

Hindringer mot paralleleksport kan være misbruk av dominerende stilling

EF-domstolen avgjorde 16. september 2008 at det kan være ulovlig misbruk av dominerende stilling hvis en dominerende legemiddelprodusent nekter å imøtekomme bestillinger fra nasjonale distributører for å begrense paralleleksport til andre EU-land. Leverandøren kan bare nekte å etterkomme slike bestillinger dersom de i lys av markedsmessige behov i eksportmedlemsstaten og partenes tidligere forretningsforhold fremstår som uvanlige.

BAKGRUNN FOR AVGJØRELSEN

GlaxoSmithKline ("GSK") produserer blant andre legemidlene Imigran, Lamictal og Serevent. På det greske marked skjer distribusjonen av de reseptbelagte legemidlene gjennom forskjellige greske distributører (grossister), som i en årrekke både hadde solgt preparatene på det greske marked og eksportert dem til andre medlemsland, hvor det typisk var fastsatt en høyere pris enn i Hellas. Følgelig kunne de parallellimporterte preparatene fra de greske distributører omsettes til en lavere pris i importstatene enn de tilsvarende preparatene som ble markedsført av GSK direkte. GSK opplevde derfor at selskapet i de relevante importmedlemsstatene ikke oppnådde forventet inntjening. Som mottrekk la GSK om sitt distribusjonssystem og sluttet etter hvert å imøtekomme de greske distributørenes bestillinger fullt ut.

De greske distributørene gikk til sak mot GSK. Som ledd i saksbehandlingen ba den greske appelldomstolen om at EF-domstolen tok stilling til om en dominerende legemiddelprodusents delvise leveringsnektelse utgjør misbruk av dominerende stilling når leveringsnektelsen skjer for å hindre paralleleksport.

EF-DOMSTOLENS VURDERINGER

EF-domstolen konstaterer innledningsvis i dommen at det følger av etablert rettspraksis at atferd fra en dominerende aktør, som har til formål å hindre parallellhandel, utgjør misbruk av dominerende stilling. Fordi det i saken var ubestridt at GSKs delvise leveringsnektelse nettopp hadde til formål å hindre paralleleksport fra Hellas, ble det primære vurderingstema for EF-domstolen om atferden kunne forsvares på objektive grunnlag.

EF-domstolen vurderer så om GSKs atferd kan rettferdiggjøres av at prisdifferenser mellom forskjellige medlemsstater ikke kommer sluttbrukerne i importmedlemsstaten til gode i sin helhet, men at de i vidt omfang også begunstiger paralleleksportørene i form av økt profitt. Domstolen nøyde seg med å konstatere at paralleleksport nettopp er med på å skape prispress i et marked der det ellers er statlig prisregulering, noe som uten videre legges til grunn å være til gagn også for sluttbrukerne. Forholdet kunne derfor ikke rettferdiggjøre GSKs atferd.

Innholdet i dette nyhetsbrevet er kun en informasjonstjeneste fra Thommessen. Informasjonen er ikke ment å være en erstatning for juridisk rådgivning. Mottakere av dette nyhetsbrevet bør ikke basere seg utelukkende på denne informasjonen, men alltid søke profesjonell juridisk bistand. Thommessen tar intet ansvar for informasjon i nyhetsbrevet som skulle vise seg å være mangelfull eller uriktig. © 2008 Thommessen Krefting Greve Lund AS Advokatfirma

Domstolen vurderer deretter om det forhold at legemidler i stor grad er gjenstand for prisregulering i medlemsstatene, har betydning for vurderingen av om leveringsnektelsen utgjør et misbruk av dominerende stilling. Domstolen avviser dette under henvisning til at vanlige markedsmessige mekanismer ikke er satt helt ut av kraft til tross for blant annet statlig prisfastsettelse på legemidler. Dette for eksempel fordi legemiddelprodusentene har en viss innflytelse på den statlige prisfastsettelsen, herunder gjennom deltakelse i prisforhandlinger med myndighetene.

Det er viktig å merke seg at Domstolen påpeker at selv i tilfeller hvor paralleleksport vil medføre knapphet på legemidler i et nasjonalt marked, er det ikke den dominerende leverandørens oppgave å iverksette tiltak for å hindre at dette skjer – det er en oppgave for nasjonale myndigheter.

Selv om Domstolen mener at konkurransereglene gjelder i forhold til legemiddelbransjen, anerkjenner Domstolen at også en dominerende legemiddelprodusent har rett til å beskytte sine kommersielle interesser. Domstolen viser i den forbindelse til den rettspraksis som er etablert med blant annet *United Brands v. Commission* (Sak 27/76). Dette medfører at legemiddelprodusenten har rett til å nekte å etterkomme bestillinger som kvantitativt er helt utenom det vanlige. Domstolen slår samtidig fast at det må avgjøres av den nasjonale domstol om størrelsen på bestillinger, både sett i forhold til de markedsmessige behov i eksportmedlemsstaten og sett i forhold til partenes tidligere forretningsforhold, er sedvanlige eller ikke.

KONSEKVENSER AV AVGJØRELSEN

For de som hadde håpet på en endelig avklaring av spørsmålet om dominerende legemiddelprodusenters adgang til å hindre parallellhandel, kan avgjørelsen være en skuffelse. EF-domstolen avviser at det for legemiddelbransjen gjelder helt særegne forhold som tilsidesetter eller vesentlig begrenser konsekvensene av de alminnelige konkurransereglene, men holder likevel en dør åpen for at dominerende legemiddelprodusenter uten hinder av konkurransereglene – kan treffe ensidige tiltak for å forhindre parallell-eksport. Dette forutsetter at den avviste bestillingen var usedvanlig. Dommen løser imidlertid ikke spørsmålet om hva som utgjør en usedvanlig bestilling, og det gjenstår derfor å se hvor stor praktisk betydning unntaket vil få.

HVORDAN KAN THOMMESSEN HJELPE?

Thommessen har omfattende ekspertise innenfor konkurranserettslige problemstillinger. I tillegg har flere av våre advokater og advokatfullmektige betydelig erfaring med rådgivning til legemiddelprodusenter, distributører og andre aktører innen Life Sciences. Samlet gir dette Thommessen de beste forutsetninger for å gi disse aktørene råd om hvordan konkurransereglene kan benyttes for å virkeliggjøre kommersielle og strategiske mål, og hvordan atferd som er i strid med konkurransereglene kan unngås.

KONTAKT

Siri Teigum, Partner – Oslo

ste@thommessen.no

T: + 47 23 11 11 21 M: + 47 90 91 23 55

Eivind J. Vesterkjær, Partner – Oslo

eve@thommessen.no

T: + 47 23 11 11 23 M: + 47 90 96 68 43

Eivind Sæveraas, Partner – Oslo

eis@thommessen.no

T: + 47 23 11 12 62 M: + 47 91 70 90 27

Kirti Mahajan Thomassen, Advokatfullmektig – Oslo

kmt@thommessen.no

T: + 47 23 11 13 58 M: + 47 46 94 84 77
