CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 28 oktober 2004 [1]

1. In de onderhavige zaak richt de Griekse mededingingsautoriteit (Epitropi Antagonismou; hierna: „mededingingsautoriteit") zich tot het Hof met de vraag of en in welke omstandigheden een farmaceutische onderneming met een machtspositie kan weigeren om de door groothandelaren in farmaceutische producten bij haar geplaatste bestellingen volledig uit te voeren, met de bedoeling de parallelhandel in haar producten te beperken.

2. Allereerst is evenwel de kwestie van de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing aan de orde, dat wil zeggen de vraag of de Griekse mededingingsautoriteit een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG en derhalve prejudiciële vragen aan het Hof kan voorleggen.

De nationale procedure en de prejudiciële vragen

3. Klaagsters in het hoofdgeding zijn Griekse groothandelaren in farmaceutische producten. Verweersters zijn de farmaceutische onderneming Glaxosmithkline plc en haar dochtermaatschappij Glaxosmithkline AEVE (voorheen Glaxowellcome), die haar producten in Griekenland importeert en distribueert (hierna tezamen: „GSK").

4. In het hoofdgeding gaat het om de levering van drie farmaceutische specialiteiten, te weten Imigran, Lamictal en Serevent, die GSK als rechthebbende vervaardigt (hierna: „litigieuze producten").

5. Tot november 2000 voerde GSK de door klaagsters en andere groothandelaren in farmaceutische producten bij haar geplaatste bestellingen volledig uit. De groothandelaren exporteerden na levering een aanzienlijk deel van de bestelde producten naar andere lidstaten van de Europese Unie, waar de prijzen veel hoger waren.

6. Vanaf begin november 2000 voldeed GSK echter niet langer aan de bestellingen van de farmaceutische groothandelaren. Zij verklaarde dat zij in plaats daarvan rechtstreeks aan de ziekenhuizen en apotheken zou

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

leveren. Zij stelde dat de uitvoer van de betrokken producten door de groothandelaren tot ernstige tekorten op de Griekse markt leidde. Nadien is zij weer tot bevoorrading van de groothandelaren overgegaan, maar weigerde zij nog steeds hun bestellingen volledig uit te voeren.

7. Deze weigering vormde het voorwerp van de procedure die bij de Griekse mededingingsautoriteit is ingesteld naar aanleiding zowel van klachten van de farmaceutische groothandelaren als van verschillende verzoeken van GSK om afgifte van een negatieve verklaring met betrekking tot haar distributiebeleid.

8. In augustus 2001 stelde de mededingingsautoriteit voorlopige maatregelen vast, waarbij zij de Griekse dochtermaatschappij van GSK gelastte om de bij haar geplaatste bestellingen volledig uit te voeren, wat zij ook heeft gedaan voorzover de bevoorrading door haar moedermaatschappij dat toeliet. Die bevoorrading dekte ruim de consumptiebehoeften op de binnenlandse markt, maar niet de veel grotere bestellingen van de groothandelaren.

9. Na een aantal hoorzittingen waarop de belanghebbenden hun standpunten mondeling hebben uiteengezet en tot hen gerichte vragen hebben beantwoord, heeft de mededingingsautoriteit bij beslissing van 22 januari 2003 besloten de bij haar aanhangige procedure te schorsen en het Hof verschillende prejudiciële vragen voor te leggen.

10. De mededingingsautoriteit merkt in de verwijzingsbeschikking op, dat alle lidstaten van de Europese Unie in de markt interveniëren teneinde de prijzen van farmaceutische producten op hun grondgebied vast te stellen. De aldus vastgestelde prijzen variëren van lidstaat tot lidstaat, maar die in Griekenland bevinden zich voortdurend op de laagste niveaus van de Europese Unie.

11. Volgens de mededingingsautoriteit heeft GSK op de relevante markt in Griekenland een machtspositie in de zin van artikel 82 EG met betrekking tot ten minste één van de litigieuze producten, Lamictal. Onzeker is echter of de weigering van GSK om de door farmaceutische groothandelaren geplaatste bestellingen volledig uit te voeren, misbruik in de zin van dat artikel oplevert.

12. Zij erkent dat een overeenkomst of onderling afgestemde gedraging die de handel tussen de lidstaten beperkt, als een bijzonder ernstige inbreuk op artikel 81 EG wordt aangemerkt en wordt geacht een beperking van de mededinging tot doel te hebben, zonder dat de gevolgen ervan voor de markt behoeven te worden onderzocht, voorzover zij niet onder de de-minimisregel vallen. Op grond hiervan zou men kunnen menen dat elke maatregel van een dominante onderneming die erop is gericht de uitvoer te beperken, per se misbruik oplevert.

13. De mededingingsautoriteit stelt echter ook vast, dat een parallelhandel zonder beperkingen de financiële en organisatorische belangen van de fabrikanten van farmaceutische producten ernstig kan benadelen door de afkalving van hun inkomsten en de ontwrichting van hun organisatie in de staten waarvoor de parallelimport is bestemd. Bovendien lijkt de parallelhandel voornamelijk ten goede te komen aan de ondernemingen die zich met deze handel bezighouden en niet aan de eindverbruikers van de verhandelde producten. Hoe dan ook zijn het de lidstaten die in feite de meeste farmaceutische producten kopen via de nationale gezondheidsstelsels; zouden zij liever minder betalen, dan zouden zij de op hun nationale markt geldende prijs dienovereenkomstig vaststellen.

14. De mededingingsautoriteit vraagt zich daarom af of fabrikanten van farmaceutische producten met een machtspositie een leveringsbeperking op een bepaalde nationale markt aldus kunnen rechtvaardigen, dat zij ter bescherming van hun legitieme commerciële belangen de omvang van de parallelinvoer moeten beperken en, zo ja, welke factoren in aanmerking moeten worden genomen bij de afweging of de maatregelen in een concreet geval daadwerkelijk gerechtvaardigd zijn.

15. Bijgevolg legt de mededingingsautoriteit het Hof de volgende prejudiciële vragen voor:

„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 uiteindelijk de taak van de nationale mededingingsautoriteit, 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?

2) Wanneer het Hof van oordeel is dat beperking van de parallelhandel, om de hiervóór voormelde 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:

a) Is voor het antwoord van belang dat de eindgebruiker-patiënt uit de parallelhandel een beperkt economisch voordeel haalt?

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

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:

2.3. Welke andere criteria en welke andere benaderingen zijn in casu relevant?"

16. Schriftelijke opmerkingen zijn van vier verschillende groepen klaagsters ontvangen: van Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) en vijftien anderen (hierna: „eerste groep klaagsters"); van Panellinios Syllogos Farmakapothikarion, K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton, Ionas Stroumsas EPE en Farmakapothiki Pharma Group Messinias A.E. (hierna: „tweede groep klaagsters"); van Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia (hierna: „derde klaagster"), en van Interfarm - A. Agelakos & Sia O.E. en negenendertig anderen (hierna: „vierde groep klaagsters"). Schriftelijke opmerkingen zijn ook ontvangen van GSK, de Commissie en de Zweedse regering. Met uitzondering van de Zweedse regering waren al deze partijen of groepen van partijen ter terechtzitting aanwezig en hebben zij aldaar mondelinge opmerkingen gemaakt.

Ontvankelijkheid

17. Volgens artikel 234, tweede alinea, EG kan alleen een „rechterlijke instantie van een der lidstaten" het Hof prejudiciële vragen stellen. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het begrip „rechterlijke instantie" een gemeenschapsrechtelijk begrip is.

18. Het Hof heeft in zijn rechtspraak een aantal criteria vastgesteld, die relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of een bepaald orgaan een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de toepassing door het orgaan van de regelen des rechts, de verplichte rechtsmacht, de onafhankelijkheid van het orgaan, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak [2], en het karakter van rechterlijke uitspraak van de eindbeslissing. [3]

19. De mededingingsautoriteit is van mening dat zij aan die criteria voldoet. De Commissie en GSK delen dit standpunt. De tweede en de vierde groep klaagsters hebben de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing in hun schriftelijke opmerkingen betwist. Bij de mondelinge behandeling heeft de tweede groep klaagsters echter zijn standpunt gewijzigd en erkend dat de mededingingsautoriteit op grond van artikel 234 EG prejudiciële vragen kan stellen. De Zweedse regering heeft zich niet over de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing uitgesproken.

20. Uit de gegevens in de verwijzingsbeschikking blijkt mijns inziens, dat de mededingingsautoriteit duidelijk voldoet aan veel van de criteria die het Hof in het verleden relevant heeft geacht voor de vaststelling of een bepaald orgaan als rechterlijke instantie moet worden aangemerkt. Zij is bij artikel 8 van wet nr. 703/77 betreffende de controle op monopolies en oligopolies en de bescherming van de vrije mededinging (hierna: „wet nr. 703/77") opgericht als permanent orgaan dat bevoegd is voor de handhaving van de bepalingen van die wet. Zij neemt haar beslissingen met toepassing van de regels van nationaal en communautair mededingingsrecht. Zij is bij uitsluiting bevoegd om de in wet nr. 703/77 voorziene sancties op te leggen. Haar rechtsmacht is derhalve verbindend.

21. Al deze factoren, die waarschijnlijk essentiële kenmerken vormen van iedere rechterlijke autoriteit, gelden evenwel ook voor een administratiefrechtelijk handhavingsorgaan. Een meer kenmerkend element van een rechterlijke instantie is de mondelinge behandeling voor de mededingingsautoriteit, waarbij zowel klagers als verweerders zich rechtens kunnen laten vertegenwoordigen en procedurele rechten hebben die vergelijkbaar zijn met die van partijen in een gewone gerechtelijke procedure. Deze

2 — Zie in het bijzonder arresten van 17 september 1997, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23 en de daarin aangehaalde rechtspraak); 21 maart 2000, Gabalfrisa e.a. (C-110/98 tot C-147/98, Jurispr. blz. I-1577, punt 33), en 30 mei 2002, Schmid (C-516/99, Jurispr. blz. I-4573, punt 34).

3 — Zie beschikking van 18 juni 1980, Borker (138/80, Jurispr. blz. 1975, punt 4), en arresten van 19 oktober 1995, Job Centre (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361, punt 9), en 15 januari 2002, Lutz GmbH e.a. (C-182/00, Jurispr. blz. I-547, punten 15 en 16).

waarborgen verlenen het besluitvormingsproces van de mededingingsautoriteit tot op zekere hoogte het noodzakelijke element van een procedure op tegenspraak.

22. Ondanks de hierboven beschreven kenmerken van de mededingingsautoriteit, lijkt een meer gedetailleerde analyse mij noodzakelijk om vast te stellen of haar structuur en samenstelling overeenkomen met die van een rechterlijke autoriteit, en met name met de structurele waarborgen van onafhankelijkheid, die tot de essentiële kenmerken van dergelijke autoriteiten behoren.

23. Blijkens de verwijzingsbeschikking bestaat de mededingingsautoriteit uit negen leden, die door de minister van Ontwikkeling worden benoemd voor een periode van drie jaar. Vier leden worden door de minister gekozen uit lijsten van telkens drie kandidaten, die hij van organisaties uit handel en industrie ontvangt. Tot de overige leden behoren een lid van de juridische dienst van de staat of een andere hoge magistraat; twee universitair docenten, waaronder een jurist en een econoom; en twee gezaghebbende personen met relevante ervaring. De minister wijst uit de leden van de mededingingsautoriteit een voorzitter aan.

24. Artikel 8, lid 1, van wet nr. 703/77 bestempelt de mededingingsautoriteit uitdrukkelijk als een „onafhankelijke autoriteit" en bepaalt dat haar leden „persoonlijke en functionele onafhankelijkheid" genieten en „in de uitoefening van hun functie enkel gebonden [zijn] door de wet en hun geweten". Blijkens de toelichting van de mededingingsautoriteit is de onafhankelijkheid van haar leden mede gegarandeerd door het feit dat zij geen enkele beroepsactiviteit mogen uitoefenen die met haar voorwerp verband houdt.

25. Aan de mededingingsautoriteit is een secretariaat verbonden, dat kennelijk als taak heeft de bij de mededingingsautoriteit aangebrachte zaken te onderzoeken en voor de afhandeling daarvan schriftelijke voorstellen te doen. Volgens de verwijzingsbeschikking coördineert en leidt de voorzitter van de mededingingsautoriteit het secretariaat als administratieve meerdere voor de uitoefening van de disciplinaire bevoegdheid. Desalniettemin bestaat volgens de verklaring van de mededingingsautoriteit een volledige operationele scheiding tussen haar en het secretariaat, aangezien noch de voorzitter noch de overige leden op enige wijze bij de voorstellen van het secretariaat zijn betrokken.

26. Met betrekking tot de hierboven beschreven structuur en samenstelling van de mededingingsautoriteit heb ik op twee specifieke punten twijfels. In de eerste plaats moet mijns inziens bij de beoordeling of een orgaan als rechterlijke instantie kan worden aangemerkt, van belang zijn hoeveel van de benoemde leden bevoegd zijn om het ambt van rechter of een andere juridisch beroep uit te oefenen. In het geval van de Griekse

mededingingsautoriteit dienen volgens de voorschriften, zoals de verwijzingsbeschikking uiteenzet, slechts twee van de in totaal negen leden jurist te zijn: een universitair docent en een lid van de juridische dienst van de staat, in of buiten dienst, of een voormalige civiele of administratieve rechter. Er lijkt geen garantie te zijn dat de voorzitter over juridische kwalificaties beschikt. Het verhoudingsgewijs beperkte aantal functies in de mededingingsautoriteit waarvoor uitdrukkelijk juristen moeten worden aangewezen, roept mijns inziens enige twijfel op over haar kwalificatie als rechterlijke instantie.

27. In de tweede plaats heb ik, wat de onafhankelijkheid van de mededingingsautoriteit betreft, bedenkingen over de zo-even besproken [4] structurele banden tussen de mededingingsautoriteit en haar secretariaat.

28. Uit het arrest Gabalfrisa e.a. [5] blijkt dat de functionele scheiding tussen een rechterlijke instantie en een administratieve instantie bepalend is voor rechterlijke onafhankelijkheid. In die zaak verklaarde het Hof een prejudiciële verwijzing van een Spaans regionaal orgaan belast met de behandeling van klachten in belastingzaken ontvankelijk, mede op grond dat een scheiding bestond tussen de taken van dit orgaan en die van de onderdelen van de belastingdienst die de bestreden beschikking hadden vastgesteld. [6]

In de onderhavige zaak kan een scheiding tussen de taken van de mededingingsautoriteit en het secretariaat in de zin van het arrest Gabalfrisa e.a. worden aangenomen, op voorwaarde dat het door het secretariaat verrichte onderzoek van beweerde schendingen van wet nr. 703/77 kan worden gescheiden van de taak van de mededingingsautoriteit als beslissingsorgaan.

29. Het probleem dat hier aan de orde is, hangt denk ik nauw samen met de vraag of de procedure bij de mededingingsautoriteit naar haar aard als een procedure op tegenspraak kan worden beschouwd. Slechts indien het secretariaat in voldoende mate van de mededingingsautoriteit is gescheiden, kan het worden aangemerkt als een derde die zowel van de onderzochte partij als van de mededingingsautoriteit als rechter onafhankelijk is.

30. Alhoewel in de verwijzingsbeschikking is aangegeven dat de voorzitter in de praktijk niet ingrijpt om invloed uit te oefenen op de door het secretariaat verrichte onderzoeken, heeft hij duidelijk bepaalde zeggenschap over dit laatste orgaan. Er wordt geen melding gemaakt van regels of andere garanties die ertoe strekken de onafhankelijkheid van het secretariaat bij zijn onderzoeken te waarborgen.

31. Gezien deze twee bedenkingen, is de status van de Griekse mededingingsautoriteit volgens mij niet geheel eenduidig. Zij lijkt zich zeer dicht bij de grens te bevinden

4 — Punt 25.

5 — Aangehaald in voetnoot 2.

6 — Punten 39 en 40 van het arrest.

tussen een rechterlijke instantie en een administratieve instantie met bepaalde rechterlijke kenmerken.

32. Alles welbeschouwd, ben ik niettemin van mening dat zij voldoende rechterlijke kenmerken heeft om als rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG te kunnen worden aangemerkt.

33. Ten aanzien van de juridische kennis van het orgaan merk ik op, dat naast de twee specifiek voor juristen gereserveerde functies nog twee andere functies moeten worden vervuld door gezaghebbende personen met ervaring op het gebied van nationaal en communautair economisch recht en mededingingsbeleid. De vertegenwoordigers in het orgaan worden in de verwijzingsbeschikking eveneens beschreven als gezaghebbende personen met ervaring op het gebied van het mededingingsrecht. Gezien daarnaast het feit dat leden van de mededingingsautoriteit bij de uitoefening van hun taken uitdrukkelijk aan het recht zijn gebonden, ben ik ervan overtuigd dat het beperkte aantal voor juristen of rechters gereserveerde plaatsen niet volstaat om haar rechterlijke status uit te sluiten. In een rechtsprekend orgaan dat moet opereren op een complex technisch gebied als het mededingingsrecht, waar naast juridische kwalificaties ook economische en commerciële kennis is vereist, kan men hoe dan ook een geringer aantal louter juridisch gekwalificeerde personen verwachten.

34. Wat de kwestie van de structurele banden tussen de mededingingsautoriteit en haar secretariaat betreft, deze zijn naar mijn mening niet zo nadrukkelijk dat zij zwaarder wegen dan de verschillende andere factoren die op een gerechtelijke status wijzen. Om te beginnen acht ik het niet aannemelijk dat de uitoefening van de disciplinaire bevoegdheid door de voorzitter over het secretariaat de uitvoering van een bepaald onderzoek zou beïnvloeden. Verder komt het mij voor, ook al zou men een andere mening zijn toegedaan, dat de mondelinge behandeling door de mededingingsautoriteit afdoende bescherming biedt tegen een bedreiging van de operationele scheiding tijdens het onderzoek. Alle partijen hebben daardoor kennelijk voldoende gelegenheid om hun eigen argumenten naar voren te brengen, zodat de onpartijdigheid van de uiteindelijk beslissing is gewaarborgd.

35. Ik merk op, dat het Hof reeds eerder een prejudiciële verwijzing van een mededingingsautoriteit ontvankelijk heeft verklaard, namelijk van het Spaanse Tribunal de Defensa de la Competencia.[7] Dat orgaan had in veel opzichten dezelfde kenmerken als de Griekse mededingingsautoriteit. Het betrof eveneens een bij wet opgericht permanent orgaan dat over de toepassing van de mededingingsregels besliste in een procedure op tegenspraak. Ook kwam het eerst in actie na ontvangst van een rapport, in dat geval afkomstig van een afzonderlijk orgaan.[8]

7 — Arrest van 16 juli 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a. (C-67/91, Jurispr. blz. I-4785).

8 — De procedure voor het formuleren van een voorstel door het onafhankelijk onderzoeksorgaan is uiteengezet in het rapport ter terechtzitting.

36. Ik kan in de argumenten van de tweede en de vierde groep klaagsters niets ontdekken, dat verder enige twijfel over de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing oproept.

37. Voormelde klaagsters merken in de eerste plaats op, dat de mededingingsautoriteit, ondanks de in artikel 8, lid 1, van wet nr. 703/77 gestelde onafhankelijkheid, niet behoort tot de vijf onafhankelijke autoriteiten die de Griekse grondwet sinds de herziening van 2001 uitdrukkelijk noemt. De mededingingsautoriteit geniet derhalve niet dezelfde specifieke grondwettelijke waarborgen als die autoriteiten. Haar leden worden niet gekozen volgens de speciale in de grondwet omschreven procedure. Ook haar procedurevoorschriften zijn niet wettelijk vastgelegd, maar hebben de vorm van een interministerieel besluit.

38. In de tweede plaats zouden de huidige procedurevoorschriften van de mededingingsautoriteit niet in overeenstemming zijn met fundamentele rechtsbeginselen, omdat zij belanghebbenden niet de mogelijkheid geven, in procedures voor die autoriteit te interveniëren.

39. In de derde plaats zou de mededingingsautoriteit niet binnen de wettelijk voorgeschreven termijn van zes maanden op hun klachten hebben beslist.

40. Geen van deze argumenten kan mij overtuigen. Het feit dat de mededingingsautoriteit naar Grieks constitutioneel recht niet als een onafhankelijke autoriteit kan worden aangemerkt, doet niet af aan de wettelijke bevestiging van haar onafhankelijkheid en evenmin aan de waarborgen die deze onafhankelijkheid in de praktijk moeten veiligstellen.

41. Bovendien zijn rechterlijke instanties mijns inziens gerechtigd te bepalen in hoeverre zij een belanghebbende derde in een procedure laten interveniëren, zonder dat zij daarmee hun rechterlijke status in gevaar brengen. In ieder geval zijn klaagsters kennelijk in staat gesteld om naar behoren aan het hoofdgeding voor de mededingingsautoriteit deel te nemen, door hun bezwaren als klachten te laten registreren.

42. Tot slot kunnen vertragingen bij de behandeling van een zaak volgens mij niet afdoen aan het rechterlijk karakter van het aangezochte orgaan; uiteraard wel aan de kwaliteit van de rechtspleging.

43. Tot dusver heb ik de bijzondere kenmerken van de Griekse mededingingsauto-

riteit besproken, zoals zij in de verwijzingsbeschikking zijn beschreven. Het kan evenwel nuttig zijn, kort de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing te bezien vanuit het perspectief van de handhaving van de mededinging en in het bijzonder verordening nr. 1/2003, waarbij per 1 mei 2004 een nieuw stelsel van decentrale toepassing van de communautaire mededingingsregels is ingevoerd. [9]

44. Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat verordening nr. 1/2003 de mogelijkheid erkent dat lidstaten de taken van een mededingingsautoriteit opdragen aan instanties met gerechtelijke kenmerken [10] en bepalingen bevat die de onafhankelijkheid van die instanties moeten verzekeren. [11]

45. Voorts zijn er volgens mij verschillende praktische redenen die voor ontvankelijkverklaring van prejudiciële verwijzingen van dergelijke instanties pleiten. Uit overwegingen van proceseconomie zou het de voorkeur genieten de prejudiciële verwijzing in de vroegst mogelijke fase toe te staan, zodat geen volgende procedure bij een beroepsinstantie is vereist om een prejudiciële vraag te kunnen stellen. Ook is het op zijn minst verdedigbaar, dat een gespecialiseerde mededingingsautoriteit met rechterlijke kenmerken beter in staat kan zijn de relevante kwesties van communautair mededingingsrecht te identificeren dan een generalistische rechterlijke instantie die de beslissingen van dat orgaan in een later stadium moet toetsen. Met het oog op de decentralisatie van het communautaire mededingingsrecht zou de mogelijkheid van de als gerecht gestructureerde nationale mededingingsautoriteiten om het Hof prejudiciële vragen voor te leggen, een bijkomende waarborg voor de eenheid van het gemeenschapsrecht bieden. Bovendien staat thans vast, dat de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd en verplicht zijn nationale wetgeving die met artikel 81, lid 1, EG strijdige gedragingen oplegt of vergemakkelijkt, of die de gevolgen van die gedragingen versterkt, in het bijzonder wat de vaststelling van de prijzen en de verdeling van de markt betreft, buiten toepassing te laten. [12] Deze bevoegdheid zou eveneens pleiten voor een soepele benadering van prejudiciële verwijzingen van dergelijke autoriteiten, zodat alle onduidelijkheden over de toepasselijke communautaire regels worden opgehelderd voordat de nationale wetgeving buiten toepassing wordt gelaten.

46. Naar mijn mening ondersteunen deze praktische overwegingen mijn eerdere conclusie, dat de onderhavige prejudiciële verwijzing ontvankelijk moet worden verklaard. Ik zal thans dan ook overgaan tot de bespreking van de inhoudelijke vragen die door de Griekse mededingingsautoriteit zijn voorgelegd.

9 — Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003 L 1, blz. 1).

10 — Artikel 35 en de vijfendertigste overweging van de considerans.

11 — Zie inzonderheid artikel 35, lid 4.

12 — Arrest van 9 september 2003, CIF (C-198/01, Jurispr. blz. I-8055).

Ten gronde

47. Allereerst merk ik op, dat bepaalde opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend de afbakening van de markt en de machtspositie betreffen. De prejudiciële vragen gaan er evenwel van uit, dat sprake is van een machtspositie op de relevante markten. De mededingingsautoriteit heeft vastgesteld dat een machtspositie bestaat ten aanzien van één van de litigieuze producten, Lamictal, en heeft het Hof niet verzocht om precisering van de relevante criteria voor de afbakening van de markt of voor het bestaan van een machtspositie. Ik zal mijn conclusie daarom beperken tot de door de mededingingsautoriteit aan de orde gestelde kwestie van misbruik in de zin van artikel 82 EG.

48. De mededingingsautoriteit wenst in dit verband in de eerste plaats te vernemen of een farmaceutische onderneming met een machtspositie, door de enkele weigering om volledig aan de bij haar geplaatste orders te voldoen teneinde de exportactiviteit van haar klanten te beperken, altijd wordt geacht haar machtspositie te misbruiken in de zin van artikel 82 EG. Indien dit niet het geval is, wenst zij in de tweede plaats te vernemen welke factoren bepalen of een onderneming voor die gedraging al dan niet aansprakelijk is.

49. Volgens de Commissie levert een dergelijke leveringsbeperking misbruik op, tenzij de onderneming met een machtspositie een objectieve rechtvaardiging voor haar handelen kan aanvoeren, die terecht en voldoende gewichtig is. Zij meent dat geen van de door de Griekse mededingingsautoriteit genoemde factoren in dat verband relevant is.

50. De Commissie baseert haar conclusie voor een deel op het mededingingsbeperkende karakter van de betrokken gedraging. Een onderneming met een machtspositie maakt misbruik van haar positie, wanneer zij weigert haar goederen en diensten te leveren om bestaande of potentiële concurrenten van een bepaalde markt te weren of uit te sluiten en haar positie op die markt te versterken. Aangezien iedere poging van een fabrikant om het aanbod te beperken teneinde de parallelhandel tegen te gaan, gewoonlijk is ingegeven door de bedoeling de mededinging tussen merken op de importmarkt terug te dringen, levert een dergelijke beperking in de regel misbruik op. Voor een deel baseert de Commissie zich ook op de met de betrokken gedraging nagestreefde marktverdeling. Het Hof heeft de artikelen 81 EG en 82 EG bij herhaling aldus uitgelegd, dat zij gedragingen verbieden die op de verdeling van de gemeenschappelijke markt zijn gericht.

51. Klaagsters en de Zweedse regering zijn het in wezen eens met de Commissie.

52. GSK stelt zich op het standpunt dat een leveringsbeperking door een farmaceutische onderneming met een machtspositie met als bedoeling de parallelhandel te beperken, geen misbruik in de zin van artikel 82 EG oplevert. Een dergelijke beperking valt niet onder de uitzonderlijke omstandigheden waaronder weigeringen om te leveren als misbruik zijn aangemerkt. In het juiste economisch en wettelijk kader bezien, vormt die beperking, gelet op de specifieke omstandigheden van de farmaceutische industrie in Europa, geen misbruik, maar veeleer een passende maatregel van een onderneming ter bescherming van haar legitieme commerciële belangen.

Levert de betrokken gedraging per definitie misbruik op?

53. Wat het eerste deel van de eerste prejudiciële vraag betreft, lijkt het mij correct, zoals de Commissie en GSK stellen, dat een farmaceutische onderneming met een machtspositie deze niet noodzakelijkerwijs misbruikt door te weigeren volledig aan de door de farmaceutische groothandelaren bij haar geplaatste bestellingen te voldoen, ook al beoogt zij daarmee de parallelhandel te beperken. Deze conclusie volgt naar mijn mening duidelijk uit de rechtspraak van het Hof, op het gebied van de verenigbaarheid van weigeringen om te leveren met artikel 82 EG. Zoals blijkt uit het volgende — noodgedwongen vrij uitvoerige — overzicht, kan volgens deze rechtspraak een verplichting om te leveren op grond van artikel 82 EG enkel worden opgelegd na een grondig onderzoek van de feitelijke en economische context, en ook dan alleen maar binnen vrij enge grenzen.

54. Dat een onderneming met een machtspositie in sommige gevallen verplicht kan zijn haar bestaande afnemers te bevoorraden, is voor het eerst bevestigd in het arrest Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie. [13] Deze zaak betrof de weigering van Commercial Solvents om een derde, Zoja, grondstoffen te blijven leveren die voor de fabricage van een afgeleid product essentieel waren en alleen van Commercial Solvents konden worden betrokken. De weigering kwam voort uit het besluit van Commercial Solvents om op de downstream markt voor dit derivaat met Zoja te gaan concurreren. Het Hof stelde vast dat een onderneming die een machtspositie op de grondstoffenmarkt bezit en die, teneinde die grondstoffen voor zijn eigen productie van derivaten te reserveren, de levering ervan weigert aan een afnemer welke zelf producent van die derivaten is, misbruik maakt van zijn machtspositie, doch enkel wanneer zij dit doet „met de kans elke concurrentie vanwege die afnemer uit te schakelen". [14]

55. In de zaak United Brands/Commissie [15] was een onderneming met een machtspositie

13 — Arrest van 6 maart 1974 (6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223).
14 — Punt 25 van het arrest.
15 — Arrest van 14 februari 1978 (27/76, Jurispr. blz. 207).

bij de productie van bananen (hierna: „UBC"), die zij onder het merk Chiquita verhandelde, gestopt met de bevoorrading van een rijper/distributeur nadat deze laatste na een meningsverschil met de dominante onderneming de bananen van een concurrerende producent begon te promoten en aan het rijpen van de bananen van UBC minder aandacht besteedde. Het Hof overwoog dat „vooreerst moet worden vastgesteld dat een onderneming met een machtspositie bij de verhandeling van een bepaald product — dat de reputatie van een bekend en door de consument gewaardeerd merk geniet — 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". [16]

56. Volgens het Hof was die handelwijze in strijd met artikel 82 EG, „aangezien een verkoopweigering het aantal afzetkanalen ten nadele van de consumenten beperkt en een discriminatie oplevert die uiteindelijk kan leiden tot de eliminatie van een handelspartner van de betrokken markt". [17] Het Hof stelde echter ook, dat zelfs een onderneming met een machtspositie in de mate van het redelijke de mogelijkheid moet hebben te handelen zoals zij ter verdediging van haar commerciële belangen wenselijk acht, mits haar handelwijze evenredig is aan de bedreiging en niet dient ter versterking of misbruik van die machtspositie. [18]

57. De zaak BP e.a./Commissie [19] betrof een leveringsbeperking door een petroleummaatschappij met een machtspositie tijdens de periode van olieschaarste in de jaren 1973 en 1974. BP kwam op tegen een beschikking van de Commissie, waarbij haar werd verweten dat zij misbruik van haar machtspositie had gemaakt door, zonder daarvoor een objectieve verklaring te kunnen geven, haar leveringen aan een bepaalde afnemer aanzienlijk te beperken, en wel in veel verdergaande mate dan de leveringen aan andere afnemers. De Commissie was van mening dat een dominante onderneming de beschikbare hoeveelheden van haar product op billijke wijze over al haar afnemers moet verdelen, met inachtneming van bijzonderheden of verschillen in hun commerciële situatie. In geval van een algemene bevoorradingscrisis dient zij in de eerste plaats aan haar vaste klanten te leveren, en de kortingen op de leveringen aan afnemers dienen in perioden van schaarste te worden toegepast op basis van een referentieperiode voorafgaand aan de crisis. De Commissie achtte een periode van een jaar geschikt als referentieperiode.

58. Advocaat-generaal Warner was van mening, dat de door de Commissie geformuleerde definitie van misbruik onpraktisch was vanwege de moeilijkheid de voorgestelde referentieperiode te bepalen en na te gaan of verschillen tussen de afnemers verschillen in hun behandeling kunnen rechtvaardigen. [20] Ook het Hof was van mening dat BP geen

16 — Punt 182 van het arrest.
17 — Punt 183 van het arrest.
18 — Punten 189 en 190 van het arrest.
19 — Arrest van 29 juni 1978 (77/77, Jurispr. blz. 1513).
20 — Bladzijde 1539, tweede kolom.

misbruik van haar machtspositie had gemaakt. De betrokken afnemer was in het jaar voorafgaand aan de crisis niet langer een vaste afnemer. Nu hij dus nog slechts een gelegenheidsafnemer was toen de crisis uitbrak, kon niet van BP worden verwacht dat zij hem op dezelfde wijze behandelde als haar traditionele klanten. [21] Het Hof betwijfelde bovendien dat een referentieperiode kon worden toegepast, althans met betrekking tot een afnemer waarmee de handelsbetrekkingen gedurende die periode waren verbroken. [22] Het stelde tot slot vast, dat de betrokken afnemer de aan de crisis verbonden moeilijkheden te boven was gekomen. [23] Hij was derhalve niet stellig, rechtstreeks en wezenlijk benadeeld of bedreigd in zijn bestaan. [24]

59. De zaak CBEM [25] vond zijn oorsprong in een bij een Belgische rechter ingestelde vordering, die ertoe strekte een televisiezender te gelasten een einde te maken aan zijn weigering reclamezendtijd te verkopen aan een met hem op de downstream markt voor telefonische marketing concurrerende onderneming. De zender weigerde eveneens adverteerders tijd te verkopen voor reclamespots met een uitnodiging om een telefoonnummer te bellen, tenzij het gebruikte telefoonnummer het nummer van zijn eigen downstream telemarketingactie was.

60. Het Hof stelde in antwoord op een prejudiciële vraag van de nationale rechter vast, dat een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zich schuldig maakt aan misbruik in de zin van artikel 82 EG, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een dochteronderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld. Het Hof wees erop, dat in een dergelijk geval de door de dominante onderneming geweigerde dienst onmisbaar was voor de bedrijvigheid van de andere onderneming. [26]

61. De tot dusver besproken zaken betroffen alle een weigering om te leveren aan een bestaande afnemer. In een aantal andere zaken heeft het Hof geoordeeld over weigeringen van ondernemingen om een derde toe te staan, voor het eerst hun intellectuele eigendom of fysieke infrastructuur te gebruiken.

62. In de zaak Volvo/Veng [27] stelde het Hof vast dat van misbruik van machtspositie geen sprake is, wanneer een automobielconstructeur die houder is van een modelrecht voor carrosserieonderdelen van zijn auto's, weigert anderen een licentie voor de vervaardiging van dergelijke onderdelen voor gebruik als vervangingsonderdelen te verlenen. Het

21 — Punten 28-29 en 32-33 van het arrest.

22 — Punt 30 van het arrest.

23 — Punt 42 van het arrest.

24 — Punt 20 van het arrest.

25 — Arrest van 3 oktober 1985, CBEM/CLT en IPB (311/84, Jurispr. blz. 3261).

26 — Punten 25-27 en dictum.

27 — Arrest van 5 oktober 1988 (238/87, Jurispr. blz. 6211).

Hof beklemtoonde dat de mogelijkheid voor de houder van een model om derden te beletten, producten waarin het model is verwerkt, zonder zijn toestemming te vervaardigen en te verkopen of in te voeren, de essentie vormt van zijn uitsluitend recht. De weigering om een licentie te verlenen, kan derhalve op zich geen misbruik van machtspositie vormen. De uitoefening van het uitsluitend recht kan daarentegen misbruik opleveren indien de dominante onderneming bijvoorbeeld willekeurig zou weigeren vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen zou vaststellen of zou beslissen geen vervangingsonderdelen meer te vervaardigen voor een bepaald automodel waarvan er nog steeds veel in omloop zijn. [28]

63. Nadien bevestigde het Hof in de zaak Magill [29] het arrest van het Gerecht waarbij een beschikking van de Commissie werd gehandhaafd, volgens welke omroepmaatschappijen in Ierland misbruik hadden gemaakt van de machtspositie die zij op de markt voor hun televisieprogrammaoverzichten bezaten, door zich op hun auteursrechten op die overzichten te beroepen om publicatie door derden van een enkele, wekelijkse tv-gids te voorkomen, die zou concurreren met de gidsen die elke zender voor zijn eigen programma's uitgaf. Het Hof achtte voor het bestaan van misbruik de volgende omstandigheden van belang. In de eerste plaats belette de weigering van de omroepmaatschappijen om het gebruik toe te staan van gegevens met betrekking tot hun programma's, het onontbeerlijke materiaal voor een allesomvattende wekelijkse tv-gids, de introductie van een nieuw product dat de zenders niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond. Die weigering leverde misbruik in de zin van artikel 82, sub b, EG op. [30] In de tweede plaats bestond voor die weigering geen rechtvaardigingsgrond. [31] In de derde plaats hadden de omroepmaatschappijen zich door hun gedragingen de afgeleide markt voor wekelijkse tv-gidsen voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten, aangezien zij eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een dergelijke gids, ontzegden. [32]

64. De zaak Bronner [33] betrof eveneens een weigering om te leveren. Aan het Hof was de vraag voorgelegd of het feit dat een nieuwsbladengroep die een zeer groot aandeel van de markt in handen heeft, weigert een concurrerende uitgever in haar thuisbezorgingssysteem voor dagbladen op te nemen, tenzij die uitgever bepaalde aanvullende diensten van haar betrekt, een met artikel 82 EG strijdig misbruik van een machtspositie oplevert. Het Hof wees erop, dat het in zijn arresten Commercial Solvents/Commissie en CBEM had vastgesteld dat een weigering om aan een concurrerende onderneming waren of diensten te leveren die laatstgenoemde

28 — Punten 8 en 9 van het arrest.

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

30 — Punten 53 en 54 van het arrest.

31 — Punt 55 van het arrest.

32 — Punt 56 van het arrest.

33 — Arrest van 26 november 1988 (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791).

voor de uitoefening van haar werkzaamheden nodig heeft, enkel misbruik oplevert voorzover door de betrokken gedraging de mededinging van die onderneming volledig werd uitgeschakeld. [34] Het Hof bracht vervolgens het arrest Magill in herinnering en merkte op dat, gesteld al dat deze rechtspraak betreffende de uitoefening van een intellectuele-eigendomsrecht van toepassing is op de uitoefening van eender welk eigendomsrecht, voor het bestaan van misbruik daarnaast niet alleen was vereist dat de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen vermoedelijk elke mededinging op de dagbladmarkt door de verzoeker van de dienst zou uitsluiten en die weigering niet objectief kan worden gerechtvaardigd, maar ook dat de dienst op zich onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van die persoon, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem bestaat. [35] Dat was in feite niet het geval. [36]

65. Ten slotte is het Hof in de recente zaak IMS Health [37] teruggekomen op de omstandigheden waarin een weigering van een onderneming met een machtspositie om een licentie voor het gebruik van haar intellectuele eigendom te verlenen, misbruik in de zin van artikel 82 EG kan opleveren. Ten vervolge op het arrest Magill heeft het Hof vastgesteld dat, opdat de weigering van een onderneming die houder is van een auteursrecht om toegang te geven tot een product of een dienst die onontbeerlijk is voor de uitoefening van een bepaalde activiteit als misbruik kan worden aangemerkt, volstaat dat is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat deze weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, dat zij geen rechtvaardigingsgrond heeft en dat zij elke mededinging op een afgeleide markt uitsluit. [38]

66. Het komt mij voor dat uit de communautaire rechtspraak en praktijk tot dusver de volgende in casu relevante punten kunnen worden afgeleid. Ten eerste is duidelijk, dat een onderneming met een machtspositie soms verplicht zal zijn haar producten of diensten te leveren. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een leveringsonderbreking de mededinging tussen de onderneming en de afnemer op een downstream markt, of tussen de onderneming en haar bestaande of potentiële concurrenten op de betrokken markt ernstig zou verstoren. Voorts is er een beperkt aantal omstandigheden waarin een dominante onderneming verplicht is een derde voor het eerst zijn faciliteiten ter beschikking te stellen of een licentie voor zijn intellectuele eigendomsrechten te verlenen. Daartoe moet het bestaan van een uitzonderlijke aantasting van de mededinging worden aangetoond.

67. Ten tweede is echter ook duidelijk, dat de leveringsverplichtingen van een onderneming met een machtspositie uit hoofde van artikel 82 EG in verschillende opzichten

34 — Punt 38 van het arrest.

35 — Punt 41 van het arrest.

36 — Punten 42-44 van het arrest.

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

38 — Punt 38 van het arrest.

beperkt zijn. Zoals het Hof in het reeds aangehaalde arrest United Brands/Commissie heeft vastgesteld, behoeft een dominante onderneming niet aan ongewone bestellingen te voldoen en heeft zij in de mate van het redelijke de mogelijkheid om ter verdediging van haar commerciële belangen te handelen. Zo kon in de zaak BP/Commissie een onderneming met een machtspositie voor het Hof met succes een commercieel beleid verdedigen, waarbij bij de toewijzing van schaarse goederen afnemers verschillend werden behandeld. Het Hof heeft bovendien bij herhaling de op dominante ondernemingen rustende verplichting onder verwijzing naar de mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging beperkt.

68. Ten derde zijn de factoren waaruit blijkt of de gedragingen van een onderneming die weigert te leveren al dan niet misbruik opleveren, in grote mate afhankelijk van de specifieke economische en normatieve context waarin de zaak zich voordoet. De Commissie heeft dit kort geleden met zoveel woorden gezegd in haar Microsoft-beschikking. [39] De Supreme Court van de Verenigde Staten heeft zich onlangs in dezelfde zin uitgesproken. [40]

69. In het licht van deze analyse lijkt het mij duidelijk dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord: een farmaceutische onderneming met een machtspositie die de levering van haar producten beperkt, maakt niet noodzakelijkerwijs misbruik van haar machtspositie in de zin van artikel 82 EG enkel omdat zij daarmee beoogt de parallelhandel te beperken.

70. Ik acht het aannemelijk, gelijk de Commissie stelt, dat het oogmerk de parallelhandel te beperken een van de omstandigheden zou moeten zijn die ertoe leidt dat een weigering om te leveren van een onderneming met een machtspositie in het algemeen misbruik oplevert. Een dergelijke gedraging is er gewoonlijk op gericht potentiële concurrentie voor de dominante onderneming op de markt in de lidstaat van invoer te elimineren. Zelfs wanneer voldoende gevolgen voor de mededinging niet in alle gevallen kunnen worden aangetoond, kan men tot ondersteuning van die conclusie nog aanvoeren dat de betrokken gedraging ertoe strekt de markt te verdelen.

71. Hoewel het oogmerk van marktverdeling wordt verondersteld en zelfs duidelijk wordt toegegeven, is het in het voorliggende geval niet het voornaamste oogmerk, maar vanwege de bijzondere kenmerken van de markt veeleer een onvermijdelijk gevolg van de poging van GSK om wat zij als haar legitieme commerciële belangen ziet, te beschermen door te weigeren volledig aan de bij haar geplaatste bestellingen te voldoen. De kwestie van het oogmerk mag derhalve niet de aandacht afleiden van de wezenlijke vraag, of

39 — Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (zaak COMP/C-3/37.792 Microsoft). De Commissie stelt zich in punt 555 van de beschikking op het standpunt dat „een benadering volgens welke een uitputtende checklist van uitzonderlijke omstandigheden bestaat en de Commissie andere omstandigheden van uitzonderlijke aard die bij de beoordeling van een weigering om te leveren mogelijk in aanmerking zouden moeten worden genomen, van meet af aan dient te negeren, niet overtuigend is".

40 — In de zaak Verizon Communications Inc./Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, betreffende de verenigbaarheid van een weigering om te leveren met het Amerikaanse mededingingsrecht, verklaarde rechter Scalia in de uitspraak van de Supreme Court: „Een antitrustanalyse moet altijd de bijzondere structuur en omstandigheden van de betrokken sector in aanmerking nemen. Onderdeel van die aandacht voor de economische context is het bewustzijn van de betekenis van de reglementering".

een dergelijke weigering in het licht van alle omstandigheden is gerechtvaardigd.

72. Zoals de Commissie stelt, is in ieder geval duidelijk dat ondernemingen met een machtspositie volgens de communautaire rechtspraak het bewijs kunnen leveren van de objectieve rechtvaardiging van hun gedraging, ook al is op het eerste gezicht sprake van misbruik, zodat ik thans zal ingaan op de kwestie van de objectieve rechtvaardiging. Ik merk op, dat de tweefasige analyse die het onderscheid tussen misbruik en de objectieve rechtvaardiging ervan veronderstelt, naar mijn mening enigszins gekunsteld is. Artikel 82 EG bevat, in tegenstelling tot artikel 81 EG, geen enkele uitdrukkelijke bepaling voor de vrijstelling van een gedraging die zonder die vrijstelling onder dat artikel zou vallen. Alleen al het feit dat gedragingen als „misbruik" worden gekarakteriseerd, wijst erop dat zij verwijtbaar worden geacht, terwijl artikel 81 EG de meer neutrale termen „verhinderen", „beperken" of „vervalsen" van de mededinging gebruikt. Het is mijns inziens dan ook correcter te stellen dat bepaalde soorten gedragingen van een onderneming met een machtspositie helemaal niet onder de categorie misbruik vallen. Omdat de Commissie echter in het licht van bepaalde eerdere arresten haar opmerkingen in termen van objectieve rechtvaardiging heeft geformuleerd, kan het zinvol zijn deze structuur hier te volgen.

Kan de betrokken gedraging objectief gerechtvaardigd zijn?

73. Aangezien ik heb voorgesteld het eerste deel van de eerste prejudiciële vraag ontkennend te beantwoorden, moet eveneens worden onderzocht of een van de verschillende factoren die de Griekse mededingingsautoriteit heeft genoemd, van belang is voor de beoordeling of een gedraging als de hier in geding zijnde objectief gerechtvaardigd kan zijn, te weten: het feit dat in de Europese farmaceutische sector geen zuivere mededingingsvoorwaarden bestaan; het percentage waarmee de door de dominante onderneming ter beschikking gestelde leveringen het binnenlands verbruik overtreffen; de weerslag van de parallelhandel op de omzet of winst van de dominante onderneming, en de mate waarin de eindverbruiker/patiënt en de afnemer van de verhandelde producten voordeel hebben bij de parallelhandel.

74. Op het eerste gezicht is de opvatting van de Commissie dat een leveringsbeperking met als bedoeling de parallelhandel te beperken maar in enkele omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn, moeilijk te weerleggen. In de meeste gevallen liggen de voordelen van parallelhandel voor de hand: deze handel bevordert concurrentie tussen merken, zodat de prijzen in de staat van invoer ten gunste van de consumenten aldaar omlaag gaan. Na een grondig onderzoek van de specifieke context van de Europese farmaceutische sector ben ik er echter niet van overtuigd dat er zo weinig mogelijkheden voor rechtvaardiging zijn als de Commissie stelt.

75. In feite lijken mij verschillende kenmerken van die sector waarnaar de Griekse mededingingsautoriteit heeft verwezen, relevant voor de beoordeling van de verant-

woordelijkheid van een farmaceutische onderneming met een machtspositie die de bevoorrading beperkt met de bedoeling de parallelhandel tegen te gaan.

76. De factoren waarmee naar mijn mening rekening moet worden gehouden, zijn in de eerste plaats de algemene regulering van de prijzen en de distributie in de sector; in de tweede plaats de vermoedelijke weerslag van een onbegrensde parallelhandel op de farmaceutische ondernemingen gezien de economische verhoudingen in deze sector, en in de derde plaats de gevolgen van die handel voor consumenten en afnemers van farmaceutische producten.

De regulering van de prijzen en van de distributie in de Europese farmaceutische sector

77. Mijns inziens kan men de algemene en divergerende regulering waaraan de farmaceutische sector zowel op nationaal als op communautair niveau onderworpen is en waardoor hij volgens mij verschilt van alle andere industrieën die zich met de vervaardiging van gemakkelijk verhandelbare goederen bezighouden, bij de beoordeling van gedragingen als in casu in geding niet buiten beschouwing laten.

78. Lidstaten interveniëren ter beperking van de prijs die op hun grondgebied voor geneesmiddelen moet worden betaald. Deze interventie dient ter bescherming van de budgetten van de stelsels van ziekteverzekering, die het grootste deel van de kosten van die producten voor hun rekening nemen. De staten interveniëren in verschillende mate en met verschillende methoden om de prijs van farmaceutische producten vast te stellen of te beïnvloeden. Sommige staten zijn bereid de verkoop van farmaceutische producten tegen een hogere prijs toe te staan dan andere. Dit kan zijn omdat zij — expliciet of impliciet — erkennen dat farmaceutische ondernemingen voldoende rendement moeten kunnen behalen om het onderzoek en de ontwikkeling van nieuwe farmaceutische producten te bevorderen. Als gevolg hiervan is de prijs van farmaceutische producten in sommige lidstaten in de regel veel hoger dan in andere. Het zijn de prijsverschillen tussen de lidstaten die mogelijkheden voor parallelhandel bieden. In een recente, voorafgaand aan de laatste uitbreiding van de Europese Unie gepubliceerde mededeling voorspelde de Commissie dat de verschillen door de uitbreiding alleen nog maar groter zullen worden.[41]

79. De regulering van prijzen door de lidstaten is door de gemeenschapswetgeving slechts beperkt geharmoniseerd.[42] In haar mededeling van 1998 betreffende de interne markt voor geneesmiddelen[43] kwam de Commissie tot de slotsom dat de instelling

41 — Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's — Een sterkere Europese farmaceutische industrie in dienst van de patiënt — Een oproep tot actie, COM (2003) 383 def., blz. 14.

42 — Volgens richtlijn 89/105/EEG 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), moeten de lidstaten ervoor zorg dragen dat besluiten over de prijsstelling en vergoeding op transparante en niet-discriminerende wijze en binnen een exact bepaalde termijn worden vastgesteld.

43 — COM (1998) 588 def.

van een centraal bestuurd Europees prijsstellingssysteem voor geneesmiddelen niet wenselijk en voor het ogenblik onuitvoerbaar was. Zij stelde: „De vaststelling van een passend prijsniveau voor de hele Gemeenschap zou uiterst moeilijk blijken: lage niveaus zouden onmiddellijk een gunstige uitwerking op de doelstellingen van de uitgaven in de gezondheidszorg hebben (althans in de lidstaten waar de prijzen thans hoog zijn), maar uitmonden in een constante vermindering van Europa's bijdrage aan de globale investering in farmaceutisch onderzoek en ontwikkeling, wat in laatste instantie tot desinvestering in de Europese economie zou leiden. Hoge niveaus zouden de toegankelijkheid voor verbruikers en betalers beperken in die landen waar vanwege de economische en sociale omstandigheden dergelijke prijzen niet kunnen worden betaald". [44] In plaats daarvan heeft de Commissie verschillende maatregelen voorgesteld, die de verstoringen op de interne markt ten gevolge van de prijsregulering van farmaceutische producten door de lidstaten moeten verkleinen.

80. Een tweede relevant kenmerk waaruit blijkt dat in de Europese farmaceutische industrie geen normale mededingingsvoorwaarden heersen, vloeit voort uit de hoge mate van regulering die voor de distributie van farmaceutische producten geldt, zowel op nationaal als op communautair niveau. Volgens de gemeenschapsregeling betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik moeten de lidstaten een vergunningsstelsel invoeren voor degenen die als groothandelaar in geneesmiddelen actief zijn. Een vergunning wordt enkel verleend wanneer aan verschillende minimumeisen is voldaan. [45]

81. In veel lidstaten gelden voor farmaceutische ondernemingen en groothandelaren volgens nationaal recht verschillende bijkomende verplichtingen teneinde de beschikbaarheid van geneesmiddelen te waarborgen. Zoals de Griekse mededingingsautoriteit in de verwijzingsbeschikking uiteenzet, legt bijvoorbeeld de Griekse wet een aantal klaagsters een openbaredienstverplichting op, die erin bestaat permanent een volledige en gediversifieerde voorraad farmaceutische producten aan te houden, waarmee in de behoeften van een bepaald geografisch gebied kan worden voorzien en snelle levering van de bestellingen in dit hele gebied is verzekerd.

82. Artikel 81, tweede alinea, van richtlijn 2001/83 voorziet thans ook in de volgende verplichting voor fabrikanten van farmaceutische producten en hun distributeurs:

„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

44 — Blz. 11.

45 — De relevante bepalingen zijn neergelegd in titel VII van richtlijn 2001/83/EG 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/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 (PB L 136, blz. 34).

gebracht, zorgen ervoor, voorzover 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."

83. De regulering van de Europese farmaceutische sector op nationaal en communautair niveau is in mijn optiek in meerdere opzichten relevant voor de beoordeling van een gedraging als die in geding.

84. In de eerste plaats geeft die regeling inzicht in de redelijkheid en evenredigheid van een leveringsbeperking. Wanneer farmaceutische ondernemingen parallelhandel trachten te blokkeren, doen zij dit niet om door hen zelf gecreëerde prijsverschillen te handhaven, maar om de gevolgen te vermijden die zouden ontstaan indien de zeer lage prijzen die zij in sommige lidstaten opgelegd krijgen, voor de gehele Gemeenschap zouden gelden.

85. Ook belet een leveringsbeperking als zodanig de groothandelaren niet, de goederen die zij ontvangen te exporteren. In beginsel is een dergelijke beperking ongeschikt om parallelhandel te voorkomen, wanneer prijsverschillen tussen lidstaten bestaan. Alle in een lidstaat met een laag prijsniveau geleverde hoeveelheden zouden worden uitgevoerd en het zou voor de onderneming geen zin hebben überhaupt aan die staat te leveren. Wat groothandelaren in de farmaceutische industrie ervan weerhoudt producten die zij in hun bezit hebben uit te voeren, zijn kennelijk de hun opgelegde openbaredienstverplichtingen volgens welke zij voldoende voorraad moeten aanhouden om aan de binnenlandse vraag te kunnen voldoen. De aan een leveringsbeperking verbonden marktverdeling is een gevolg van de maatregelen van de nationale autoriteiten in de staat van uitvoer.

86. In de tweede plaats leiden de wettelijke en morele verplichtingen voor farmaceutische ondernemingen met een machtspositie om in elke lidstaat voorraad aan te houden, tot twijfel over de redelijkheid en evenredigheid van de eis dat zij groothandelaren in lidstaten met een laag prijsniveau, die voornemens zijn de geleverde hoeveelheden uit te voeren, moeten bevoorraden. Het is niet duidelijk of een farmaceutische onderneming zich kan terugtrekken uit een lidstaat waar haar een lage prijs is opgelegd. Het komt mij voor dat twee juridische obstakels aan een dergelijke terugtrekking in de weg kunnen staan. Enerzijds kan het zijn dat dominante ondernemingen op grond van artikel 82 EG slechts onder bepaalde omstandigheden bestaande handelsbetrekkingen kunnen beëindigen, althans zonder een redelijke opzegtermijn. Anderzijds verlangt artikel 81 van richtlijn 2001/83 van farmaceutische ondernemingen, voorzover hun verantwoordelijkheden dat toelaten, dat zij ervoor zorgen dat een geneesmiddel waarvoor een vergunning is verleend en dat in een lidstaat daadwerkelijk in de handel is gebracht 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. De exacte parameters van deze verplichting moeten nog worden uitgewerkt, maar tot op zekere hoogte lijken zij de speelruimte te kunnen beperken waarover een farmaceutische onderneming beschikt om een product dat reeds in een

bepaalde staat in de handel is gebracht, van de markt te halen.

87. In de derde plaats is de regulering van de distributie van farmaceutische producten in Europa gebaseerd op afzonderlijke nationale systemen, die, teneinde ervoor te zorgen dat op elk nationaal grondgebied voldoende voorraad beschikbaar is, zowel farmaceutische ondernemingen als groothandelaren verplichtingen opleggen, en die door de toepasselijke gemeenschapswetgeving uitdrukkelijk worden versterkt. De activiteiten van de parallelhandelaren doorkruisen die systemen, waardoor het gevaar bestaat dat zij zowel in de lidstaat van invoer als in die van uitvoer de voorzieningen destabiliseren die fabrikanten en groothandelaren van farmaceutische producten op grond van hun openbaredienstverplichtingen volgens nationaal en gemeenschapsrecht moeten treffen. De beslissing van een dominante farmaceutische onderneming om de hoeveelheden te beperken die zij ter beschikking stelt van degenen die voornemens zijn parallelhandel te bedrijven, moet naar mijn mening tegen de achtergrond van die verplichtingen worden beoordeeld.

88. Zoals ik hierna zal bespreken, leidt tot slot het feit dat lidstaten voor farmaceutische producten op hun grondgebied volledig afwijkende prijsniveaus hebben vastgesteld en zelf de voornaamste afnemers van farmaceutische producten zijn, tot twijfel over het idee dat parallelhandel daadwerkelijk de afnemers van die producten tot voordeel strekt.

De economische kenmerken van de innoverende farmaceutische industrie

89. Naar mijn mening is het tevens van belang om stil te staan bij enkele economische factoren die van invloed zijn op het commerciële beleid van farmaceutische ondernemingen. Innovatie is een belangrijke parameter van de concurrentie in de farmaceutische sector.[46] Gewoonlijk is met het onderzoek naar en de ontwikkeling van een nieuw farmaceutisch product een aanzienlijke investering gemoeid.[47] De vervaardiging van een farmaceutisch product kenmerkt zich in het algemeen door hoge vaste kosten (voor onderzoek en ontwikkeling van het product) en relatief lage variabele kosten (voor de vervaardiging van het ontwikkelde product).[48] Het is evident dat de beslissing om in de ontwikkeling van een nieuw farmaceutisch product te investeren mede ervan afhangt, of de fabrikant verwacht voldoende winst te kunnen maken om de investeringskosten terug te verdienen. Als de investering eenmaal is gedaan, zijn die kosten echter verloren. Een onderneming gedraagt zich dan ook rationeel wanneer zij haar producten afzet op een markt waar de prijs is vastgelegd boven de variabele kosten. Dat een product op een bepaalde markt tegen een bepaalde prijs wordt verhandeld, betekent nog niet dat een farmaceutische onderneming haar totale kosten kan terug-

46 — Beschikking van de Commissie van 8 mei 2001 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (Glaxo Welcome) (PB 2001 L 302, blz. 1, punt 155).

47 — In een verslag voor het directoraat-generaal Ondernemingen van de Commissie, „Global Competitiveness in Pharmaceuticals — A European Perspective", stellen A. Gambardella, L. Orsenigo en F. Pammolli op blz. 38 dat „een O&O-project voor een nieuw geneesmiddel gewoonlijk acht tot twaalf jaar in beslag neemt en tussen de 350 en 650 miljoen USD kost".

48 — Ibidem, zie voetnoot 1 op blz. 3, waar de auteurs stellen dat „de vervaardiging in deze branche niet zo belangrijk is in vergelijking met de O&O en verhandeling, die het grootste deel van de investeringen uitmaken".

verdienen wanneer die prijs voor de gehele Gemeenschap zou gelden. Dit zou kunnen worden getoetst indien de nationale rechter zou kunnen vaststellen of de door de dominante onderneming in een bepaalde lidstaat verkregen prijs haar inderdaad in staat heeft gesteld haar vaste en variabele kosten te dekken en een redelijke winst te behalen.

90. Deze factoren geven enig inzicht in de mogelijke gevolgen van een verbod voor farmaceutische ondernemingen met een machtspositie om leveringen te beperken met de bedoeling parallelhandel tegen te gaan.

91. Dit zou deze ondernemingen er heel wel toe kunnen aanzetten geen producten in de handel te brengen waarmee zij een machtspositie kunnen verkrijgen in lidstaten waar de prijzen op een laag niveau zijn vastgesteld. Zoals gezegd, kunnen de wettelijke en morele verplichtingen van de ondernemingen het hun moeilijk maken producten terug te trekken die in die staten reeds in de handel zijn gebracht. Het ligt meer voor de hand dat zij de introductie van nieuwe producten in die staten uitstellen. Daardoor zouden de productieniveaus en het door bepaalde farmaceutische producten gegenereerde welzijn van de consumenten binnen de Gemeenschap afnemen.

92. Ook onderhandelingen over de prijsstelling in lidstaten met een laag prijsniveau zouden vrijwel zeker moeilijker worden. Er zou een aanzienlijke druk zijn om de prijzen in die staten te verhogen indien zij ten gevolge van de parallelhandel voor de hele Gemeenschap zouden gaan gelden. Dergelijke prijsverhogingen, mochten zij worden overeengekomen, zouden wederom de productie en het welzijn van de consumenten in de betrokken staten doen afnemen. Bovendien zouden zij de facto leiden tot een herverdeling van middelen van de consumenten in lidstaten met een laag prijsniveau naar die in lidstaten met een hoog prijsniveau.

93. Indien lidstaten met een laag prijsniveau de druk om de prijs te verhogen zouden kunnen weerstaan, en farmaceutische ondernemingen geen producten van de markt zouden halen of de introductie ervan uitstellen, zou de winst uit de verkoop van de producten waarvoor een machtspositie is vastgesteld, afnemen. De prikkel voor een farmaceutische onderneming om in onderzoek en ontwikkeling te investeren, zou, gezien het lagere rendement dat zij verwacht te behalen gedurende de periode dat zij octrooibescherming geniet, dus in zoverre minder zijn.

94. De Commissie betoogt dat farmaceutische ondernemingen de keuze hebben of zij een product tegen een bepaalde prijs op de markt willen brengen. Doen zij dit, dan mag men aannemen dat die prijs commercieel

haalbaar is. Zoals ik hierboven heb toegelicht[49], gaat deze conclusie mij te ver. Een onderneming kan met een prijs in een bepaalde lidstaat akkoord gaan, ook al biedt die prijs beperkte mogelijkheden voor het terugverdienen van de vaste kosten die aan de ontwikkeling van een bepaald farmaceutisch product zijn verbonden, vooropgesteld dat die prijs de variabele productiekosten dekt en hij niet voor de hele Gemeenschap geldt, waardoor de in andere lidstaten behaalde winst zou verdwijnen.

95. Het is derhalve volstrekt denkbaar dat farmaceutische ondernemingen met een machtspositie, wanneer zij in lidstaten met een laag prijsniveau niet over een prijsverhoging kunnen onderhandelen, op een verplichting om parallelhandelaren binnen een bepaalde lidstaat te bevoorraden zouden reageren door reeds verhandelde producten in die staat — indien mogelijk — van de markt te halen en de introductie van nieuwe producten aldaar uit te stellen. Dit zou in plaats van tot prijsverschillen, tot fragmentatie van de markt leiden, met van staat tot staat een verschillend assortiment beschikbare producten.

De gevolgen van de parallelhandel voor de consumenten en afnemers in de lidstaat van invoer

96. Ten slotte acht ik het van belang de gevolgen van de parallelhandel voor de consumenten en afnemers in de lidstaat van invoer te onderzoeken. In het algemeen zijn de voordelen van parallelhandel merkbaar voor degenen die producten tegen een lagere prijs kunnen kopen op de markt waarvoor die handel is bedoeld. Het lijkt er evenwel op, dat vanwege de bijzondere kenmerken van de Europese farmaceutische industrie vraagtekens bij deze voordelen moeten worden geplaatst.

97. De parallelhandel in farmaceutische producten leidt niet noodzakelijkerwijs tot prijsconcurrentie die voor de eindverbruikers van deze producten waarneembaar is. In veel lidstaten betalen patiënten, in de vorm van een vaste bijdrage, slechts een klein deel van de prijs van de hun voorgeschreven geneesmiddelen. Het overige deel van de prijs van het product komt voor rekening van de stelsels van ziekteverzekering. In die staten levert de parallelhandel dus voor de eindverbruikers van de aldus verhandelde geneesmiddelen geen enkel voordeel op.

98. De parallelhandel leidt ook niet altijd tot prijsconcurrentie ten gunste van de publieke instellingen die de werkelijke afnemers zijn van de verhandelde producten, of van de belastingbetalers die aan die instellingen bijdragen. In enkele lidstaten hebben bijvoorbeeld apothekers het recht gekregen om voor verhandelde producten de prijs te hanteren van de producten die in de betrokken staat voor het eerst op de markt zijn gebracht. Het prijsverschil dat tot de parallelhandel heeft gevoerd, wordt dus volledig opgeslorpt als

49 — Zie boven, punten 89-93.

winst door degenen die deel uitmaken van de distributieketen. Als reactie daarop heeft een aantal van die staten regelingen ingevoerd teneinde een deel van de winst van de apothekers terug te vorderen. De Commissie stelde in haar mededeling van 1998: „Wanneer parallelhandel geen dynamische uitwerking op de prijs kan hebben, leidt hij tot inefficiëntie, omdat weliswaar niet de gehele winst, maar wel het grootste deel ervan ten goede komt aan de parallelhandelaar in plaats van aan het stelsel van gezondheidszorg of aan de patiënt". [50]

99. Daar overheidsinstanties farmaceutische producten kopen en ook bij de prijsstelling van die producten een belangrijke rol spelen, kan in ieder geval niet worden aangenomen dat de afnemer in een lidstaat met een hoog prijsniveau enkel in een prijsverlaging is geïnteresseerd. Als de staat daadwerkelijk lagere prijzen zou wensen, zou men van hem een grotere rol bij de rechtstreekse verlaging van die prijzen mogen verwachten. De prijsconcurrentie die uit de parallelhandel voortvloeit, kan dan ook tegen de wensen van de afnemer ingaan.

Conclusies ten aanzien van de mogelijkheid van objectieve rechtvaardiging

100. Gelet op alle hierboven besproken factoren ben ik 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. Een dergelijke beperking beschermt geen prijsverschillen die door de onderneming zelf tot stand zijn gebracht en belemmert evenmin rechtstreeks de handel, die veeleer wordt geblokkeerd door de door de lidstaten opgelegde openbaredienstverplichtingen. Van de onderneming verlangen dat zij aan alle bij haar geplaatste exportorders voldoet, zou in veel gevallen, vanwege haar morele en wettelijke verplichtingen om in alle lidstaten voorraden aan te houden, een onevenredige belasting vormen. Gezien de specifieke economische kenmerken van de farmaceutische industrie zou een verplichting om te leveren niet noodzakelijkerwijs het vrije verkeer of de concurrentie bevorderen, en innovatie door farmaceutische ondernemingen kunnen ontmoedigen. Bovendien kan niet worden aangenomen dat de parallelhandel daadwerkelijk aan de eindverbruikers van farmaceutische producten, of aan de lidstaten als voornaamste afnemers van die producten, ten goede zou komen.

101. Deze conclusie betreft evenwel zeer specifiek de farmaceutische industrie in de huidige omstandigheden en de hier in geding zijnde concrete gedraging.

50 — Mededeling van de Commissie betreffende de interne markt voor geneesmiddelen, aangehaald in voetnoot 43, blz. 4.

102. Ik acht het hoogst onwaarschijnlijk dat een andere sector de kenmerken vertoont op basis waarvan ik tot de slotsom ben gekomen, dat een leveringsbeperking met de bedoeling de parallelhandel tegen te gaan in het geval van farmaceutische producten verdedigbaar is. Zou het economisch en wettelijk kader van de farmaceutische sector in Europa veranderen, moeten wellicht ook de redelijkheid en evenredigheid van leveringsbeperkingen in een lidstaat met een laag prijsniveau worden heroverwegen.

103. Ook laat een gedraging van een farmaceutische onderneming met een machtspositie die de interne markt duidelijker en rechtstreekser opdeelt, zich naar mijn mening niet op vergelijkbare wijze rechtvaardigen. De evenredigheid van de leveringsbeperking vloeit voor een deel voort uit het feit dat zij slechts in zeer beperkte mate bijdraagt aan de verdeling van de markt in de farmaceutische sector.

104. Tot slot wil ik nog opmerken dat de voorgaande analyse niet uitsluit dat een leveringsbeperking door een farmaceutische onderneming met een machtspositie in strijd kan zijn met de vaste rechtspraak van het Hof op het gebied van weigeringen om te leveren, indien zij nadelige gevolgen voor de mededinging heeft die niet uit de beperking van de parallelhandel voortvloeien.

Conclusie

105. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) 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.

2) Een dergelijke weigering kan objectief gerechtvaardigd zijn en hoeft derhalve geen misbruik te vormen, wanneer het prijsverschil dat tot de parallelhandel heeft geleid het gevolg is van overheidsinterventie in de lidstaat van uitvoer, waarbij de prijs aldaar op een lager niveau is vastgesteld dan die welke in andere delen van de Gemeenschap geldt, rekening houdend met het geheel van omstandigheden van de Europese farmaceutische sector in de huidige fase van zijn ontwikkeling en in het bijzonder:

— de algemene en divergerende overheidsinterventies bij de prijsstelling van farmaceutische producten, die tot prijsverschillen tussen de lidstaten hebben geleid;

— 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;

— 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;

— 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."