragen van communautair mededingingsrecht met betrekking tot het in artikel 82 EG verboden misbruik van machtspositie en de parallelimport van geneesmiddelen vanuit de Helleense Republiek naar andere lidstaten, waar de vergoeding van de kosten van geneesmiddelen op recept aanzienlijk hoger ligt dan in Griekenland.

2. De oorzaak van de afwijzing van het prejudiciële verzoek weerhield de met de zaak belaste advocaat-generaal er niet van een conclusie te nemen. [3] Partijen in de procedures voor de nationale rechter verwijzen uitgebreid naar deze conclusie en hebben haar bijkans tot middelpunt van de discussie gemaakt.

3. Dit maakt dat ik mij enigszins onbehaaglijk voel. Ik voel mij namelijk als een Avellaneda die het tweede deel van andermans roman schrijft, wat me net als deze auteur een berisping zou kunnen opleveren, ook al is de situatie niet vergelijkbaar: het is mijn taak deze conclusie te schrijven en ik voldoe te goeder trouw aan mijn professionele verplichtingen, zonder een greintje van het ressentiment dat blijkbaar Avellaneda tot plagiaat aanzette. [4]

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

4. In het EG-Verdrag zijn twee bepalingen met betrekking tot de mededinging opgenomen die fundamenteel zijn voor de werking van de gemeenschappelijke markt. Artikel 81 EG verbiedt mededingingsregelingen tussen concurrerende ondernemingen, en de eerste alinea van artikel 82 EG verbiedt het misbruik van machtspositie door een of meer ondernemingen op die gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan. De tweede alinea van dit artikel geeft een niet uitputtende opsomming van een aantal typische voorbeelden van dit onrechtmatige gedrag.

3 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Syfait, reeds aangehaald, van 28 oktober 2004, waarin hij de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen bepleit.

4 — Onder het pseudoniem Alonso Fernández de Avellaneda, waarschijnlijk een onbekende geestelijke genaamd Alonso Fernández Zapata, publiceerde deze in 1614 het „Tweede deel van de vernuftige edelman Don Quichot van La Mancha", waarmee hij zich de begrijpelijke woede van Cervantes op de hals haalde, die in het ware vervolg op zijn vertelling aanvallen op de brutale imitatie verwerkte. De literaire kwaliteit ervan komt niet in de buurt van die van het werk dat hij beoogde na te bootsen, reden voor Fernando García Salinero, „Introducción crítica sobre la obra y su autor", in Alonso Fernández de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha,* Uitg. Castalia, Madrid, 2005, blz. 24, om het te kwalificeren als „een boek met fabels zonder de vernuftigheden van de schelmenroman, waarvan de totstandkoming wellicht te wijten is aan persoonlijke wrok".

5. In de feitelijke context van de hoofdgedingen zijn voorts enkele bepalingen van afgeleid recht van belang: zo voorziet richtlijn 89/105/EEG [5] in harmonisatiemaatregelen voor de prijsstelling van geneesmiddelen. Artikel 2, leden 1 en 2, van deze richtlijn bepaalt:

„Indien het in de handel brengen van een geneesmiddel alleen is toegestaan nadat de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat de prijs van het product hebben goedgekeurd, zijn de volgende bepalingen van toepassing:

1. De lidstaten dragen er zorg voor dat een besluit over de prijs die voor het betrokken geneesmiddel mag worden gevraagd, wordt genomen en aan de aanvrager wordt meegedeeld binnen 90 dagen na ontvangst van een aanvraag die, overeenkomstig de in de betrokken lidstaat gestelde eisen, door de houder van een vergunning is ingediend. De aanvrager verschaft de bevoegde autoriteiten de nodige inlichtingen. […] [D]e bevoegde autoriteiten […] nemen […] hun definitieve beslissing binnen 90 dagen […]. Bij ontstentenis van een dergelijk besluit binnen voornoemde termijn(en) mag de aanvrager het product tegen de voorgestelde prijs in de handel brengen.

2. Indien de bevoegde autoriteiten besluiten het in de handel brengen van het betrokken geneesmiddel tegen de door de aanvrager voorgestelde prijs niet toe te staan, dient het besluit een motivering te bevatten die is gebaseerd op objectieve, verifieerbare criteria. […]”

6. Alhoewel zij chronologisch gezien niet op de feiten van het hoofdgeding van toepassing is, verwijs ik met het oog op de mogelijke toekomstige gevolgen van het door het Hof te wijzen arrest naar de tweede alinea van artikel 81 van richtlijn 2001/83/EG [6], waarbij richtlijn 92/25/EEG [7] is ingetrokken, die luidt:

„Houders van een vergunning voor het in de handel brengen van een geneesmiddel en distributeurs van dat geneesmiddel, nadat het eenmaal in een lidstaat in de handel is gebracht, zorgen ervoor, voor zover hun verantwoordelijkheden dat toelaten, dat dat geneesmiddel voor apotheken en personen die gemachtigd zijn geneesmiddelen te distribueren in voldoende mate continu voorradig is om in de behoeften van de patiënten in die lidstaat te voorzien.”

7. De derde alinea van datzelfde artikel 81 benadrukt dat de regelingen voor de

5 — Richtlijn van de Raad van 21 december 1988 betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van de prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opneming daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg (PB 1989, L 40, blz. 8).

6 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB L 311, blz. 67), zoals gewijzigd bij richtlijn 2004/27/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 (PB L 136, blz. 34).

7 — Richtlijn van de Raad van 31 maart 1992 betreffende de groothandel in geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB L 113, blz. 1).

uitvoering van dit artikel gerechtvaardigd moeten zijn vanuit het oogpunt van de bescherming van de volksgezondheid en evenredig moeten zijn met het doel van een dergelijke bescherming, „overeenkomstig de voorschriften van het Verdrag, met name die inzake het vrije verkeer van goederen en inzake mededinging".

B — *Nationale regeling*

8. Artikel 2 van wet nr. 703/1977 betreffende de controle op monopolies en oligopolies en de bescherming van de vrije mededinging (hierna: „Griekse mededingingswet") komt in wezen overeen met artikel 82 EG.

9. Volgens artikel 29, lid 2, van wet nr. 1316/1983 tot wijziging van artikel 8 van wetsbesluit nr. 96/1973 moeten houders van een vergunning voor het in de handel brengen van geneesmiddelen de markt regelmatig bevoorraden met het product dat zij vervaardigen of importeren.

10. Ten slotte stelt de Griekse wetgeving de uitoefening van de groothandel in deze producten afhankelijk van een vergunning en van de verplichting om een bepaald geografisch gebied afdoende te bevoorraden.

III — De feiten van de hoofdgedingen en de prejudiciële vragen

11. GlaxoSmithKline plc, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde farmaceutische research- en productieonderneming, laat de distributie en opslag van haar producten in Griekenland verzorgen door haar dochteronderneming GSK AEVE (hierna tezamen: „GSK"), die deze producten met toestemming van de moedermaatschappij op het Griekse grondgebied verhandelt. Zij distribueert onder meer geneesmiddelen van de merken Imigran, tegen migraine, Lamictal, tegen epilepsie, en Serevent, tegen astma, alle alleen verkrijgbaar op medisch voorschrift en waarvan GSK octrooihoudster is.

12. Verzoeksters in de hoofdgedingen kochten sinds een aantal jaren als intermediair-groothandelaren deze farmaceutische merkartikelen in de verschillende verpakkingsformaten, om daarmee vervolgens zowel de Griekse markt te bevoorraden, als die van andere landen, met name Duitsland en het Verenigd Koninkrijk.

13. Met een beroep op een tekort van de drie genoemde geneesmiddelen, waarvoor zij iedere verantwoordelijkheid afwees, wijzigde GSK eind oktober 2000 haar distributiesysteem in Griekenland. Vanaf 6 november van dat jaar stopte zij met de uitvoering van de bestellingen van verzoeksters en leverde zij de geneesmiddelen aan ziekenhuizen en apotheken via de vennootschap Farmacenter AE.

14. Toen zij in februari 2001 de normale levering hervatte, ging GSK weer — zij het in beperkte hoeveelheden — Imigran, Lamictal en Serevent leveren aan de groothandelaren en verbrak zij haar samenwerking met Farmacenter AE. Deze handelwijze van GSK wekte de woede van verzoeksters en was aanleiding tot twee procedures: een administratieve en een civiele.

15. GSK maakte een administratieve procedure aanhangig en verzocht de Epitropi Antagonismou (Griekse mededingingsautoriteit) om een negatieve verklaring met betrekking tot de wijziging van haar distributiebeleid voor geneesmiddelen. Verzoeksters in de hoofdgedingen, bepaalde Griekse apothekersverenigingen en andere groothandelaren verzochten op grond van dezelfde feiten om de instelling van een onderzoek, teneinde de veroordeling van GSK wegens misbruik van machtspositie in de zin van artikel 2 van de Griekse mededingingswet en artikel 82 EG te bewerkstelligen.

16. Bij voorlopige maatregel verplichtte de Epitropi Antagonismou GSK om de bestellingen van de drie omstreden producten te honoreren totdat een definitieve beslissing zou zijn genomen. Omdat zij echter twijfels had over de uitlegging van het nationale recht in het licht van het gemeenschapsrecht, schorste de regulerende autoriteit de procedures en legde het Hof enkele prejudiciële vragen voor over de uitlegging van artikel 82 EG, die bij de griffie van dit Hof werden ingeschreven onder nummer C-53/03.

17. Het Hof ging in zijn arrest niet in op de grond van de zaak, omdat het zich niet bevoegd achtte om antwoord te geven op de vragen van een orgaan dat geen rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG.[8] De Epitropi Antagonismou deed niettemin op 1 september 2006 uitspraak over de klachten van verzoeksters en stelde vast: dat GSK slechts met betrekking tot Lamictal een machtspositie bekleedde, daar epilepsiepatiënten moeilijk aan andere vergelijkbare geneesmiddelen kunnen wennen; dat de groep GSK artikel 2 van de Griekse mededingingswet alleen tussen november 2000 en februari 2001 had overtreden, maar niet na die tijd, en dat GSK artikel 82 EG niet had geschonden.

18. Verzoeksters hebben de beslissing van de Epitropi Antagonismou aangevochten bij het Dioikitiko Efeteio Athinon (administratief hof van beroep te Athene), waar de zaak nog hangende is.

19. De civiele procedure ving aan met de door verzoeksters in de onderhavige zaken

8 — Het Hof heeft zich daarmee gedistantieerd van het arrest van 21 maart 2000, Gabalfrisa e.a. (C-110/98–C-147/98, Jurispr. blz. I-1577), waarvan ik steeds heb gesteld dat het onjuist is, en is meer in de richting gegaan van de opvatting die ik heb verdedigd sinds mijn conclusie in de zaak De Coster, waarin arrest is gewezen op 29 november 2001, De Coster (C-17/00, Jurispr. blz. I-9445); zie over de stand van deze discussie mijn conclusie van 22 november 2007 in de zaak Ing. Aigner (C-393/06, aanhangig bij het Hof).

op 30 april [9] en 30 oktober 2001 [10], alsmede 5 maart [11] en 11 november 2002 [12] bij het Polymeles Protodikeio Athinon (rechtbank van eerste aanleg te Athene) ingestelde vorderingen.

20. Zij stelden daarin dat de onderbreking van de leveringen door GSK en de verkoop via Farmacenter oneerlijke mededinging en misbruik van de machtspositie van GSK op de markt van de drie betrokken geneesmiddelen opleverde. Zij vorderden hervatting van de levering van de gemiddelde maandelijkse hoeveelheden die GSK hun had geleverd tussen 1 januari en 31 oktober 2000, vermeerderd met 20 %, alsmede vergoeding van de geleden schade en de gederfde winst.

21. Met uitzondering van de vordering betreffende de winstderving, die het niet-ontvankelijk achtte, heeft het Polymeles Protodikeio Athinon die vorderingen in beslissingen tussen januari en oktober 2003 ongegrond verklaard daar het de leveringsweigering gerechtvaardigd achtte, waarmee de grondslag van het verwijt van misbruik van de machtspositie van GSK kwam te vervallen.

22. Verzoeksters in de nationale procedures zijn van deze rechterlijke uitspraken in beroep gegaan bij het Trimeles Efeteio Athinon (hof van beroep te Athene, bestaande uit drie rechters), dat, nadat het tevergeefs op een antwoord van het Hof op de door de Epitropi Antagonismou in de reeds aangehaalde zaak C-53/03 geformuleerde vragen had gewacht, de behandeling van het hoger beroep heeft geschorst en het Hof dezelfde vragen heeft voorgelegd, namelijk [13]:

„1) Levert de weigering van een onderneming met een machtspositie om de door groothandelaren in farmaceutische producten bij haar geplaatste bestellingen volledig uit te voeren, met de bedoeling hun exportactiviteit en daarmee ook de schade die de parallelhandel haar toebrengt, te beperken, per definitie misbruik in de zin van artikel 82 EG op? Is voor het antwoord op bovenstaande vraag van belang dat parallelhandel bijzonder winstgevend is voor de groothandelaren wegens de uiteenlopende, met overheidsinmenging vastgestelde prijzen in de lidstaten van de Europese Unie, met andere woorden dat op de geneesmiddelenmarkt geen zuivere mededinging bestaat, maar een situatie die in ruime mate door overheidsinmenging wordt beheerst? Is het tot slot de taak van een nationale rechter, de communautaire mededingingsregels op dezelfde wijze toe te passen op markten waarop de mededinging speelt als op markten waarop de mededinging door overheidsinmenging wordt verstoord?

9 — Zaken C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 en C-478/06.

10 — Zaak C-473/06.

11 — Zaak C-477/06.

12 — Zaken C-469/06 en C-471/06.

13 — De weergegeven vragen zijn die van de zaken C-474/06–C-478/06, omdat in die van de andere (C-468/06–C-473/06) abusievelijk „een nationale mededingingsautoriteit" was vermeld in plaats van „een nationale rechterlijke instantie", waarschijnlijk omdat de door de Epitropi Antagonismou aan het Hof voorgelegde vragen letterlijk waren overgenomen, zoals verzoeksters in hun opmerkingen in de zaken C-469/06–C-476/06 stellen.

2) Wanneer het Hof van oordeel is dat beperking van de parallelhandel, om de hiervóór vermelde redenen, niet in alle gevallen misbruik oplevert wanneer zij uitgaat van een onderneming met een machtspositie, hoe zal het eventuele misbruik dan moeten worden beoordeeld?

Meer bepaald:

2) 1) Is het een nuttig criterium, met welk percentage het normale binnenlandse verbruik wordt overschreden en/of welke schade de onderneming met de machtspositie lijdt, vergeleken met haar totale omzet en haar totale winst? Zo ja, hoe moet de hoogte van het betrokken overschrijdingspercentage en de hoogte van de betrokken schade — deze laatste als percentage van de omzet en van de totale winst — waarboven de betrokken gedraging misbruik oplevert, worden bepaald?

2) 2) Is het nuttig de betrokken belangen af te wegen, en zo ja, welke zijn de belangen die moeten worden afgewogen? Meer bepaald:

a) Is voor het antwoord van belang dat de eindgebruikerpatiënt uit de parallelhandel een beperkt economische voordeel haalt?

b) Moet rekening worden gehouden met de belangen die de socialezekerheidsorganen bij goedkopere geneesmiddelen hebben, en zo ja, in hoeverre?

2) 3) Welke andere criteria en welke andere benaderingen zijn in casu relevant?”

IV — Procesverloop voor het Hof

23. Alle verwijzingsbeschikkingen zijn bij de griffie van dit Hof binnengekomen op 21 november 2006. Overeenkomstig artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie heeft de president de zaken wegens verknochtheid gevoegd bij beschikking van 29 januari 2007.

24. Sot. Lelos kai Sia EE (C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton e.a. (C-469/06–C-476/06) en Kokkoris D. Tsanas K. EPE e.a. (C-477/06 en C-478/06), verzoeksters in de hoofdgedingen, alsmede GSK, de Poolse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend binnen de termijn van artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie.

25. Ter terechtzitting van 29 januari 2008 hebben de vertegenwoordigers van Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton e.a., Kokkoris D. Tsanas K. EPE, GSK, de Italiaanse Republiek, die geen schriftelijke opmerkingen had ingediend, de Poolse Republiek en de Commissie hun argumenten mondeling voorgedragen en de door het Hof gestelde vragen beantwoord.

V — Beoordeling van de prejudiciële vragen

A — *Voorvragen*

1. Bezwaren tegen de formulering van de vragen

a) De machtspositie

26. Ik heb reeds verwezen naar de beslissing van de Griekse mededingingsautoriteit van 1 september 2006, dat GSK een machtspositie heeft voor het geneesmiddel Lamictal, maar niet voor Imigran of Serevent. GSK bestrijdt dit evenwel in punt 5 van haar schriftelijke opmerkingen met twee hoofdargumenten: de onmogelijkheid om buiten de concurrenten om te handelen, en de opvatting dat de relevante markt niet de therapeutische markt is, maar die van alle receptplichtige geneesmiddelen in Europa.

27. Er bestaat een uitgebreide rechtspraak over de duidelijke scheiding van taken tussen de nationale rechter en het Hof in de procedures van artikel 234 EG, volgens welke het aan de nationale rechter is om de feiten van de zaak te beoordelen. [14]

28. Aangezien het onderzoek van de situatie van een onderneming in een concrete markt en de bepaling van de relevante markt, tot de vaststelling van de feiten behoort, moet dit punt aan de verwijzende rechter worden overgelaten en is een uitspraak van het Hof hierover uitgesloten.

29. Het Trimeles Efeteio Athinon moet dus nagaan of aan de conditio sine qua non voor de toepassing van artikel 82 EG is voldaan en, indien dit niet het geval is, de bij hem aanhangige beroepen verwerpen.

14 — Arresten van 15 november 1979, Denkavit Futtermittel (36/79, Jurispr. blz. 3439, punt 12); 5 oktober 1999, Lirussi en Bizzaro (C-175/98 en C-177/98, Jurispr. blz. I-6881, punt 37); 22 juni 2000, Fornasar e.a. (C-318/98, Jurispr. blz. I-4785, punt 31), en 21 juni 2007, Omni Metal Service (C-259/05, Jurispr. blz. I-4945, punt 17).

30. Tegen de beslissing van de Epitropi Antagonismou is evenwel hoger beroep ingesteld bij de Griekse bestuursrechter, zodat ik bij de beantwoording van de vragen van de verwijzende rechter zal uitgaan van de veronderstelling dat GSK een machtspositie bekleedt.

b) „Volledige" uitvoering van de bestellingen

31. In haar schriftelijke opmerkingen bekritiseert verzoekster in het hoofdgeding Lelos kai Sia EE de formulering van de eerste prejudiciële vraag vanwege het gebruik van de uitdrukking „bestellingen volledig uitvoeren". Deze uitdrukking zou misleidend zijn, omdat zij het debat van de oorspronkelijke context naar een meer theoretisch niveau verschuift, waarop de grondslag van elke bij GSK geplaatste bestelling apart zou moeten worden beoordeeld, hoe buitensporig en onredelijk deze ook is.

32. Alhoewel minder nadrukkelijk, wijzen ook de overige verzoeksters in de hoofdgedingen op de noodzaak om het geschil te bezien in zijn oorspronkelijke dimensie zoals die uit de Griekse procedures blijkt, aangezien GSK ertoe neigt de bestellingen van de Griekse groothandelaren in het extreme op te schroeven en haar betoog zo op te bouwen alsof het om de uitvoering van elke willekeurige levering zou gaan, onafhankelijk van het excessieve karakter ervan.

33. Ik ben het met de parallelimporteurs eens dat het debat zich moet richten op de feiten die eraan ten grondslag liggen, te weten de levering van de betrokken geneesmiddelen door GSK aan die ondernemingen in de gemiddelde maandelijkse hoeveelheden van het jaar 2000 plus 20 %, zoals blijkt uit de verwijzingsbeschikking, omdat: enerzijds in procedures krachtens artikel 234 EG de verwijzende rechter een uiteenzetting van de feiten geeft waarin dit Hof zich niet mag mengen, en anderzijds afdwaling van dat feitelijk kader het antwoord minder nuttig maakt.

2. Vraagstelling

34. Voor een beter begrip van deze procedure lijkt het zinvol gebruik te maken van de in de rechtspraak erkende bevoegdheid [15] om de vragen van het Trimeles Efeteio Athinon te herformuleren, daar het met de eerste wenst te vernemen of de niet-levering door GSK, met de bedoeling om de parallelhandel te beperken, per se misbruik van machtspositie oplevert, wanneer zij er enkel op is gericht haar concurrenten op de groothandelsmarkt uit te schakelen.

15 — Bijvoorbeeld in de arresten van 23 november 1977, Enka (38/77, Jurispr. blz. 2203); 1 april 1993, Hewlett-Packard-France (C-250/91, Jurispr. blz. I-1819), en 10 mei 2001, Agorà en Excelsior (C-223/99 en C-260/99, Jurispr. blz. I-3605).

35. De vragen die het Trimeles Efeteio Athinon daarop laat volgen, betreffen evenwel een aantal conjuncturele gegevens die tot de sfeer van de mogelijke rechtvaardiging van het misbruik behoren, zodat het logischer zou zijn deze onder te brengen bij de tweede prejudiciële vraag, die de juiste criteria voor de beoordeling van het misbruikkarakter van het gedrag van GSK betreft. Bovendien zijn de schriftelijke opmerkingen in deze prejudiciële procedure grotendeels geïnspireerd op de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Syfait, die ook uitgebreid ingaat op de rechtvaardigingsgronden van het misbruik.

36. Door de vragen aldus te benaderen, kan tevens stelling worden genomen in een actueel vraagstuk in de doctrine, namelijk of er gedragingen zijn die misbruik per se opleveren, en dieper worden ingegaan op de mogelijke rechtvaardiging ervan.

B — *Misbruik van machtspositie per se in artikel 82 EG (eerste prejudiciële vraag)*

37. In de hoofdgedingen wordt GSK verweten dat zij de verkoop van Imigram, Lamictal en Serevent aan de groothandelaren heeft stopgezet met een beroep op een vermeend tekort; voorts wordt haar verweten dat zij weliswaar de leveringen aan die concurrenten heeft hervat, maar het volume ervan heeft aangepast aan de behoeften van de Griekse markt teneinde de wederuitvoer naar andere Europese landen, met name Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, te beletten.

38. Alvorens te onderzoeken of die gedraging misbruik „als zodanig" (per se) oplevert, wil ik kort ingaan op de behandeling van leveringsweigering in de communautaire rechtspraak en op de invloed van de kennelijke intentie om de parallelhandel te blokkeren als verzwarende factor bij de beoordeling van de gedraging. Nadat is vastgesteld of er sprake is van misbruik, kan de analyse zich richten op de kwalificatie ervan als misbruik per se.

1. De leveringsweigering als misbruik

a) Communautaire rechtspraak

39. De feitelijke omstandigheden van de schaarse arresten van het Hof op dit gebied maken hun belang voor de onderhavige zaak twijfelachtig, waarin de groothandelsondernemingen van de drie betrokken geneesmiddelen opkomen tegen de weigering van hun enige leverancier, de onderneming die houdster is van het voortbrengseloctrooi en van oudsher hun concurrente bij de verkoop van die geneesmiddelen. Vanwege hun algemene strekking is het niettemin zinvol in te gaan op enkele van de voornaamste arresten met betrekking tot artikel 82 EG.

40. In de zaak Commercial Solvents/Commissie [16] stopte voornoemde onderneming de leveranties van aminobutanol aan de Italiaanse vennootschap Zoja, die het van die grondstof afgeleide product ethambutol produceerde. Beide ondernemingen waren concurrenten van elkaar op de markt. Het arrest verklaarde de stopzetting van de leveranties in strijd met artikel 82 EG, omdat de machtspositie die Commercial Solvents met betrekking tot de fabricage van die stof bezat, die haar in staat stelde de bevoorrading van de producenten van afgeleide producten te controleren, haar niet het recht gaf de mededinging met haar vroegere afnemers uit te schakelen enkel omdat zij zelf die afgeleide producten was gaan vervaardigen. [17]

41. Er zijn duidelijk parallellen tussen het arrest Commercial Solvents/Commissie en het voorliggende geval, nu ook GSK aanvankelijk de bevoorrading van de Griekse groothandelaren van haar geneesmiddelen stopzette met de bedoeling om haar afzet van de drie betrokken geneesmiddelen via haar eigen exclusieve distributeur in het land te reorganiseren. Na ongeveer drie maanden hervatte zij de levering, maar beperkte zij de hoeveelheden tot de vraag van de nationale markt van de Helleense Republiek.

42. In het arrest United Brands/Commissie, waarin het ging om „Chiquita"-bananen [18], oordeelde het Hof dat United Brands door de stopzetting van de verkoop van bananen aan de Deense rijper/distributeur Olesen vanwege het feit dat deze had deelgenomen aan een reclamecampagne van concurrent Dole, inbreuk had gemaakt op het mededingingsrecht.

43. Het Hof besliste dat een onderneming met een machtspositie bij de verhandeling van een bepaald product haar leveranties aan een vaste klant „die de normale handelsgebruiken respecteert, [niet mag staken] wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins van ongewone omvang zijn". [19]

44. Ik wijs op de overeenkomsten van de zaak United Brands met de onderhavige wat betreft de machtspositie van de onderneming en de eerbiediging van de handelsgebruiken — of de nakoming van contracten — door de concurrerende groothandelaren. Het door verzoeksters in de hoofdgedingen bij het Trimeles Efeteio Athinon gevraagde leveringsniveau werpt in casu evenwel andere problemen op, afhankelijk van de kwalificatie ervan als gewoon of buitensporig. In het arrest United Brands/Commissie was dit laatste punt niet in geschil, en achtte het Hof de bestellingen van Olesen normaal. Het kader voor de beoordeling hiervan wordt echter gevormd door de eventuele rechtvaardigingen van de weigering om de bestellingen van de parallelhandelaars volledig uit te voeren, zodat een nader onderzoek van dit aspect niet nodig is.

16 — Arrest van 6 maart 1974 (6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223).

17 — Arrest Commercial Solvents/Commissie, reeds aangehaald, punten 25 en 26.

18 — Arrest van 14 februari 1978 (27/76, Jurispr. blz. 207).

19 — Arrest United Brands/Commissie, reeds aangehaald, punt 182.

45. In andere zaken heeft het Hof weliswaar uitspraak gedaan over een dergelijke weigering, maar in een feitelijke context die te veel van deze zaak afwijkt, of binnen een heel ander rechtskader. Wat de eerste categorie betreft, vermeld ik het arrest CBEM [20], waarin het verbod voor ondernemingen met een machtspositie om de markt van een nevenactiviteit, verricht door een derde onderneming op een verwante maar onderscheiden markt, aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming voor te behouden, is uitgebreid tot de dienstensector; tot de tweede categorie behoren de uitspraken waarin de toegang tot een „essential facility" ter discussie stond, zoals het arrest Bronner [21], of die met betrekking tot de weigering om een licentie van een intellectueel of industrieel eigendomsrecht te verlenen, zoals de arresten Magill [22] en IMS Health [23], die geen van alle de feiten van de onderhavige prejudiciële zaak enigszins benaderen.

46. Kortom, uit de arresten Commercial Solvents/Commissie en United Brands/Commissie blijkt dat de dominante onderneming die weigert te leveren, met name wanneer geen andere alternatieve goederen voorhanden zijn, zoals bij Lamictal het geval is, en de markt voor paralleluitvoer aan zichzelf voorbehoudt, zich schuldig maakt aan misbruik in de zin van artikel 82 EG. Onderzocht moet nog worden of de intentie om die parallelhandel uit te schakelen, misbruik per se oplevert in de zin van het communautair mededingingsrecht.

20 — Arrest van 3 oktober 1985 (311/84, Jurispr. blz. 3261), bekend als het arrest „Telemarketing".

21 — Arrest van 26 november 1998 (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791).

22 — Arrest van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743); arrest „Magill" genoemd.

23 — Arrest van 29 april 2004 (C-418/01, Jurispr. blz. I-5039).

b) Opzet als verzwarende factor

47. Om te beginnen is in de communautaire rechtspraak uitgemaakt dat het begrip „misbruik" in artikel 82 EG een objectief begrip is waaronder gedragingen van een onderneming met een machtspositie vallen. [24] Als zodanig staat het los van de bedoelingen die een dominante onderneming tot haar gedraging hebben gebracht. [25] Voor de toepassing van artikel 82 EG is evenmin vereist dat aan het misbruik schuld ten grondslag ligt. [26]

48. Er moet evenwel rekening worden gehouden met twee belangrijke aspecten die de voorgaande vaststellingen nuanceren.

49. Enerzijds valt niet geheel uit te sluiten dat de subjectieve elementen van de inbreuk vaak een aanwijzing opleveren dat een mededingingsverstorend doel wordt nagestreefd, of dat deze zelfs het misbruik zelf vormen. [27]

24 — Arresten van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 91); 9 november 1983, Michelin/Commissie (322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 70), en 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 69).

25 — Nagenoeg unanieme opvatting in de rechtsleer; Schröter, H., „Artikel 82", in Schröter, H./Jacob, T./Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,* Nomos, Baden-Baden, 2003, blz. 905.

26 — Arrest van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie (6/72, Jurispr. blz. 215, punten 25-27; hierna: „arrest Continental Can").

27 — Gleiss, A./Hirsch, M., *Kommentar zum EWG-Kartellrecht,* Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 3e ed., Heidelberg, 1978, blz. 347.

50. Anderzijds heeft het Hof het door het Gerecht ontwikkelde standpunt bevestigd, dat gezien het verschil tussen artikel 81, lid 1, EG en artikel 82 EG, dat geen enkele verwijzing naar de mededingingsverstorende gevolgen van de betrokken praktijk bevat, voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 82 EG het bewijs volstaat dat de onrechtmatige gedraging van de onderneming met een machtspositie erop gericht is de mededinging te beperken of, met andere woorden, dat zij een dergelijk effect heeft of kan hebben. [28]

51. Naarmate de onderneming met een machtspositie dus dichter in de buurt komt van een belemmering van de vrije mededinging op de markt, hoe sterker het vermoeden van misbruik wordt. Dit is de sleutel voor de oplossing van het onderhavige geval. Zelfs GSK heeft niet ontkend dat haar eigenlijke streven was om de paralleluitvoer van de drie betrokken geneesmiddelen door de groothandelsondernemingen vanuit Griekenland naar andere landen van de Gemeenschap te elimineren.

52. Omdat bovendien die beperkingen van het afzetvolume van de andere distributeurs de markt van haar concurrenten in de zin van artikel 82 EG, tweede alinea, sub b, verkleinen, bestaat een sterk vermoeden dat die gedraging, en derhalve de achterliggende bedoeling, de eerste alinea van dat artikel schendt. [29]

53. Het is duidelijk dat het oogmerk van GSK strijdig is met de doelstellingen van het Verdrag, nu het een dermate nadelige invloed heeft op de handelsvrijheid tussen de lidstaten dat de verwezenlijking van een interne markt in de zin van de rechtspraak en artikel 3, lid 1, sub g, EG in gevaar kan komen: het leidt immers onmiskenbaar tot afscherming van de nationale markten en wijziging van de mededingingsstructuur in de gemeenschappelijke markt. [30]

54. De voorgaande overwegingen tonen bijgevolg aan dat GSK zich in een ernstige schending van het Verdrag heeft begeven, die de kwalificatie misbruik per se verdient, omdat niet blijkt van een andere economische grondslag dan de uitschakeling van de parallelhandel van haar concurrenten, de Griekse groothandelaren. [31] Ik heb evenwel twijfels van methodologische aard over de gradatie van de gedragingen van ondernemingen met een machtspositie, en ik acht het daarom nuttig hierop nader in te gaan.

28 — Arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie (C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 30), in samenhang met de arresten van het Gerecht van 30 september 2003, Michelin/Commissie (T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 239), en 17 december 2003, British Airways plc./Commissie (T-219/99, Jurispr. blz. II-5917, punt 293).

29 — Schröter, H., op. cit., blz. 959.

30 — Arresten van 31 mei 1979, Hugin/Commissie (22/78, Jurispr. blz. 1869, punt 17), en 11 december 1980, L'Oréal (31/80, Jurispr. blz. 3775, punt 27).

31 — Deze opvatting vindt een zekere weerklank in de literatuur; Koenig, Ch./Engelmann, Ch., „Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC — Commentary on the Opinión of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*", *E.C.L.R.*, nr. 6/2005, blz. 341.

2. De vaststelling van misbruik per se in het kader van artikel 82 EG: een methodologisch probleem

55. Voordat ik aan de argumenten tegen de aanvaarding van misbruik per se toekom, wil ik eerst de ontwikkeling van het begrip in de communautaire rechtspraak bespreken.

a) Rechtspraak van het Hof

56. Tot dusver heeft het Hof drie praktijken geïdentificeerd die in het geval van ondernemingen met een machtspositie onherroepelijk misbruik van marktmacht opleveren en waarbij tegenbewijs ter rechtvaardiging ervan kennelijk niet is toegelaten.

57. Het Hof heeft aldus geoordeeld met betrekking tot de door de dominante onderneming aan kopers opgelegde exclusieve bevoorradingsverplichtingen, om het even of deze zonder meer dan wel tegen een korting zijn gestipuleerd. [32]

58. Getrouwheidskortingen vormen de tweede van deze vermoedelijk altijd misbruik opleverende praktijken omdat zij anders dan kwantumkortingen, die slechts zijn gerelateerd aan de bij de betrokken producent gekochte hoeveelheden, de afnemers door de verlening van financiële voordelen beletten om bij concurrerende producenten te kopen. [33]

59. De derde praktijk die als misbruik per se is aangemerkt, betreft afbraakprijzen. Volgens het Hof zijn prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten (dus de kosten die variëren naargelang van de geproduceerde hoeveelheden) liggen, omdat daarvoor geen economische grondslag bestaat, het bewijs van de uitsluitende bedoeling om een concurrent uit te schakelen, en leveren ze derhalve misbruik op. [34] Daarentegen leveren prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten (de vaste plus de variabele kosten), doch boven de gemiddelde variabele kosten liggen, pas misbruik op, wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan om een concurrent uit te schakelen. [35]

60. De redenering van die arresten sloot iedere rechtvaardiging van de kant van de

32 — Arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 89.

33 — Arrest van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663), en arrest van 9 november 1983, Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 71.

34 — Arrest AKZO/Commissie, reeds aangehaald, punt 71, en arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 41).

35 — Arrest AKZO/Commissie, aangehaald, punt 72.

dominante onderneming uit.[36] De meer recente rechtspraak, ook op het gebied van getrouwheidskortingen, houdt evenwel niet onverkort vast aan de gedachte van een noodzakelijk misbruik. Zo stond het Hof een onderneming met een machtspositie op de Britse luchtvaartmarkt die reisagenten kortingen toekende gekoppeld aan het behalen van individuele doelstellingen in het commerciële luchtvervoer van passagiers, toe te bewijzen dat haar kortingsysteem, dat tot uitsluiting van de mededinging leidde, economisch gerechtvaardigd was.[37]

61. Het Hof aanvaardt dus een disculpatiemogelijkheid voor dominante ondernemingen, zelfs op gebieden waarop het een misbruik per se leek aan te nemen, en zoekt daarmee in feite aansluiting bij zijn klassieke rechtspraak die het los van de uitspraken over een automatisch misbruik opleverende categorie gedragingen heeft ontwikkeld.[38] Buiten de concrete beslissingen verband houdend met de omstandigheden van de afzonderlijk gevallen, heeft het Hof echter geen algemene overwegingen genoemd die per se-misbruiken zouden uitsluiten van het verdragsartikel betreffende misbruik van machtspositie. Ik zou er daarom hier enkele willen noemen.

36 — Loewenthal, P.-J., „The Defence of „Objective Justification" in the Application of Article 82 EC", *World Competition,* nr. 28(4), 2005, blz. 470.

37 — Arrest British Airways/Commissie, reeds aangehaald, punt 69.

38 — Arrest Tetra Pak, reeds aangehaald, punt 37; arresten van 15 december 1994, DLG (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punt 52), en 13 november 1975, General Motors/Commissie (26/75, Jurispr. blz. 1367, punten 20 en 22).

b) Artikel 82 EG leent zich niet voor misbruik per se

62. Artikel 82 EG sluit niet aan bij de eisen die aan misbruik per se worden gesteld, zowel juridisch als economisch niet.

i) Juridische redenen

63. Hieronder valt de opzet van artikel 82 EG te noemen, in het bijzonder in vergelijking met die van het daaraan voorafgaande artikel van het Verdrag.

64. Artikel 81 EG bestaat uit drie leden die respectievelijk het beginsel van het verbod van kartelvorming regelen, de nietigheid als voornaamste gevolg bij niet-nakoming van het verbod van lid 1, en de mogelijkheid van vrijstelling wanneer deze niet al is verkregen door een krachtens artikel 83, lid 2, sub b, EG juncto lid 1 van dat artikel vastgestelde groepsvrijstellingsverordening.

65. De in artikel 81, lid 1, sub a tot en met e, EG genoemde voorbeelden van

concurrentieverstorende afspraken worden traditioneel gelijkgesteld met inbreuken per se op die bepaling en vallen dus niet onder de groepsvrijstellingen van lid 3. [39] Alhoewel het zeer moeilijk is, gloort er een sprankje hoop dankzij de bijzondere vrijstelling, waardoor ze hun gelding behouden indien de betrokkenen aantonen dat hun overeenkomsten aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG voldoen. In dit verband heeft het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten recentelijk zijn leer met betrekking tot verticale prijsbinding (resale price maintenance) onder het postulaat van de „rule of reason" [40] gebracht en daarmee afstand genomen van de strengheid van zijn diepgewortelde rechtspraak die deze praktijk sinds het precedent uit 1911 [41] als onrechtmatig per se aanmerkte wegens strijd met artikel 1 van de Sherman Act.

66. Het artikel zelf geeft de ondernemingen derhalve verschillende mogelijkheden om een kwalificatie van in hun overeenkomsten vastgelegde clausules als per se-inbreuk te bestrijden. Dit geldt niet voor ondernemingen met een machtspositie in het kader van het desbetreffende verdragsartikel.

67. De formulering van artikel 82 EG, dat geen bepaling omvat met een vrijstellingsmogelijkheid voor bepaalde onrechtmatige gedragingen, maakt bij het onderzoek van de gedragingen een dialectische discussie noodzakelijk tussen de ondernemingen met een machtspositie op een bepaalde markt, de nationale of communautaire mededingingsautoriteiten en de betrokkenen.

68. Ieder van die deelnemers aan het retorische debat draagt bewijs aan voor zijn stellingen, overeenkomstig het traditionele Latijnse adagium ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

69. Zouden in deze situatie bepaalde gedragingen altijd een rechtsvermoeden van misbruik meebrengen, dan berooft men bijgevolg ondernemingen met een machtspositie van hun recht van verweer, daar zoals gezegd de opzet van artikel 82 EG geen enkele vrijstelling toelaat; wanneer dus misbruik is aangetoond, moet vaststelling van de inbreuk volgen, tenzij voldoende aanwijzingen bestaan dat er geen inbreuk is.

39 — Bijvoorbeeld het aan „zwarte" clausules gewijde artikel 4 van verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB L 336, blz. 21).

40 — Arrest van 28 juni 2007, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc (nr. 06-480); Llorente, C., „La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin", in *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi nr. 736*, blz. 2 e.v.

41 — Arrest van 3 april 1911, Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co. (220 U.S. 373).

70. Bovendien scheppen de in artikel 82, lid 2, sub a tot en met d, EG genoemde voorbeelden, in tegenstelling tot die van artikel 81, lid 1, sub a tot en met e, geen rechtsvermoeden. Zij zijn hooguit op te vatten als een weerlegbaar vermoeden, dat de bewijslast verlicht voor degenen die ze inroepen wegens de economische logica waarop ze berusten [42], maar nimmer als een vervanging van het dialectisch debat waarover ik het in de vorige punten heb gehad. Net als de „per se"-mededingingsregelingen van artikel 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.

ii) Economische redenen

71. In de eerste plaats schendt aanvaarding van „per se"-misbruiken van machtspositie het postulaat, dat ieder geval moet worden onderzocht aan de hand van de parameters van de economische en juridische context waarin het zich heeft voorgedaan.

72. In de tweede plaats gaat de per se-benadering vanuit een zuiver economisch gezichtspunt mank aan een overdreven formalisme, waartegen bezwaar is gemaakt door zeer gekwalificeerde auteurs die een andere benadering van artikel 82 EG voorstaan, uitgaand van de gevolgen van ieder concreet misbruik en een afweging van de specifieke omstandigheden volgens een analyse van de merites [43] („rule of reason"). [44]

73. Door voorrang te geven aan de a-prioristische en formalistische opvattingen op het gebied van misbruik van machtsposities raakt de realiteit verhuld, dat deze soms ook ten voordele van de consument kunnen strekken. [45] Dit is het geval wanneer de macht van een van de marktdeelnemers de mededinging op de referentiemarkt beperkt, omdat, zoals terecht is bekritiseerd, artikel 82 EG geen enkele bepaling bevat op grond waarvan dergelijke marktdeelnemers zich met succes tegen het verweten misbruik kunnen verweren door bewijs te leveren van de efficiëntie van hun gedragingen in economische zin. [46]

74. In de derde en laatste plaats, indien het, zoals ik heb gezegd, gebruikelijk is de gevallen waarin artikel 82 EG van toepassing is, in twee groepen te verdelen, namelijk die

42 — Zie over het gebruik van die feitelijke vermoedens, Paulis, E., „The burden of proof in Article 82 cases", in Hawk, B. E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, Uitg. Juris Publishing, Inc., New York, 2007, blz. 470.

43 — Voetnoot niet relevant voor het Nederlands.

44 — Report by the EAGCP „An Economic Approach to Article 82", van juli 2005, in te zien via http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, blz. 5 en 6.

45 — Jacquemin, A. P., „The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community", in Greaves, R. (coördinator), *Competition Law*, Uitg. Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Verenigd Koninkrijk), 2003, blz. 214, wijst op het gevaar dat de regel van het misbruik per se inhoudt, ook buiten het geval van de machtspositie.

46 — Pelkmans, J., *European Integration — Methods and Economic Analysis*, Uitg. Longman, Londen, 1997, blz. 194.

welke de consument benadelen (misbruik bij de exploitatie) en die welke de bestaande of potentiële concurrenten benadelen (misbruik door uitsluiting) [47], zodat iedere mededingingsverstorende handeling van een onderneming met een machtspositie misbruik kan opleveren [48], zou men gezien het ontbreken van een hiërarchische indeling van deze twee aspecten van artikel 82 EG [49], een verdediging van de dominante onderneming op grond van het verkregen economisch resultaat kunnen bepleiten.

75. Enkel door de positieve en de negatieve gevolgen voor de gebruiker en voor de overige marktdeelnemers op dezelfde markt naast elkaar te leggen, verkrijgt men de relevante informatie om de juiste conclusies te trekken.

47 — De discussienota van de Europese Commissie met de titel „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" gaat enkel in op misbruik door uitsluiting; in te zien via http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Dit is niet van kritiek ontbloot gebleven: Díez Estella, F., „El *Discussion Paper* de la Commissie Europea: ¿reformas en la regulación del artikel 82 del Tratado EG?", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia,* nr. 242, mei 2006, blz. 24.

48 — Hildebrand, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules,* Kluwer, Den Haag, 1998, blz. 62.

49 — Het ontbreken van een doel dat artikel 82 EG uitdrukkelijk beschermt, is bekritiseerd door Whish, R., „Rethinking Article 82 EG", in *Concurences: revue des droits de la concurrence,* nr. 4/2005, blz. 18, die over dat gebrek aan richting zegt dat artikel 82 EG is „als een roeiboot zonder riemen". Schröter, H., op. cit, blz. 813, leidt evenwel uit de eerder aangehaalde arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, Michelin/Commissie en L'Oréal af dat het artikel bovenal de mededinging als instituut beschermt, een bescherming die indirect ten voordele van de concurrenten en handelspartners van de dominante onderneming en van de consumenten strekt.

3. Voorstel voor een antwoord op de eerste prejudiciële vraag

76. Gelet op het voorgaande passen misbruiken per se niet goed in artikel 82 EG, zodat het antwoord op de eerste vraag van het Trimeles Efeteio Athinon niet bevestigend kan luiden. Ik geef het Hof daarom in overweging zonder meer vast te stellen dat op grond van artikel 82 EG ondernemingen met een machtspositie geen misbruik per se kan worden verweten, zelfs niet wanneer de omstandigheden van het geval geen twijfel laten bestaan over hun bedoeling of over de mededingingsverstorende gevolgen ervan.

77. Gezien het antwoord op de eerste vraag is een onderzoek nodig van de tweede, die de mogelijke objectieve rechtvaardiging van dergelijke gedragingen betreft.

C — Factoren ter rechtvaardiging van een gedraging die normaliter misbruik oplevert (tweede prejudiciële vraag)

78. Ik herinner er om te beginnen aan dat, zoals ik eerder opmerkte, een deel van de eerste prejudiciële vraag vanwege het verband

ervan met de gronden voor vrijstelling van de in artikel 82 EG genoemde praktijken, wordt meegenomen bij de beantwoording van de tweede. De verwijzende rechter vraagt mijns inziens juist naar de criteria die de in beginsel negatieve beoordeling van een onderneming met een machtspositie neutraliseren.

79. Ondernemingen met een machtspositie kunnen drie verweren aanvoeren wanneer hen een misbruik wordt verweten: die met betrekking tot de markt waarop zij actief zijn [50], de rechtmatige verdediging van hun commerciële belangen en het bewijs van een positief economisch resultaat. Ik zal deze hierna één voor één bespreken, steeds gelet op de bij de nationale rechter gestelde feiten.

1. De omstandigheden van een imperfecte markt

80. GSK heeft benadrukt dat de nationale regeling haar belet haar handelsactiviteiten onder normale concurrentievoorwaarden te ontplooien. Zij voert twee aspecten aan die de beperking van de paralleluitvoer van de Griekse groothandelaren verklaren: de vaststelling van de maximumverkoopprijzen voor de geneesmiddelen, een gangbare praktijk in alle lidstaten, en de verplichting om een voldoende voorraad geneesmiddelen aan te houden om te allen tijde aan de nationale vraag te voldoen.

81. Verzoeksters in de hoofdgedingen, de Poolse regering en de Commissie wijzen die analyse van de hand, zij het met bepaalde nuanceringen. Voordat ik toekom aan het onderzoek van de rechtvaardigingsgronden, wil ik kort het specifieke kader van de referentiemarkt schetsen.

a) Hoofdkenmerken van de markt

82. Terecht is erop gewezen dat de Europese farmaceutische markt, opgevat als de handel en de distributie van al dan niet door een octrooi beschermde producten, wordt gekenmerkt door een beperkte harmonisatiegraad als gevolg van de overheidsinterventie op het gebied van de prijzen en de publieke stelsels voor vergoeding van de kosten van geneesmiddelen van patiënten, waardoor het door

50 — In voormelde discussienota verlangt de Commissie (punt 80) dat het handelen van de onderneming noodzakelijk is om redenen van veiligheid of gezondheid; deze ontsnappingsroute voor ondernemingen met een machtspositie lijkt mij veel te nauw en ik stel daarom een ruimere, maar aan de markt gekoppelde mogelijkheid voor.

de eindgebruiker betaalde bedrag van minder belang is. [51]

83. Degenen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend in deze prejudiciële procedure zijn het erover eens dat alle lidstaten de bedragen vaststellen die de producenten van de sector aan patiënten berekenen, doordat zij de door de verschillende socialezekerheidsinstellingen terugbetaalde bedragen beperken en aldus de overheidsuitgaven voor de gezondheidszorg in de hand houden. Zij zijn het er ook over eens dat de verkoopprijzen in de lidstaten onderling enorm verschillen. Naast dit publieke financieringssysteem is er nog een volledig particulier systeem, waarbinnen de farmaceutische ondernemingen de geneesmiddelenprijzen vrij berekenen; ik bespeur echter een zekere consensus, dat dit laatste model een uiterst klein percentage vertegenwoordigt, hoewel dit per land verschilt.

84. Ten slotte wijs ik nog op een ander kenmerk van deze markt, namelijk de talrijke industriële octrooien op geneesmiddelen. Ofschoon in dit aspect niet de controle van de markt door de overheidsinstanties tot uiting komt, is het van belang, omdat de houders van dergelijke industriële eigendomsrechten gemakkelijker een machtspositie verkrijgen door de juridische en temporele barrières die deze monopolies gewoonlijk omvatten. [52]

85. GSK voert in deze omstandigheden aan dat de voorschriften van de lidstaten ten aanzien van de prijzen, evenals de verplichting om een op de nationale vraag afgestemde voorraad aan te houden, haar zodanig beperken dat zij, om haar activiteiten in evenwicht te houden, niets anders kan doen dan de Griekse groothandelaren de paralleluitvoer naar landen waar het per geneesmiddel vergoede bedrag ruimschoots dat van de Helleense Republiek overschrijdt, moeilijker te maken.

b) Onderzoek van deze rechtvaardigingsgronden

86. Alhoewel de communautaire rechtspraak geen enkele grond heeft aanvaard ontleend aan de bijzonderheden van de regulering van een bepaalde markt, zijn er volgens mij gevallen denkbaar waarin zij dat wel zou doen, afhankelijk van de gevolgen van de marktcontrole door de lidstaat. GSK heeft twee fundamentele factoren aangehaald: de prijsinterventie en de bevoorradingsverplichting.

51 — Myhre, J. W., „The pharmaceutical sector — Article 81 EC and Article 82 EC — Imperfect tools for an imperfect market?", in Johansson, M./Wahl, N./Bernitz, U. (redacteurs), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons,* Bruylant, Brussel, 2006, blz. 378.

52 — Pelkmans, J., op. cit., blz. 193.

i) De prijsstelling door de lidstaten

87. Wat het in de lidstaten gevoerde beleid voor de vergoeding van de kosten van geneesmiddelen van patiënten door de socialezekerheidsinstellingen betreft, heeft het Hof in het arrest Merck en Beecham [53] erkend dat de prijsstelling de mededinging tussen de lidstaten kan vervalsen, maar gepreciseerd dat die door de inmenging van de lidstaat veroorzaakte verstoring van de mededinging een afwijking van het beginsel van het vrije verkeer van goederen niet rechtvaardigt. [54]

88. Ook al kan het verbod van artikel 28 EG niet aan ondernemingen worden tegengeworpen, zij mogen ingevolge de artikelen 81 EG en 82 EG, volgens welke gedragingen die tot kunstmatige afscherming van de nationale markten en mededingingsverstoringen [55] leiden onverenigbaar zijn met het Verdrag, de doelstellingen van het Verdrag en met name de handelsvrijheid tussen de lidstaten, niet belemmeren. Het is daarom zinvol de rechtspraak van het Hof inzake het vrije verkeer van goederen te bezien, tenminste wat de afscherming van de nationale markten betreft.

89. De strikte aard van het prijsbeleid wordt in ieder geval gerelativeerd door de leden 1 en 2 van artikel 2 van richtlijn 89/105 [56], die geldt voor alle modellen van overheidsinterventie. [57] Uit artikel 2, lid 2, blijkt duidelijk dat een dialoog plaatsvindt tussen de producenten van geneesmiddelen en de met de prijsstelling belaste autoriteiten, die een weigering van de verkoop van het geneesmiddel tegen de door de aanvrager voorgestelde prijs moeten motiveren met „objectieve, verifieerbare criteria". In artikel 2, lid 1, is zelfs de stilzwijgende goedkeuring van de autoriteiten voorzien, nu de aanvrager bij ontstentenis van een besluit van de lidstaat binnen negentig dagen na ontvangst van de aanvraag het product in de handel mag brengen.

90. Hoe hard de onderhandelingen ook zijn, de situatie van de farmaceutische ondernemingen mag niet uit het oog worden verloren, zeker wanneer zij over nieuwe octrooien beschikken, die in het algemeen een vooruitgang betekenen voor de patiënt die een medische behandeling met die geneesmiddelen ondergaat. Dit punt is uiterst relevant, aangezien het in het belang is van de lidstaat, die moet waken over de kwaliteit van de gezondheidszorg ten dienste van de patiënt, de beschikking te hebben over de beste middelen die de markt hem biedt, wanneer hij deze althans voor een redelijke prijs kan verkrijgen. [58]

53 — Arrest van 5 december 1996, Merck en Beecham (C-267/95 en C-268/95, Jurispr. blz. I-6285, punt 47).

54 — Ibidem.

55 — Arrest van 31 mei 1979, Hugin/Commissie (22/78, Jurispr. blz. 1869, punt 17).

56 — Beschreven in punt 5 van deze conclusie.

57 — Artikel 1, lid 1,van richtlijn 89/105.

58 — Tweede en derde overweging van de considerans van richtlijn 89/105.

91. Ik geef toe dat het voordeel van de houder van het farmaceutische octrooi na verloop van tijd verzwakt, waardoor hij de aanvankelijk met de gezondheidsautoriteiten overeengekomen prijzen moet verlagen. Die ontwikkeling is echter niet ongewoon, omdat zij samenhangt met het aanbod van andere producenten van alternatieve en voor de behandeling meer effectieve producten, die de een na de ander door de vorderingen in het onderzoek worden verdrongen.

92. Overigens mag de overeengekomen prijs niet zodanig laag zijn dat de ondernemingen uit de sector onder de kostprijs moeten gaan verkopen.

93. Samenvattend, ondanks dat de markt van farmaceutische producten niet volgens de gebruikelijke mededingingsregels functioneert, ontsnapt het systeem van prijsregulering niet geheel aan de invloed van de producenten, die met de gezondheidsautoriteiten van de lidstaten over de prijzen onderhandelen vanuit een positie met een zeker gewicht in de markt, waarop zij zich gemakkelijk aan de veranderingen in het gezondheidsbeleid aanpassen, althans op het gebied van de geneesmiddelen.

ii) De bevoorradingsverplichting

94. De tweede factor van de marktordening die volgens GSK haar normale activiteiten in Griekenland verstoort en beperking van de parallelhandel rechtvaardigt, betreft de verplichting om de Griekse markt te allen tijde afdoende te bevoorraden. Zij stelt bovendien dat zij wegens de nakoming van de verplichting niet kan voldoen aan de bestellingen van de groothandelaren in de door hen gewenste omvang.

95. De draagwijdte van de verplichting behoeft enige nuancering, nu andere verzoeksters in de hoofdgedingen zich op grond van het in punt 6 van deze conclusie genoemde artikel 81, lid 2, van richtlijn 2001/83/EEG eveneens verplicht achten de markt te bevoorraden. Er is derhalve geen reden voor GSK om de verplichting als verweer aan te voeren.

96. De behoeften van de patiënten in de lidstaat zijn zeker niet onderhevig aan plotse veranderingen, tenzij er sprake is van epidemieën of pandemieën, zodat de statistieken van patiënten met een bepaalde aandoening betrouwbaar zijn en de ondernemingen een zekere voorspellende waarde bieden om zich aan de markt aan te passen.

97. Gelet op het voorgaande kan de veiligstelling van de bevoorrading dan ook geen rechtvaardiging vormen voor de beperking door GSK van de leveringen aan haar concurrerende Griekse groothandelaren.

98. Nu geen van beide door GSK ter verdediging aangevoerde gronden kan worden aanvaard, moet de gedachte van de hand worden gewezen dat in deze zaak objectieve redenen verband houdend met de overheidsinmenging op de markt bestaan die haar gedrag rechtvaardigen.

2. De bescherming van rechtmatige commerciële belangen

a) Onderzoek van de rechtspraak

99. Uit een beknopte analyse van de rechtspraak blijkt dat deze categorie van objectieve rechtvaardigingen tot op heden als enige is uitgekristalliseerd, en de wezenlijke dialectiek van artikel 82 EG zich heeft beperkt tot de tweedeling tussen misbruik en gedragingen ter bescherming van rechtmatige commerciële belangen. [59]

100. De weigering om volledig aan de bestellingen van de Griekse groothandelaren te voldoen, staat gelijk met een — zij het partiële — leveringsweigering, zodat ik me beperk tot de weinige arresten die het Hof over deze kwestie heeft gewezen.

101. Het arrest United Brands aanvaardde de bescherming van rechtmatige commerciële belangen als instrument om het vermoeden van misbruik door ondernemingen met een machtspositie te weerleggen, door hun toe te staan te handelen zoals zij voor die bescherming wenselijk achten, wanneer althans de reactie van de dominante ondernemingen evenredig is aan de bedreiging van hun belangen. [60]

102. De Amerikaanse bananenmultinational had evenwel niets aan de vaststelling van dat

59 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community,* 4e ed., Kluwer, Den Haag, 2005, blz. 907.

60 — Arrest United Brands/Commissie, reeds aangehaald, punten 189 en 190.

beginsel, want juist het gebrek aan evenredigheid van de weigering om de bestellingen aan zijn afnemer en concurrent Olesen vormde in het arrest de basis voor de conclusie dat niet aan de voorwaarden van rechtmatige bescherming was voldaan. [61]

103. In een andere zaak onderzocht het Hof een leveringsweigering die plaatshad in een tijd van schaarste, tijdens de oliecrisis [62] in de zeventiger jaren van de vorige eeuw, en stond het de onderneming BP toe een hoger reductiepercentage toe te passen op de levering van ruwe olie aan een gelegenheidsafnemer, de Nederlandse coöperatie ABG, dan op de leveringen aan haar vaste afnemers, om te vermijden dat deze laatsten een relatief groter nadeel zouden ondervinden [63].

104. Buiten de communautaire rechtspraak zijn bepaalde rechtvaardigingen van andere aard naar voren gebracht. Zo heeft bijvoorbeeld de Commissie er geen bezwaar tegen dat een fabrikant met een machtspositie zijn commerciële relatie met een afnemer herziet, wanneer deze afnemer zijn activiteit verplaatst naar het bevorderen van de verkoop van een concurrerend merk. [64]

105. In de literatuur worden andere rechtvaardigingsgronden aangehaald, zoals die van de ongeschikte zakenpartner, die op het punt staat failliet te gaan, die systematisch de nakoming van overeenkomsten verzaakt of die het imago of de kwaliteit van de goederen van de leverancier schaadt. [65] In deze gevallen zou de wens van een onderneming met een machtspositie om diens bestellingen te weigeren, volgens het gezonde verstand een eerbiedwaardige zijn.

b) Aangevoerde argumenten

106. Van de argumenten die GSK in haar bij dit Hof ingediende schriftelijke opmerkingen aanvoert, zijn alle argumenten met betrekking tot de inkomstendaling wegens het verlies van marktaandeel aan de groothandelaren en de gevolgen daarvan voor het terugverdienen van de investeringen in onderzoek en ontwikkeling (hierna: „O&O") terug te voeren op de bescherming van rechtmatige commerciële belangen.

107. Zowel GSK als bepaalde auteurs wijzen op de enorme kosten van de investeringen in O&O voor het op de markt brengen van een geneesmiddel. Zij merken verder op dat de periode tussen de verlening van het octrooi

61 — Punten 191 e.v. van het arrest United Brands/Commissie.

62 — Arrest van 29 juni 1978, BP/Commissie (77/77 Jurispr. blz. 1513), „oliecrisis-zaak".

63 — Ibidem, punten 32 en 33.

64 — Beschikking 87/500/EEG van de Commissie van 29 juli 1987 inzake een procedure op grond van artikel [82] van het [EG]-Verdrag (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: voorlopige maatregelen) (PB L 286, blz. 36, punt 19).

65 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., op. cit., blz. 957.

voor de werkzame stof en de therapeutische beschikbaarheid ervan gemiddeld rond de twaalf tot dertien jaar ligt, zodat de fase waarin de verhandeling rendement oplevert niet meer dan zeven of acht jaar bedraagt. [66]

108. De parallelhandel en de productie van generieke geneesmiddelen na afloop van de bescherming die het industriële eigendomsrecht hun biedt, minimaliseren volgens hen aldus de mogelijkheid om de kosten van O&O terug te verdienen.

109. Een noodzakelijk causaal verband tussen de eventuele negatieve invloed op de investering in O&O en de parallelhandel kan ik niet zien, want om te beginnen hebben GSK en de aangehaalde auteurs geen enkele informatie verstrekt over de oorzaken van het winstloze tijdperk van het octrooi. Die lange wachttijd is veeleer een gevolg van de interne kostenstructuur van de farmaceutische ondernemingen. Hoe het ook zij, waar zij menen dat de periode waarbinnen het octrooi rendabel is erg kort is, ontdekken zij hoe het voelt om rechten slechts gedurende een beperkte tijd te genieten. Ik durf zelfs te stellen dat er meer sectoren zijn waarin zich iets vergelijkbaars voordoet met dit soort immateriële eigendom.

110. In de tweede plaats, hoewel men logischerwijs zou denken dat alleen het economische succes van een octrooi verzekert dat meer middelen voor verder onderzoek beschikbaar komen, vormt het O&O-beleid in de farmaceutische sector de kern van alle activiteiten. In deze tak van de economie schept alleen de niet aflatende zoektocht naar revolutionaire geneesmiddelen overlevingskansen in een zeer competitieve, geglobaliseerde en lucratieve markt. Zonder een goed doordacht commercieel beleid lopen zelfs de meest geniale uitvindingen het gevaar onopgemerkt te blijven. Vandaar dat iedere in de onderzoekssector werkzame onderneming de meest geschikte manieren moet zoeken om de consument te bereiken en te overtuigen.

111. GSK kon de distributie van haar producten in Europa geheel naar eigen inzicht opzetten. Zij heeft gekozen voor een strategie die mede de Griekse groothandelaren omvatte, omdat zij die economisch het meest geschikt en winstgevend achtte. Zij had de voorkeur kunnen geven aan een verticaal geïntegreerd distributiesysteem voor haar

66 — Krapf, E., *Parallelimporte von Arzneimitteln und europäisches Kartellrecht — eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels,* Shaker, Aken, 2006, blz. 107 en 108.

geneesmiddelen, zoals zij dat in november 2000 wilde doen. Hoewel zij de vrijheid heeft om haar leveringsschema's met inachtneming van de handelsgebruiken te wijzigen, treft haar in de onderhavige zaak het verwijt dat zij de groothandelaren bestraft omdat deze de marktomstandigheden beter hebben benut en haar export belemmeren.

112. In de derde plaats ontstaat bij vergelijking van de gegevens uit de in punt 107 van deze conclusie genoemde literatuur, volgens welke het marktaandeel van de parallelimporteurs tussen 1998 en 2003 van 1,8 % naar 6,8 % zou zijn gestegen [67], het gevoel dat de ware strijd gaat om het terugwinnen van de winstmarges die de concurrenten van de grote farmaceutische bedrijven hebben behaald.

113. Tegen deze achtergrond lijkt mij het argument dat het verlies van inkomsten door de parallelinvoer van de gepatenteerde geneesmiddelen ontmoedigend werkt, misleidend. Het tracht enkel de goedgunstigheid van de publieke opinie te winnen, die gevoelig is voor het vitale belang van O&O voor de mededinging, en verplaatst aldus het toneel van de rivaliteit tussen ondernemingen naar dat van het beleid ter ondersteuning van het onderzoek, een sector die de Europese Unie tot haar taken rekent sinds bij de Europese Akte titel XVIII met het opschrift „Onderzoek en technologische ontwikkeling" aan het EG-Verdrag is toegevoegd.

114. De Europese Unie biedt ondernemingen een gunstig klimaat en stimuleert ze door middel van de groepsvrijstelling voor horizontale overeenkomsten ter zake [68] de kosten van O&O te verminderen, zich bewust van het feit dat samenwerking op dit gebied en op dat van de gemeenschappelijke exploitatie van de uitkomsten de technische en economische vooruitgang bevordert, doordat de uitwisseling van knowhow zal toenemen; bovendien worden overlappingen bij O&O vermeden, worden vorderingen door de uitwisseling van aanvullende knowhow gestimuleerd, en wordt de vervaardiging van de producten of de toepassing van de werkwijzen die uit het onderzoek zijn voortgevloeid, gerationaliseerd. [69]

115. Ook al zou er dus een rechtvaardiging voor bestaan, moet de gedraging niettemin onevenredig worden geoordeeld, omdat zij

67 — Krapf, E., op. cit., blz. 2.

68 — Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (PB L 304, blz. 7).

69 — Tiende overweging van de considerans van verordening nr. 2659/2000.

de mededinging in de distributie binnen Europa uitschakelt door de uit Griekenland afkomstige parallelhandel te beletten.

3. Positief economisch resultaat

116. Het laatste verweer van ondernemingen met een machtspositie betreft de economische efficiëntie van het hypothetische misbruik („efficiency defence"). In haar discussienota over de toepassing van artikel 82 EG neemt de Commissie dit argument over [70], daarmee gehoor gevend aan het in de rechtsleer vastgestelde gemis [71].

117. Ik begrijp uit de opmerkingen van GSK dat haar argumenten over de perverse gevolgen van de parallelhandel van receptplichtige geneesmiddelen onder deze rubriek zouden moeten vallen. Volgens GSK heeft de parallelhandel voordelen noch voor de patiënten, noch voor de socialezekerheidsinstellingen die de vergoeding van de medische kosten op zich nemen. Hier stelt zij de aanzienlijke winsten tegenover, die de groothandelaren behalen op de verkoop van de geneesmiddelen in landen waar de door de medische verzekeraars betaalde prijs hoger is dan in Griekenland; zij beklaagt zich bovendien over de grote bedragen die zij zelf misloopt.

118. Naast de beschrijving van de „vreselijke" gevolgen van de parallelhandel noemt zij echter geen enkel positief aspect dat uit haar beperking van de leveringen van geneesmiddelen aan de groothandelaren voortvloeit, anders dan het herstel van haar winstmarges, wat irrelevant is voor de kwalificatie van de gedraging als misbruik, of voor de rechtvaardiging ervan, zoals de Poolse regering terecht opmerkt.

119. Gesteld al dat ondernemingen met een machtspositie de mogelijkheid hebben om de positieve economische effecten van hun misbruik aan te tonen, heeft GSK nochtans niets naar voren gebracht dat de balans in haar voordeel doet doorslaan, ondanks het feit dat de overwegingen met betrekking tot het welzijn van de patiënt en de verlaging van de kosten van de openbare gezondheidszorg in de hoofdgedingen bijzondere aandacht

70 — Europese Commissie, op. cit., punten 84-91.
71 — Loewenthal, P.-J., op. cit., blz. 464 en 465.

verdienen. Voor de evenredigheidstoets, de laatste stap van de analyse ingeval een rechtvaardiging was aangedragen, is dus geen plaats.

4. Voorgestelde oplossing voor de tweede prejudiciële vraag

120. Gezien het bovenstaande stel ik het Hof voor, de tweede prejudiciële vraag aldus te beantwoorden, dat de beperking van de bestellingen van groothandelaren door een onderneming met een machtspositie tot de hoeveelheden die de vraag van een nationale markt dekken, met de bedoeling om een einde te maken aan de parallelimport van deze groothandelaren naar andere lidstaten, in beginsel misbruik van machtspositie oplevert in de zin van artikel 82 EG.

121. De verdachte onderneming kan evenwel de geschikte gegevens verschaffen die haar gedrag objectief rechtvaardigen, in het bijzonder:

— gegevens met betrekking tot de marktregulering die haar, omdat elke wijziging daarvan buiten haar macht ligt, tot dat gedrag dwingt, waarbij in het onderhavige geval de vaststelling van de prijzen van de geneesmiddelen en de verplichting om voorraden aan te houden om de patiënten te kunnen bedienen, niet kunnen worden aanvaard;

— bewijs van het feit dat zij slechts handelde ter bescherming van haar rechtmatige commerciële belangen, waartoe in het onderhavige geval niet behoren de gevolgen voor de prikkels om te innoveren;

— en de economische voordelen van de gelaakte gedraging.

122. Na de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden dient de evenredigheidstoetsing te volgen, dat wil zeggen de beoordeling of de gedraging absoluut noodzakelijk en geschikt is.

VI — Conclusie

123. Gelet op de voorgaande overwegingen, waarin ik tot een andere conclusie kom dan advocaat-generaal Jacobs in de zaak Syfait, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Trimeles Efeteio Athinon te beantwoorden als volgt:

„1) Op grond van artikel 82 EG kan ondernemingen met een machtspositie geen misbruik per se worden verweten, zelfs niet wanneer de omstandigheden van het geval geen twijfel laten bestaan over hun bedoeling of over de mededingingsverstorende gevolgen ervan.

2) Een onderneming met een machtspositie die weigert de 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, in het bijzonder:

— gegevens met betrekking tot de marktregulering die haar, omdat elke wijziging daarvan buiten haar macht ligt, tot dat gedrag dwingt, waarbij in het onderhavige geval de vaststelling van de prijzen van de geneesmiddelen en de verplichting om voorraden aan te houden om de patiënten te kunnen bedienen, niet kunnen worden aanvaard;

— bewijs van het feit dat zij slechts handelde ter bescherming van haar rechtmatige commerciële belangen, waartoe in het onderhavige geval niet behoren de gevolgen voor de prikkels om te innoveren, en

— de economische voordelen van de gelaakte gedraging."