

EU-KONKURRANSERETTEENS BESKYTTELSE AV PARALLELLHANDEL MED LEGEMIDLER

Kandidatnummer: 226

Leveringsfrist: 15. januar

Til sammen 39229 ord

14.01.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens problemstilling	1
1.1.1	Tema for avhandlingen	1
1.1.2	Avgrensning mot immaterielle rettigheter	2
1.2	Konkurransereglens funksjon	3
1.2.1	Beskyttelse av konkurransen og integrasjonsimperativet	3
1.2.2	Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte - Artikkel 101 og 102	5
1.2.3	Overgangen til Lisboa-traktaten og betydningen av dette for tolkningen av artikkel 101 og 102	7
1.3	Den videre fremstilling i oppgaven	9
<u>2</u>	<u>PARALLELLHANDEL OG LEGEMIDDELSEKTOREN</u>	<u>10</u>
2.1	Parallellhandel som fenomen.....	10
2.1.1	Definisjon på parallellhandel	10
2.1.2	Handelspolitiske argumenter for og imot parallellhandel	11
2.1.3	Parallellhandel sett i sammenheng med EF-traktatens målsetninger om et indre marked	12
2.2	Parallellhandel med legemidler	14
2.2.1	Innledende bemerkninger	14
2.2.2	De økonomiske og regulatoriske forholdene på legemiddelsektoren	15
2.2.3	Utstrekning av parallellhandel på legemiddelsektoren	19
2.2.4	Følgene av parallellhandel på legemiddelsektoren	21
2.2.4.1	Påstandene fra legemiddelprodusentene, parallellimportørene og Kommisjonen	21
2.2.4.2	Empiriske undersøkelser på den europeiske legemiddelsektoren og økonomisk teori.....	23
<u>3</u>	<u>PARALLELLHANDEL - KONKURRANSEPOLITIKK OG PRAKSIS.....</u>	<u>28</u>
3.1	Konkurransereglens overordnede målsetninger og hensyn.....	28
3.1.1	Innledende bemerkninger	28

3.1.2	Innholdet i EUs økonomiske velferdsstandard	28
3.1.3	Integrasjonsimperativet – etablering, innhold og utvikling	31
3.2	Konkurranserettens beskyttelse av parallellhandel	42
3.2.1	Etableringen av beskyttelse for parallellhandel under konkurransereglene og hensynene påberopt for denne beskyttelsen.....	42
3.2.2	Særskilt om forretningsnektelser for å hindre parallellhandel som misbruk under artikkel 102 ...	44
3.2.2.1	Misbruk av dominerende stilling og hindringer på parallellhandel generelt – bakgrunn og relevante hensyn.....	44
3.2.2.2	Utgangspunktet etter tidligere rettspraksis om forretningsnektelser – ytterligere omstendigheter må påvises for å definere forretningsnektelser som misbruk av dominerende stilling ..	46
3.2.2.3	Er begrensninger på parallellhandel tilstrekkelig for å anta at forretningsnektelsen utgjør et misbruk? 51	
3.2.2.4	Objektiv berettigede handlinger – også når foretaket hindrer parallellhandel.....	54
3.2.3	Særskilt om indirekte eksportforbud for å hindre parallellhandel som konkurransebegrensende avtaler under artikkel 101	56
3.2.3.1	Bakgrunn og relevante hensyn – elementer fra rettspraksis	56
3.2.3.2	Eksportforbud er restriksjoner som vil falle inn under formålsdefinisjonen i artikkel 101 (1)	58
3.2.3.3	Kan avtaler med konkurransebegrensende formål fritas under art. 101 (3)?.....	61
3.2.4	Avveilingen mellom integrasjonshensynet og hensynet til forbrukervelferden på legemiddelsektoren	64
4	<u>C-468/06-478/06 – SOT. LÉLOS KAI (OG C-03/53 SYFAIT) – ENSIDIGE FORRETNINGSNEKTELSER SOM VIRKEMIDDEL FOR Å FORHINDRE PARALLELLHANDEL.....</u>	68
4.1	Innledende bemerkninger	68
4.2	Bakgrunnen for Sot. Lélos kai.....	68
4.3	Glaxos forretningsnektelse som et uttrykk for misbruk	69
4.3.1	Innledende bemerkninger – oppsettet videre	69
4.3.2	Hvorvidt Glaxos forretningsnektelse var i stand til å eliminere konkurransen i markedet	70
4.3.3	Objektive betraktninger medfører at forretningsnektelser for å hindre parallellhandel på legemiddelsektoren ikke nødvendigvis betraktes som misbruk	79

4.3.3.1	Glaxos utgangspunkt – Et dominerende foretak trenger ikke å imøtekomme bestillinger som er unormale, og kan tar rimelige skritt for å beskytte sine legitime handelsinteresser, jfr. <i>United Brands</i>	79
4.3.3.2	Betydningen av at begrensningen på parallellhandel medfører liten eller ingen skade for forbrukerne	80
4.3.3.3	Betydningen av nedsatt innovasjonskapasitet	83
4.3.3.4	Innvirkningen av nasjonale reguleringer på pris og krav om forsyningssikkerhet	84
4.4	Proporsjonalitetsvurderingen – hva innebærer egentlig ”normale” bestillinger	87
4.5	Oppsummering av rettsstilstanden på legemiddelsektoren for forretningsnektelser for å hindre parallellhandel i etterkant av Sot. Lélós kai	92
5	<u>SAK T-168/01 – GLAXOSMITHKLINE SERVICES UNLIMITED V COMMISSION (GLAXOSMITHKLINE (RETTE)) OG FORENTE SAKER C-501, 513,515 OG 519/06 P – GLAXOSMITHKLINE SERVICES UNLIMITED V COMMISSION AND OTHERS, (GLAXOSMITHKLINE (DOMSTOLEN))</u>	95
5.1	Innledende bemerkninger	95
5.2	Bakgrunnen for saken – GSKs innføring av salgsbetingelser med ulike priser for det spanske markedet og eksportmarkedet	96
5.3	Spørsmålet om hvorvidt salgsbetingelsenes punkt 4 hadde som formål eller virkning å innskrenke konkurransen, jfr. artikkel 101 (1)	99
5.3.1	Innledende bemerkninger	99
5.3.2	Rettens resultat: Utgangspunktet - avtaler som begrenser parallellhandel har i prinsippet et konkurransebegrensende formål - gjelder ikke i lys av den juridiske og økonomiske konteksten på legemiddelsektoren, fordi man ikke kan anta at avtalen nødvendigvis fratar forbrukerne fordeler	99
5.3.3	Domstolen: Utgangspunktet gjelder også på legemiddelsektoren	106
5.3.4	Særlig om betydningen markedsintegrasjonshensynet kontra forbrukervelferd under artikkel 101 (1) i Retten og Domstolens avgjørelser	110
5.4	Spørsmålet om hvorvidt salgsbetingelsenes punkt 4A og 4B kan oppnå individuelt fritak under artikkel 101 (3) EF	112
5.4.1	Innledende bemerkninger	112

5.4.2	Resultatet i <i>GlaxoSmithKline</i> – Kommissjonen må undersøke alle relevante argumenter fra klageren hva gjelder mulige fordeler ved avtalen på en tilstrekkelig grundig måte	112
5.4.3	Kan avtaler som begrenser parallellhandel kvalifiseres til fritak under artikkel 101 (3), med bakgrunn i den økonomiske og regulatoriske konteksten på legemiddelsektoren?	116
5.5	Oppsummering av rettsstilstanden for avtaler som begrenser parallellhandel med legemidler etter <i>GlaxoSmithKline</i>	120
6	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER</u>	<u>121</u>
6.1	Anerkjennelse av de spesielle omstendighetene som preger konkurransen på sektoren	121
6.2	Konkurransereglens formål – forbrukervelferd, effektiv ressursallokering og markedsintegrasjon og betydningen av disse hensynene på legemiddelsektoren	123
7	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>A</u>

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens problemstilling

1.1.1 Tema for avhandlingen

Tema for denne avhandlingen er håndhevelsen av EU-konkurransereglens forbud mot konkurransebegrensende handlinger, sett i lys av de særegne omstendighetene som eksisterer på legemiddelsektoren.

Det europeiske markedet for legemidler er i liten grad harmonisert, og legemiddelsektoren er preget av visse særegne regulatoriske og økonomiske omstendigheter. Prisreguleringer fra nasjonale myndigheter, økende grad av parallellhandel, kostnader for utvikling av nye legemidler og intramerkekonkurranse preget av innovasjon er noen av de tilbakevendende stikkordene når legemiddelsektoren diskuteres. Parallellhandel med legemidler mellom medlemsstater i EU/EØS har vært økende i omfang de siste årene, og med det også legemiddelprodusentenes forsøk på å begrense slik aktivitet. Siden parallellhandel nyter en viss grad av beskyttelse under EUs konkurranseregler har forskjellige taktikker blitt forsøkt fra legemiddelprodusentenes side for å forsøke å begrense slik handel uten å rammes av enten forbudet mot konkurransebegrensende avtaler under artikkel 101 eller forbudet mot utilbørlig utnyttelse (misbruk) av dominerende stilling under artikkel 102. I løpet av det siste halvannet året har 2 viktige dommer som setter særskilt fokus på parallellhandel innenfor denne sektoren falt i EU-domstolen, og setter anvendelsen av konkurransereglene på atferd som begrenser parallellhandel med legemidler på spissen. *Sot. Lélos kai*¹ omhandlet forretningsnektelse for å hindre parallellhandel, og ble avgjort av Domstolen 16.

¹ Forente saker C-468/06-478/06 - *Sot. Lélos kai*, samt tilsvarende spørsmål i sak C-53/03 – *Syfait and others* (ikke realitetsbehandlet av Domstolen på grunn av formelle feil ved anmodningen om forhåndsuttalelse).

september 2008. *GlaxoSmithKline*²-saken gjaldt en avtale som innførte et topssystem avhengig av varenes destinasjon for å hindre parallellhandel, og ble til slutt avgjort av Domstolen 6. oktober 2009.

I denne avhandlingen vil jeg konsentrere meg om å se på parallellhandel med legemidler som er beskyttet av patentrettigheter. Jeg vil undersøke om og i hvilken utstrekning omstendighetene på legemiddelsektoren får betydning for de vurderinger som skal foretas når en handling blir stemplet som konkurransebegrensende. Jeg vil knytte denne analysen opp i mot konkurransereglens formål, og den avveiningen som gjøres mellom de relevante hensynene konkurransereglene skal ivareta i så måte. Jeg har valgt å legge opp avhandlingen slik at denne analysen blir todelt. Først søker jeg å klargjøre EUs konkurransepolitiske målsetninger og hvordan disse slår ut ved anvendelsen av konkurransereglene hva gjelder hindringer for parallellhandel for å gi en oversikt over rettstilstanden fram til før *Sot. Lélos kai* og *GlaxoSmithKline* ble avgjort av EU-domstolene. Deretter vil jeg analysere hver av disse sakene i lys av tidligere rettspraksis, for å undersøke hvordan disse bidro til utviklingen av rettstilstanden under artikkel 101 og 102 på legemiddelsektoren.

1.1.2 Avgrensning mot immaterielle rettigheter

Innenfor legemiddelsektoren har det, i tillegg til direkte forsøk på å forhindre parallellhandel gjennom avtaler eller forretningsnektelser, også blitt anvendt andre typer taktikker fra legemiddelforetakenes side for å forhindre at de taper omsetning. Uten å gripe direkte inn har legemiddelforetak ofte forsøkt å anvende sine immaterielle rettigheter for å avverge konkurranse, blant annet gjennom å anføre sine varemerkerettigheter for å forhindre

² Beslutning 2001/791/EEC – *Glaxo Wellcome* (*Glaxo Wellcome (Kommissjonen)*), sak T-168/01 - *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission* (*GlaxoSmithKline (Retten)*), forente saker C-501, 513, 515 og 519/06 P – *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission and others* (*GlaxoSmithKline (Domstolen)*).

ompakking av legemidler der disse parallelleksporteres, og å utnytte patentrettigheter for å forsinke introduksjonen av generika. I denne avhandlingen har jeg valgt å avgrense mot spørsmål i forbindelse med utøvelsen av immaterielle rettigheter, og behandler derfor bare problemstillinger i forhold til konkurransereglene. Konkurransereglenes forhold til immaterielle rettigheter vil kommenteres nærmere der dette er nødvendig for fremstillingen av konkurransereglene.

1.2 Konkurransereglenes funksjon

1.2.1 Beskyttelse av konkurransen og integrasjonsimperativet

EUs konkurransepolitikk søker å oppnå flere ulike, men også innbyrdes sammenhengende, politiske målsetninger. Konkurransereglene skal beskytte konkurranseprosessen på markedet, og bygger på forutsetningen om at fri konkurranse er den beste modellen for å ivareta markedsmekanismen og sikre balansen mellom tilbud og etterspørsel.³ Gjennom å sikre effektiv konkurranse oppnås dermed en effektiv allokering av ressurser på markedet, og med dette en størst mulig samfunnsmessig velferd.⁴ Konkurransereglene skal sikre at markedsaktørene ikke iverksetter konkurransebegrensende tiltak som forstyrrer markedsmekanismen og bidrar til ineffektivitet til skade for forbrukerne. Konkurransekommisjonær Neelie Kröes framholdt viktigheten av forbrukervelferd som en målsetning ved håndhevelsen av konkurransereglene i en tale i oktober 2005:

“Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. An

³ Sejersted [et al.] – *EØS-rett 2. utgave* (2004), s. 468.

⁴ Jones and Sufrin – *EC Competition Law* (2004), s. 2-3.

*effects-based approach, grounded in solid economics, ensures that citizens enjoy the benefits of a competitive, dynamic market economy”*⁵

Konkurransereglene beskytter altså konkurransen for å oppnå effektiv allokering av ressurser og forbrukervelferd. Imidlertid har konkurransereglene også hatt en annen viktig funksjon, nemlig den rollen de har spilt for å sikre EUs overordnede målsetning om å skape et felles marked.⁶ Reglene om den frie varebevegelse skal sikre at medlemsstatene ikke oppretter handelshindringer som kan forstyrre det indre markedet, og sikre at det indre markedet så vidt mulig fungerer på samme måte som et nasjonalt marked.⁷

Konkurransereglene skal sørge for at ikke private aktører⁸ kan skape handelshindringer på det indre markedet og gjenopprette nasjonale barrierer gjennom å danne karteller, håndheve eksportforbud, inngå markedsdelingsavtaler eller lignende konkurransebegrensende atferd.⁹ For å oppnå økonomisk integrasjon mellom medlemsstatene trengs altså både reglene om fri varebevegelse og konkurransereglene. Det sies at konkurransereglene på denne måten ”tjener to herrer”; hensynet til konkurransen på den ene siden, og hensynet til integrasjonsimperativet på den andre.¹⁰ At disse to hensynene henger tett sammen, og er essensielle hva kommer til tolkningen av konkurransereglene, ser man i Domstolens uttalelse i *Metro I*:

⁵ SPEECH/05/512 – “European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”

⁶ Whish – *Competition Law* (2008), s. 22.

⁷ Sejersted [et al.] (2004), s. 58. Kvantitative import- og eksportrestriksjoner eller tiltak med tilsvarende virkning er forbudt mellom medlemsstatene under TEUF artikkel 34 og 35. Medlemsstatenes myndigheter kan imidlertid gjøre unntak fra dette i medhold av artikkel 36, i tilfelle nærmere bestemte allmenne hensyn er tilstede.

⁸ ”Private aktører” er egentlig et unøyaktig begrep, da konkurransereglene refererer til alle former for foretak, som kan være enten private eller offentlig eide foretak, der det essensielle er hvorvidt foretaket driver økonomisk virksomhet (se bl.a. Whish (2008), side 83 flg.). Begrepet er valgt her for å illustrere forskjellen mellom konkurransereglene og reglene om de fire friheter som adresserer offentlig myndighetsutøvelse. Denne avgrensningen vil ikke problematiseres videre i avhandlingen, og i den videre fremstilling vil begrepet ”foretak” i hovedsak benyttes.

⁹ Jones og Sufrin (2004), s. 36.

¹⁰ Ibid. Se også Sejersted [et al.] (2004) s. 469.

”The requirement contained in articles 3 and [101] of the EEC Treaty that competition shall not be distorted implies the existence on the market of workable competition, that is to say the degree of competition necessary to ensure the observance of the basic requirements and the attainment of the objectives of the treaty, in particular the creation of a single market achieving conditions similar to those of a domestic market.”¹¹

1.2.2 Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte - Artikkel 101 og 102¹²

Konkurransereglene forbyr visse typer konkurransebegrensede atferd, under forutsetning av at de øvrige kriteriene i bestemmelsene er oppfylt.

Artikkel 101 (1) forbyr ethvert tiltak som har som *formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen*, under forutsetning av at tiltaket kan defineres som en *avtale eller samordnet opptreden*, at de involverte partene regnes som *foretak*, og at avtalen eller opptreden kan *påvirke handelen mellom medlemslandene*. I tillegg til de opplistede kriteriene i bestemmelsen har Domstolen lagt til et kriterium om at påvirkningen av handelen mellom medlemsstatene eller innvirkningen på konkurransen må være *merkbar*

¹¹ Sak 26/76 – *Metro I*, Premiss 20. ”Workable competition” er oversatt i den danske versjonen av dommen til ”effektiv konkurranse”.

¹² Lisboa-traktaten trådte i kraft 1. desember 2009, og de gamle traktatene om den Europeiske Union og det Europeiske Økonomiske Fellesskap ble da erstattet med Traktaten om den Europeiske Union (TEU) og Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsmåte. Dette medførte at bestemmelsene i EF-traktatens 81 og 82 ble videreført i TEUF artikkel 101 og 102. Jeg bruker for enkelhets skyld konsekvent de nye artikkelnumrene (også i direkte sitater, eksempelvis i formen ”artikkel [101] (1)”), med mindre det fremgår direkte av sammenhengen at jeg omtaler tidligere gjeldende traktater. Jeg har imidlertid ikke endret til nye artikkelnumre der de er en del av en tittel på en bok eller et dokument. Ikrafttredelsen av de nye traktatene medførte også at enkelte begreper har blitt endret: Retten omtales heretter bare som Retten, og riktig betegnelse på domstolene samlet vil være EU-domstolene i stedet for EF-domstolene. Domstolen omtales fremdeles kun som Domstolen. Jeg bruker konsekvent de nye begrepene.

for at artikkel 101 (1) skal få anvendelse.¹³ Disse kriteriene er kumulative, og må foreligge i hver enkelt sak for at avtalen skal finnes å være i strid med artikkel 101 (1). Avtaler i strid med artikkel 101 (1) har etter artikkel 101 (2) ingen rettsvirkning,¹⁴ med mindre de oppfyller kriteriene i artikkel 101 (3). Etter artikkel 101 (3) må avtalen i så fall *bidra til en forbedring av produksjon eller distribusjon eller fremme teknisk eller økonomisk utvikling*, forbrukerne må sikres en *rimelig andel av de fordelene* som oppnås ved avtalen, restriksjonene må være *absolutt nødvendige* for å oppnå disse målene, og avtalen må ikke åpne for at konkurransen *elimineres for en vesentlig del av de varene den gjelder*.

Artikkel 102 forbyr ethvert konkurransebegrensende *misbruk*, under forutsetning av at den (eller de) involverte regnes som *foretak*, at foretaket har en *dominerende stilling* på markedet, og at misbruket kan *påvirke handelen mellom medlemslandene*. Foretaket kan på sin side forsvare seg med at atferden ikke er et misbruk fordi den kan berettiges objektivt.¹⁵

Denne avhandlingen tar sikte på å belyse konkurransebegrensede handlinger med fokus på de spesielle omstendighetene på legemiddelsektoren, og mot denne bakgrunnen å analysere to nylig behandlede saker under hhv. artikkel 101 og 102 der parallellhandel med legemidler har blitt forsøkt begrenset. På grunn av de relevante vurderingstemaene i disse sakene spesielt og med bakgrunn i omstendighetene på legemiddelsektoren generelt, vil kun spørsmålet om selve karakteriseringen av handlingene som konkurransebegrensende, samt hvorvidt handlingene allikevel kan forsvares, bli problematisert. Under artikkel 101 (1) vil denne vurderingen være ensbetydende med vurderingen om hvorvidt avtalen har et

¹³ Merkbarkriteriet (de minimis-doktrinen) ble etablert av Domstolen i sak 5/69 – *Völk v Vervaecke*, der avtalepartene hadde en såpass liten markedsandel at avtalen ble ansett å ha bare en ubetydelig innvirkning på markedet. En avtale kan også, uavhengig av partenes markedsandeler, vurderes som ikke merkbar pga. at selve konkurransebegrensningen ikke er merkbar, se for eksempel sak C-180/98 – *Pavel Pavlov v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*.

¹⁴ Bare de delene av avtalen som er i strid med artikkel 101 (1) er uten rettsvirkning, jfr. forente saker 56 og 58/64 – *Consten & Grundig*, s. 344.

¹⁵ Muligheten for å forsvare seg med at atferden kan berettiges objektivt behandles nedenfor under punkt 3.2.2.4.

konkurransbegrensende formål eller virkning, samt avtalens mulighet for å allikevel gå klar av forbudet mot konkurransbegrensende avtaler ved at den oppfyller de kumulative vilkårene i artikkel 101 (3). Under artikkel 102 vil denne vurderingen være ensbetydende med selve misbruksvurderingen, herunder om avtalen kan begrunnes objektivt.¹⁶

Foretakskriteriet vil ikke problematiseres ytterligere, ei heller avtalekriteriet eller hva som utgjør en dominerende stilling, da sektorspesifikke argumenter i utgangspunktet ikke vil ha noen betydning for vurderingen av disse. De fleste tiltak som begrenser eller hindrer parallellhandel vil dessuten, med mindre tiltaket ikke er merkbart, oppfylle vilkåret om å påvirke handelen medlemsstatene i mellom.¹⁷ Kriteriet om at handelen mellom medlemsstatene må påvirkes problematiseres heller ikke ytterligere i avhandlingen.

1.2.3 Overgangen til Lisboa-traktaten og betydningen av dette for tolkningen av artikkel 101 og 102

Den tidligere EF-traktaten listet i artikkel 2 opp de grunnleggende politiske målene ved avtalen. Fellesskapet skulle, gjennom å skape et felles marked, en felles økonomisk og monetær union, og ved å gjennomføre en felles politikk og føre felles tiltak, fremme en rekke formål. Disse målsetningene inkluderte å sikre en harmonisk, likevektig og bærekraftig utvikling av økonomisk virksomhet, sikre sysselsetting og sosial trygghet, likestilling, konkurransevne, et høyt nivå for miljøvern, høyning av levestandarden, samt økonomisk og sosial utjevning og solidaritet mellom medlemsstatene. Artikkel 3 i samme traktat utbroderte virkemidlene for å oppnå målene satt i artikkel 2 ytterligere; blant annet skulde det opprettes et indre marked i fellesskapet der de fire friheter sikres, import- og eksportrestriksjoner forbys. Artikkel 3(1)(g) skulle sikre innføringen av en ”ordning som sikrer at konkurransen på det indre marked ikke vris”. Konkurransereglene var i EF-traktaten altså beskrevet som en del av det settet med virkemidler som skal bidra til at traktatens overordnede målsetninger nås. Lisboa-traktaten trådte i kraft 1. desember 2009,

¹⁶ Om sondringen mellom misbruksvurderingen og vurderingen av hvorvidt det foreligger en objektiv begrunnelse, se punkt 3.2.2.3 nederst (petit).

¹⁷ Stothers – *Parallel Trade in Europe* (2007), s. 138.

og de tidligere traktattekstene er nå erstattet av Traktaten om den Europeiske Union (TEU), og Traktaten om den Europeiske Unions funksjonsmåte (TEUF). Den nye TEU beskriver sine målsetninger i artikkel 3, der det i 3. ledd uttales at unionen skal etablere et indre marked, og arbeide for utviklingen av et bærekraftig Europa basert på balansert økonomisk vekt og prisstabilitet, en sosial markedsøkonomi med høy konkurransevne der det tilstrebes full sysselsetting og sosiale fremskritt og et høyt nivå for beskyttelse og forbedring av miljøkvaliteten, samt at den skal fremme vitenskapelige og teknologiske fremskritt. Konkurransereglene beskrives ikke lenger uttrykkelig som et virkemiddel for å oppnå disse målene i TEU, slik det var i den tidligere EF-traktaten, men står for seg selv som en del av de reglene som skal sikre unionens funksjon i TEUF. Enkelte kommentatorer¹⁸ har visstnok uttrykt bekymring for at dette vil kunne underminere Kommisjonens muligheter til å håndheve konkurransereglene og at det kan endre EU-domstolens tolkning av konkurransereglene, siden Domstolen tidligere har vist til denne bestemmelsen ved fastsettelsen av konkurransereglenes rekkevidde. Imidlertid er en liknende formulering inntatt i en protokoll 27 til Lisboa-traktaten, der sammenhengen mellom TEU og artikkel 3 konkurransereglene som sådan uttrykkelig fastslås.¹⁹ I fortalen til TEUF fremheves også viktigheten av å fjerne eksisterende barrierer gjennom en felles handling for å garantere vekst, balansert handel og rettfærdig konkurranse. Konkurransereglenes ordlyd illustrerer også reglens fortsatte rolle som garantister for et indre marked, der avtaler eller atferd som faller inn under beskrivelsene i hhv. TEUF

¹⁸ Se for eksempel partner i Eversheds LLP med fokus på “EU and competition practice” James Robinsons kommentar “*Implications for Competition Law following the enactment of the Lisbon Treaty*”:
https://www.eversheds.com/uk/home/articles/index1.page?ArticleID=templatedata\Eversheds\articles\data/en\Competition\Competition_law_following_lisbon_treaty_01Dec09

Se også kommentar fra Gillian Sproul, partner og “head of antitrust and competition” hos Mayer Brown LLP: <http://www.mayerbrown.com/lawyers/profile.asp?hubbardid=S210994900> .

¹⁹ Protokoll nr. 27 til Lisboa-traktaten – *On the internal market and competition*: “(..) the internal market as set out in Article 3 of the Treaty on European Union includes a system ensuring that competition is not distorted (..)”.

artikkel 101 og 102 er forbudt som ”uforenelig med det indre marked”.²⁰ Det kan på denne bakgrunn trygt legges til grunn at konkurransereglens rolle ikke har blitt endret av at Lisboa-traktaten trådte i kraft.

1.3 Den videre fremstilling i oppgaven

Jeg har valgt å legge opp den videre fremstillingen slik at jeg først redegjør for parallellhandel og problemstillingene rundt denne typen handel på legemiddelsektoren i kapittel 2. I kapittel 3 vil jeg undersøke gjeldende rett under EU-lovgivningen hva gjelder beskyttelsen parallellhandel nyter under konkurransereglene, og knytte dette opp i mot EUs konkurransepolitiske målsetninger og hvilke hensyn som skal ivaretas, og hvordan disse hensynene får anvendelse på legemiddelsektoren. I kapittel 4 og 5 analyserer jeg så avgjørelsene henholdsvis *Sot. Lélos kai* og *GlaxoSmithKline* opp i mot funnene i kapittel 3. Til sist vil jeg kort summere opp hva disse sakene betyr for tolkningen av konkurransereglene på legemiddelsektoren sammenholdt med konkurransereglens formål i kapittel 6.

²⁰ James Robinson stilte også i sin kommentar spørsmål om endringen i TEUF artikkel 101 og 102 fra ”common market” til ”internal market” kan medføre en realitetsendring hva gjelder stadfestelsen av konkurransereglens målsetninger, fordi TEU’s definisjon av ”internal market” i større grad ser ut til å skulle forstås som et ”sosialt” marked enn i den tidligere EF-traktatens ”common market”. Blant annet blir det stilt spørsmål om ikke-økonomiske sosiale velferdshensyn i større grad vil hevdes å falle inn under konkurransereglene, for eksempel at det kan ha innvirkning på hvilke ikke-økonomiske hensyn som kan vurderes i forbindelse med TEUF artikkel 101 (3). Bare framtidig praksis fra Kommisjonen og EU-domstolene vil imidlertid kunne fastslå hvorvidt dette vil være tilfellet.

2 PARALLELLHANDEL OG LEGEMIDDELSEKTOREN

2.1 Parallellhandel som fenomen

2.1.1 Definisjon på parallellhandel

Uttrykket parallellhandel henviser til det fenomen der et produkt importeres fra ett land til et annet uten samtykke fra den som er innehaver av immaterialrettighetene til produktet. Parallellhandel kan karakteriseres ved tre faktorer; at produktene det er snakk om er lovlig plassert på markedet i eksportstaten, at produktene er omfattet av immaterialrettigheter i importstaten, og at innehaveren av immaterialrettighetene i importstaten og parallellimportøren er innbyrdes uavhengige aktører.²¹ Parallellhandleren vil dermed importere og selge produsentens produkter utenom sistnevntes tiltenkte distribusjonskanaler på et gitt nasjonalt marked.

Parallellhandel vil typisk oppstå der en produsent selger et produkt både i eksportstaten og i importstaten, men der prisen på dette produktet av ulike grunner er lavere i eksportstaten. Det kan være flere grunner til at prisene er forskjellige på ulike nasjonale markeder. Valutasvingninger, forskjeller i distribusjonskostnader, forskjeller i kostnader for å møte nasjonale sikkerhetskrav, produsenters prissetningsvalg i forhold til etterspørsel og betalingsvillighet i det enkelte land og nasjonale prisreguleringer er eksempler på årsaker til prisforskjeller som legger til rette for parallellhandel. Det er imidlertid ikke noen nødvendig forutsetning at varen selges i importstaten allerede, det at et produkt ikke tilbys på markedet i en stat kan også gi grunnlag for parallellhandel dersom det er en etterspørsel etter varen.

Der det foregår parallellhandel, er det sannsynlig at parallellimporterte produkter vil erstatte noe av salget, siden parallellimportørene kan konkurrere på pris med øvrige distributører i importstaten. Parallellhandel har generelt sett en tendens til å presse prisene opp i eksportlandet – der etterspørselen øker – og presse prisene ned i importlandet – der

²¹ Hartig Danielsen – *Parallellhandel og varenes frie bevegelighet* (2005), s. 28.

tilbudet øker. Graden av prispress vil bero på omstendighetene i de aktuelle markedene, blant annet på hvor elastisk eller uelastisk etterspørselen og/eller tilbudet er for den aktuelle varen, og hvorvidt og i hvor stor grad offentlige myndigheters reguleringer innvirker på prisdannelsen i utgangspunktet.

Vanligvis vil et slikt prispress totalt sett føre til en økning i salget av produktet, men siden parallellhandlere beholder en del av overskuddet fra prisdifferansene, fører det som regel også til at produsentens fortjeneste fra salg av produktet reduseres. Produsenter vil på bakgrunn av dette som regel forsøke å motsette seg parallellhandel.²²

2.1.2 Handelspolitiske argumenter for og imot parallellhandel

Det finnes en rekke politiske argumenter både for og imot parallellhandel, og hvordan dette fenomenet bør behandles juridisk sett.

Motstandere av å tillate parallellhandel, gjerne innehaverne av de immaterielle rettighetene, trekker fram flere påståtte negative følger.²³ Noen hevder at parallellhandel kan øke risikoen for piratkopier og forfalskninger, videre påstås det at parallellhandel forhindrer produsenter fra å distribuere sine produkter slik de selv ønsker, blant annet ved at planlagte lanseringer forstyrres, og at det fører til produktknapphet i eksportmarkeder. Eksistensen av reelle markedsforskjeller kan også nevnes som et argument mot tillatelse av parallellhandel. Til tross for at det inngås frihandelsavtaler mellom ulike land, vil det fremdeles eksistere noen forskjeller mellom ulike geografiske markeder. Når en produsent velger å selge sine produkter til en høyere pris i land der forbrukernes kjøpekraft er større, og omvendt der kjøpekraften ikke er like sterk, er dette økonomisk rasjonelt. Parallellhandel kan dermed underminere produsentenes mulighet til å reagere på slike

²² Stothers (2007), s. 3.

²³ Ibid, s. 22-23 for en nærmere gjennomgang av markedspolitiske argumentene som trekkes fram i favør og disfavør av parallellhandel.

markedsforskjeller.²⁴ Dersom man derimot argumenterer for at markedsforskjeller ikke skal aksepteres, så vil parallellhandel være en av mekanismene som kan utjevne prisdifferanser, så vel som andre forskjeller, mellom nasjonale markeder. Ved inngåelsen av en frihandelsavtale der målet nettopp er å fjerne unødvendige handelsbarrierer mellom deltagerlandene, virker det dermed fornuftsstridig å skulle forhindre parallellhandel. Det argumentet som ofte hyppigst fremsettes til støtte for parallellhandel, er de forbrukergevinster som oppstår gjennom lavere priser.²⁵ Siden parallellhandlere gjerne tilbyr produktene sine til lavere priser enn de ordinære distributørene, vil denne aktiviteten typisk lede til et prispress på importmarkedet. Parallellhandel vil være en ytterligere tilførsel av aktivitet på importmarkedet, som stimulerer konkurransen mellom aktørene og gjerne fører til lavere priser for forbrukere. Dersom produktet det er snakk om utgjør et eget produktmarked uten at det finnes andre produkter man lett kan bytte det ut med, og produsenten har et godt integrert distribusjonssystem, kan intramerkekonkurransen som oppstår mellom parallellimportører og de ordinære distributørene endog være den eneste reelle formen for konkurranse i markedet. Samtidig driver også parallellhandlerne selv en økonomisk aktivitet, og kan komme til å beholde mye av prisdifferansen selv, og dermed bare overlate små fordeler til forbrukerne.

2.1.3 Parallellhandel sett i sammenheng med EF-traktatens målsetninger om et indre marked

En av EUs overordnede målsetninger siden begynnelsen av det Europeiske Økonomiske Fellesskap har vært og er fremdeles å skape et indre marked, der konkurransen ikke vrís og det frie varebyttet sikres.²⁶ Innenfor en frihandelsavtale, som er en av funksjonene EU-traktatene har når det siktes mot en økt økonomisk integrasjon mellom medlemsstatene, virker det å tillate barrierer for parallellhandel som en selvmotsigelse.

²⁴ Ibid, s. 20.

²⁵ Ibid, s. 23. Se også Hays – *Parallel importation under European Union Law* (2004), s. 10.

²⁶ TEU artikkel 3 (3), samt fortalen, og TEUF artikkel 101 og 102, samt fortalen.

På grunn av målsetningen om det indre markedet gjelder det et immaterialrettslig konsumpsjonsprinsipp EU-landene i mellom. Dette betyr at når et produkt er plassert på markedet i en medlemsstat med rettighetsinnehaverens samtykke, kan innehaveren ikke lenger påberope seg immaterialrettigheter for å forhindre handel med produktet i andre medlemsstater.

Domstolen etablerte konsumpsjonsprinsippet først i *Deutsche Grammophon*,²⁷ der den gjorde det klart at opphavsrettigheter ikke har som formål å legge til rette for at innehaverne skal dele opp nasjonale markeder. Domstolen satte også opp et skille mellom rettighetenes eksistens og deres utøvelse. Domstolen mente at selve eksistensen immaterialrettigheten var i behold i samsvar med unntaket i art. 30 for restriksjoner med bakgrunn i det industrielle rettsvern. Utøvelsen av rettigheten kunne derimot begrenses så langt dette var nødvendig for å oppnå målet om det indre markedet, og falt også inn under artikkel 101 dersom utøvelsen av rettigheten hadde grunnlag i en avtale. Det gikk også frem av sammenhengen av det samme ville gjelde for artikkel 102.

I saker som gjaldt ompakking av emballasje for parallellhandel med legemidler har Domstolen også uttalt spesifikt at varemerkerettigheter ikke har som formål å tillate eieren av rettigheten å oppdele nasjonale markeder og dermed medvirke til å opprettholde de prisforskjeller som måtte eksistere medlemsstatene i mellom.²⁸ Konsumpsjonsprinsippet har i ettertid blitt kodifisert gjennom EU-lovgivning både for varemerker,²⁹ opphavsrett³⁰ og beslektede rettigheter,³¹ design,³² databaser³³ m.v. Samme regel er også foreslått for patenter³⁴, i forbindelse med arbeidet mot et felles patentsystem.

²⁷ Sak 78/70 – *Deutsche Grammophon v Metro SB*, premiss 12 og 13.

²⁸ Forente saker C-427/93, 429/93 og 436/93 – *Bristol-Myers Squibb v Paranova*, premiss 46, forente saker C-71-73/93 – *Eurim-pharm Arzneimittel v Berersdorf*, premiss 33 og sak C-232/94 – *MPA Pharma v Rhône-poulenc Pharma*, premiss 19.

²⁹ Direktiv 89/104/EØF og Forordning 40/94/EF.

³⁰ Direktiv 2001/29/EF.

³¹ Direktiv 2006/115/ef.

³² Direktiv 98/71/EF.

³³ Direktiv 96/91/EF.

³⁴ COM (2000) 412 final.

Selv om det ikke henvises uttrykkelig til parallellhandel verken i EU-traktatens konkurranseregler eller i EU-traktatene for øvrig, er det naturlig at parallellhandel nyter en viss beskyttelse under konkurransereglene, når slik handel generelt antas å bidra til å øke forbrukervelferden og å bidra til ytterligere markedsintegrasjon, da dette er uttalte målsetninger ved håndhevelsen av konkurransereglene. En slik tendens ser man også gjennom omfattende praksis fra EU-domstolene, som konsekvent har slått ned på privates forsøk på å forhindre parallellhandel innenfor fellesskapets medlemsstater. Domstolen har uttalt om parallellhandels beskyttelse under EU-retten generelt at:

*” parallel imports enjoy a certain amount of protection in Community law because they encourage trade and help reinforce competition.”*³⁵

Parallellhandel virker normalt også markedskorrigerende, ved at slik handel bidrar til en ytterligere utjevning av markedsforskjeller i form av prisharmonisering medlemsstatene i mellom.

2.2 Parallellhandel med legemidler

2.2.1 Innledende bemerkninger

På legemiddelsektoren foreligger det visse særegne omstendigheter, både hva gjelder reguleringen av sektoren innenfor EU og også økonomiske særegenheter ved sektoren generelt, som kan utfordre den generelle antagelsen om hvorvidt de ”normale” følgene ved parallellhandel faktisk realiseres innenfor denne sektoren. På grunn av dette har det i de sakene jeg undersøker nærmere i denne avhandlingen – *GlaxoSmithKline*-saken og *Sot. Lélos kai*-saken – blitt argumentert med at de særegne omstendighetene på

³⁵ Sak C-373/90 – X, premiss 12. Forhåndsuttalelsen angikk tolkningen av Rådskolektiv 84/450 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om villedende reklame, artikkel 2 (2), som skulle anvendes i en kriminalsak i Frankrike.

legemiddelsektoren rettferdiggjør en atferd som på andre sektorer mest sannsynlig ville blitt funnet å være konkurransebegrensende. Før jeg går nærmere inn på hvordan parallellhandel med legemidler forholder seg til konkurransereglene uttalte målsetninger og hensynene reglene skal ivareta, er det derfor hensiktsmessig å gjennomgå de økonomiske særegenhetene ved sektoren generelt og de regulatoriske særegenhetene i europeiske land spesielt.

2.2.2 De økonomiske og regulatoriske forholdene på legemiddelsektoren

Legemiddelsektoren er en kunnskapsbasert industrinæring som er drevet av dynamisk konkurranse på innovasjonssiden, med behov for store investeringer i forskning og utvikling (FoU) av nye legemidler.³⁶ Samtidig er sektoren gjennomregulert, både med tanke på patenter, markedsautorisasjoner og prissetting. På produsentsiden er det to typer legemiddelforetak. Innovasjonsbaserte legemiddelprodusenter (heretter bare omtalt som legemiddelprodusenter eller legemiddelforetak) driver med FoU og salg av legemidler som er gjenstand for patentbeskyttelse. Patentene gir legemiddelforetakene enerett til produksjon av disse medisinene i en viss tid, og skal sikre at de kan gjenerobre kostnader for utviklede medisiner, samt gi incentiver til fremtidig FoU av medisiner. I tillegg har man generiske produsenter som kan rykke inn på markedet og produsere tilsvarende medisiner etter at patentene har utløpt. Konkurransesituasjonen på sektoren er dermed preget av en høy grad av dynamisk konkurranse mellom legemiddelprodusenter på innovasjonssiden, mens signifikant statisk konkurranse på pris typisk ikke oppstår før patentenes utløp og innrykket av generiske produsenter.

Kostnadene til FoU bæres altså primært av legemiddelprodusentene, og de totale kostnadene for å utvikle og plassere et nytt legemiddel på markedet er meget høye. En amerikansk undersøkelse publisert i 2003 beregnet de gjennomsnittlige kostnadene til

³⁶ Se for eksempel Danzon – *The Economics of Parallel Trade*, *Pharmaeconomics* (1998) Mar; 13 (3): 293-304 og *Commission Communication on the Single Market in Pharmaceuticals* (COM(98)588), s. 13.

utvikling og markedsplassing av et nytt legemiddel til rundt 802 millioner dollar.³⁷ Siden disse kostnadene stort sett bæres av legemiddelprodusentene selv, er det også et kjennetegn ved bransjen at en stor del av omsetningen går nettopp til FoU. Tall fra USA viser at legemiddelforetak bruker 15,6 % av omsetningen til investeringer i FoU, sammenliknet med 3,9 % for amerikansk industri generelt.³⁸ I den pågående granskningen av legemiddelsektoren igangsatt av kommisjonen, viser tallene at legemiddelforetakene på verdensbasis bruker 17 % av omsetningen på FoU.³⁹ FoU-intensiteten til selskaper generelt ble i 2008 beregnet til 2,7 % for EU-basert industri og 3,8 % på verdensbasis.⁴⁰ Beregninger fra det Amerikanske markedet viser at selve FoU-kostnadene utgjør ca. 30 % av de totale kostnadene et selskap har for å plassere et nytt produkt på markedet.⁴¹ Kostnader til FoU er også stort sett avskrevne kostnader innen legemiddelet kommer på markedet.⁴² Av den FoU legemiddelforetakene investerer i, er det dessuten ikke all innsats som faktisk resulterer i nye og suksessrike legemidler. Totale kostnader for å utvikle og plassere et legemiddel på markedet er altså høye, mens marginale produksjonskostnader for å produsere ytterligere enheter av produktet typisk er lave.⁴³ Fordi kostnader til FoU og markedsplassing er høye og må avskrives innen produktet kan selges, må salgsprisene dermed være betydelig høyere enn marginale kostnader for at legemiddelprodusentene

³⁷ DiMasi [et al]. – *The price of innovation: new estimates of drug development costs*, Journal of Health Economics 22 (2003) 151–185, s. 166. Det er ingen grunn til å anta at kostnadene skulle være særlig lavere for forskningsvirksomhet basert i Europa, når europeisk industri de siste 30 årene har tapt mye av sin ledende stilling innenfor FoU av legemidler til nettopp USA, se *Commission Communication on the Single Market in Pharmaceuticals* (COM(98)588) s. 3.

³⁸ Danzon og Towse - *Differential Pricing for Pharmaceuticals: Reconciling Access, R&D and Patents*, International Journal of Health Care Finance and Economics 3 (2003) s.184.

³⁹ DGCOMP - Pharmaceutical Sector Inquiry - Preliminary Report (2008), s. 6 og s. 35.

⁴⁰ The 2008 EU Industrial R&D Investment Scoreboard, side 6.

http://iri.jrc.ec.europa.eu/research/scoreboard_2008.htm .

⁴¹ Danzon og Towse (2003), s.185.

⁴² L.c.

⁴³ L.c.

både skal gjenvinne sine totale kostnader, og samtidig ha incentiver til å fortsette FoU av nye og forbedrede legemidler.

Legemidler er dessuten en produkttype der etterspørselen typisk er relativt uelastisk, altså lite sensitiv for prisendringer. Dette kan forklares ut ifra to grunner. For det første er sluttbrukerne, altså pasientene, i stor grad forsikret mot større utgifter, ved at reseptbelagte legemidler dekkes av en tredjepart. I europeiske land er denne tredjeparten i hovedsak nasjonale helseforsikringsordninger, der enten hele eller deler av utgiften i siste instans bæres av staten og ikke pasienten selv. For det andre velger pasientene sjelden medisiner selv, men får i stedet foreskrevet den medisinen vedkommendes lege mener egner seg. Informasjonen mellom sluttbrukeren og legen som velger medisinen er i stor grad asymmetrisk.⁴⁴

Siden etterspørselen etter legemidler i høy grad er uelastisk, og produktene beskyttes med patenter, skulle det dermed i utgangspunktet være relativt enkelt for legemiddelforetakene å selge legemidler til en pris som garanterte dekning for både fortidig og fremtidig FoU. Imidlertid er det slik at legemiddelforetakene ofte ikke kan prise legemidler ut i fra ordinære forretningsmessige markedsvurderinger, men i stedet er underlagt en stor grad av prisregulering fra nasjonale myndigheters side.

På fellesskapsnivå har EU begrenset seg til å vedta 2 direktiver som skal bidra til delvis harmonisering innenfor sektoren. Rådsdirektiv 89/105/EEC, «transparency»-direktivet, fastslår at nasjonale regelverk knyttet til prisfastsettelse for legemidler skal være åpne og ikke-diskriminerende, og anmoder medlemsstatene om å avveie behovet for utgiftskontroll mot behovet for å gi incentiver til FoU når de fastsetter sin prispolitikk. Direktiv 2001/83/EC om innføring av et fellesskapsregelverk til legemidler for mennesker, innehar blant annet bestemmelser om et felles system for nasjonale markedsautorisasjoner og leveringssikkerhet for legemidler. Innenfor rammen av disse direktivene, står

⁴⁴ Brekke [et al.], SNF-rapport nr. 05/08 – *Er legemidler billig i Norge?* s. 7.

medlemsstatene fritt hva gjelder utformingen av egen helsepolitikk innenfor legemiddelsektoren.⁴⁵ Siden nasjonale forsikringsordninger ofte dekker hele eller deler av pasienters utgifter til medisiner, regulerer nasjonale myndigheter i stor grad prisene på reseptbelagte legemidler, for slik å kontrollere nasjonale helseutgifter. Så godt som alle medlemsstatene innenfor EU/EØS-området griper inn på en eller annen måte hva gjelder prissetting av legemidler.⁴⁶ Slik regulering skjer som regel enten gjennom direkte fastsetting av maksimalpriser ved ulike ledd i distribusjonskjeden, eller ved å ilegge markedsaktørene fortjenestebegrensninger.⁴⁷ Ensidig prisfastsettelse er den vanligste reguleringsmetoden, men i noen medlemsstater forhandles prisen fram mellom markedsaktørene og myndighetene, eller myndighetene gjør vedtak om prisfastsettelse først etter forhandlinger med den aktuelle legemiddelprodusenten.⁴⁸ Hvordan disse prisene fastsettes vil da bero på avveiningen av de politiske hensyn i den enkelte medlemsstat. Ifølge

⁴⁵ Siden tilgang og pris på legemidler dekkes av unntaket for import-/eksportrestriksjoner i EF artikkel 30 om vern om menneskers liv og helse, står medlemsstatene fritt til å regulere legemiddelsektoren på den måten de selv finner best egnet, så lenge eventuelle inngrep ikke fremstår som skjulte handelshindringer. For en nærmere gjennomgang av forholdet mellom reglene om fri bevegelse og nasjonale prisreguleringsregimer se *Commission communication on the Single Market on Pharmaceuticals*, COM(95)588 final s. 5.

⁴⁶ Ifølge PPRI-rapporten utgitt i 2008 (*Pharmaceutical Pricing and Reimbursement Information*, bestilt av Generaldirektøren for helse og forbrukerbeskyttelse) regulerer 23 av de 26 europeiske landene i undersøkelsen prisen på legemidler. Tyskland, Danmark og Malta er de eneste tre landene der pris ikke reguleres (PPRI-rapporten side 59-62).

⁴⁷ For å ta Norge som et eksempel: Statens legemiddelverk griper direkte inn i prissettingen ved å sette en maksimal innsalgspris til apotekene på alle reseptpliktige legemidler. I tillegg settes en maksimal avanse for apoteksalg, slik at utsalgspris fra apotekene også er indirekte regulert. Se legemiddelforskriften (FOR 1999-12-22 nr 1559: Forskrift om legemidler), kap. 12, §§12-1- 12-3.

⁴⁸ 15 av 26 land inkludert i PPRI-rapporten setter priser etter ensidig vedtak fra myndighetenes side, enten for reseptbelagte legemidler (3 land), alle legemidler (6 land), eller alle refusjonsberettigede legemidler (6 land). 3 land baserer priser på forhandlinger, og 3 land bestemmer pris i etterkant av forhandlinger. Frankrike bruker prisfastsettelse som en nødløsning i tilfelle forhandlingene bryter sammen. Storbritannia regulerer kun aktørenes profitt, og driver dermed en form for indirekte priskontroll. Rapportens undersøkelse av de 27 PPRI-landene som hadde bidratt til rapporten (EU's medlemsstater unntatt Spania og Romania, pluss Norge og Tyrkia) demonstrerte eksistensen av 27 forskjellige pris- og refusjonssystemer innen Europa, selv om mange av systemene hadde likhetstrekk seg i mellom.

fortalen til ”transparency”-direktivet anerkjennes det at hovedformålet med slik prisregulering er kontroll med nasjonale helseutgifter, men det påpekes samtidig at reguleringstiltakene bør tilsiktes å fremme produksjonseffektivitet og oppmuntre til FoU på legemiddelsektoren, da slike målsetninger er essensielle for å opprettholde en høy kvalitet på helsetjenester innenfor fellesskapet.⁴⁹

Kommisjonen har gitt uttrykk for at den ønsker å komplettere det indre markedet også på legemiddelsektoren i sin *Communication on the Single Market in Pharmaceuticals* fra 1998, og at regelverkene for markedsautorisasjon, harmonisering av reglene for immaterielle rettigheter og innføringen av den monetære unionen har bidratt til utviklingen av det indre markedet på legemiddelsektoren.⁵⁰ Samtidig fremheves det at de gjestående kjernepunktene hva gjelder full integrasjon ligger innen medlemsstatenes kompetanse. disses primære interesse er å bedre folkehelsa og sikre at pasienter og forbrukere har tilgang til legemidler og dette må balanseres med hensynet til offentlig forbruk i hvert enkelt land, og at på dette grunnlaget må alle tiltak som vedtas for å fullføre det indre markedet følge nærhetsprinsippet.⁵¹ På grunnlag av disse politiske vurderingene er det usannsynlig at Kommisjonen vil ønske å totalharmonisere legemiddelsektoren på unionsnivå og hindre medlemsstatene å gjøre egne politiske vurderinger gjennom å gripe inn i prissettingen. Det eksisterer, og vil sannsynligvis fortsette å eksistere, til dels store markedsforskjeller mellom medlemslandene på denne sektoren.

2.2.3 Utstrekning av parallellhandel på legemiddelsektoren

Siden konkurransen ikke fungerer som vanlig på denne sektoren grunnet myndighetenes inngripen gjennom priskontrollmekanismer, er prisnivåene på legemidler til dels sterkt varierende EUs medlemsstater imellom. Prisforskjellene kan være mellom 100-300 %,

⁴⁹ Rådsdirektiv 89/105/EEC, fortalen, avsnitt 7.

⁵⁰ *Commission communication on the Single Market on Pharmaceuticals*, COM(98)588 final s. 5-7.

⁵¹ *Ibid*, s. 7-8.

avhengig av hvilket produkt og land det er snakk om.⁵² Dette gjelder for legemidler generelt, men særlig for patentbeskyttede legemidler der det som regel vil være liten grad av konkurranse på det enkelte produktmarked. Priser, refusjonsrettigheter og i noen grad også distribusjon kontrolleres i den enkelte medlemsstat, mens EUs generelle prinsipp om fri varebevegelse gjelder like fullt, slik at arbitrasje fritt kan foregå. Store prisforskjeller på produkter medlemsstatene imellom vil generelt sett gjøre parallellhandel attraktivt, og dette gjelder i stor grad på legemiddelsektoren, der etterspørselen i de ulike medlemslandene holder seg på et ganske konstant nivå grunnet lav priselastisitet, og produktene ofte er lette å frakte og oppbevare. I tillegg til dette fører høy grad av produkthomogenitet hva gjelder felles varemerker, lik produktpresentasjon og pakking, samt interne regler som forenkler parallellhandel til at transaksjonskostnader for parallellhandel innenfor sektoren gjerne er lave.⁵³ Disse faktorene gjør at grossister vil kunne finne det lukrativt å kjøpe produkter i lavprisstater, for å selge de med fortjeneste i høyprisstater.

Et annet kjennetegn med legemiddelsektoren, er at den i liten grad er vertikalt integrert, altså at legemiddelprodusentene har liten grad av vertikal kontroll over distribusjonskjeden.⁵⁴ Kombinert med de økonomiske incentivene, legger denne situasjonen til rette for parallellhandel med legemidler på det europeiske markedet. I følge data Kanavos og Costa-Font samlet inn i forbindelse med sin studie *Pharmaceutical parallel trade in Europe: stakeholder and competition effects*, har parallellhandel vært økende innenfor Europa de siste årene. Undersøkelsene viste at parallellhandel i 2002 utgjorde ca. 20 % av de totale legemiddelutgiftene i Storbritannia, ca. 14 % i Nederland, ca. 10 % i Sverige og Danmark og ca. 7 % i Tyskland. Hellas på sin side hadde en parallellleksportandel på ca. 22 %.⁵⁵ Myndigheter og/eller forsikringsorganisasjoner i

⁵² Kanavos og Costa-Font – *Pharmaceutical parallel trade in Europe: stakeholder and competition effects*, Economic Policy October 2005, s. 760-761.

⁵³ Ibid, s. 755.

⁵⁴ Ibid, s. 754.

⁵⁵ Kanavos og Costa-Font (2005), s. 763.

høykostland promoterer også parallellimport enten direkte eller indirekte gjennom ulike incentiver, for å kutte ned på egne utgifter til helseomsorg.⁵⁶

2.2.4 Følgene av parallellhandel på legemiddelsektoren

2.2.4.1 Påstandene fra legemiddelprodusentene, parallellimportørene og Kommisjonen

Som for parallellhandel generelt påstås også parallellhandel med legemidler å ha positive eller negative følger avhengig av hvilke aktører som uttaler seg.

Fra legemiddelprodusentenes side, hevdes det at parallellhandel har utelukkende negative følger. De mener parallellhandelen fra lavkostland til høykostland på det europeiske markedet medfører betydelige tap i omsetning, som betyr at de sitter igjen med mindre mulighet til å investere i FoU av nye legemidler. I en bransje som preges av høy konkurranse på innovasjonssiden, vil dette svekke deres konkurransevne, og til syvende og sist gå ut over forbrukerne i form av nedgang i dynamisk effektivitet.

Legemiddelprodusentene mener det derfor er nødvendig å begrense parallellhandel for å unngå risikoen for lavere investeringer i FoU. I tillegg hevdes det at dersom det blir umulig for legemiddelprodusenter å begrense parallellhandel fra land der prisene settes lavt, kan disse se seg nødt til å forsinke lanseringen av nye produkter på disse nasjonale markedene for å sikre nødvendig omsetning. En slik situasjon ville åpenbart gå ut over forbrukerne i de landene det måtte gjelde. I tillegg mener legemiddelforetakene at parallelldistributører i stor grad beholder profitten fra parallellhandel selv, slik at handelen i realiteten ikke resulterer i et prispress på legemidler. I *Sot. Lélos kai*, som analyseres under punkt 4, var dette trukket inn av legemiddelprodusenten som et argument for at slik parallellhandel ikke medfører noen faktiske fordeler for forbrukerne. Dersom dette stemmer, kan det imidlertid

⁵⁶ Ibid, s. 762-763. Incentiver som favoriserer parallellimport kan blant annet bestå i direkte eller indirekte fordeler som tilfaller forsikringsorganisasjonene, finansielle incentiver til apotekene, reaksjoner mot apotekene m.v.

også fremstå som et argument mot at parallellhandel bidrar til en større grad av markedsintegrasjon gjennom harmonering av priser innenfor fellesskapet. Til sist påstås det også at parallellhandelen forstyrrer planleggingen av produksjon og distribusjon av legemidler. Legemiddelprodusentene mener altså parallellhandel med bakgrunn i disse omstendighetene skaper ineffektiviteter og skader forbrukervelferden.

Parallelldistributørene, Kommisjonen og enkelte medlemsstater er stort sett av en annen oppfatning. I anførselene til den allerede nevnte *Sot. Lélos kai*, ble det hevdet at parallellhandel medfører klare fordeler for forbrukerne i form av lavere priser, og muliggjør innsparinger i nasjonale helseforsikringsordninger. Dette var også Kommisjonens holdning i *Glaxo Wellcome*, beslutningen som ledet til *GlaxoSmithKline*-saken, som analyseres under punkt 5. Videre ble det i begge sakene påstått fra Kommisjonens side at det ikke er noen kausalitetsforbindelse mellom parallellhandel og investeringer i FoU, slik at det ikke kan argumenteres med at begrensninger i parallellhandel vil sikre slike investeringer.

Kommisjonen mener at parallellhandel medfører klare velferdsfordeler for forbrukerne. Når den har omtalt parallellhandel med legemidler generelt,⁵⁷ har det blitt pekt på at i tilfeller der et produkt er patentbeskyttet, og det finnes få eller ingen alternativer, vil parallellhandel utgjøre den eneste formen for konkurranse. I mange land vil forbrukerne ha en direkte prisfordel av at det tilbys parallellimporterte alternativer, enten i tilfeller der de normalt betaler hele prisen på legemiddelet, eller der refusjonsbeløpet er en prosentandel av utsalgsprisen. Dessuten vil innsparingene til nasjonale helseforsikringsordninger indirekte gagne medlemmene i disse ordningene. Hva gjelder effektiv ressursallokering kan tidligere uttalelser fra Kommisjonen tyde på at den mener medlemsstatenes prisreguleringer kan være problematiske i så måte. I sin *Communication on the Single Market in Pharmaceuticals* fra 1998 uttalte Kommisjonen at med mindre parallellhandel kan operere dynamisk på pris, vil den skape ineffektiviteter fordi mesteparten av de økonomiske fordelene tilfaller parallelldistributørene i stedet for helsesystemet eller pasienten.⁵⁸ Den la

⁵⁷ *Glaxo Wellcome (Kommisjonen)*, premiss 181 flg.

⁵⁸ *Commission communication on the Single Market on Pharmaceuticals*, s. 4.

imidlertid til at parallellhandel også måtte anses som en viktig drivkraft for markedsintegrasjon og følgelig for å oppnå et indre marked. Dette argumentet ble også gjentatt i Kommisjonens beretning om konkurransepolitikken fra 2005, der parallellhandel med legemidler beskrives som *”a means of arbitration between high-price and low-price Member States, contributing to the creation of a common market in pharmaceuticals.”*⁵⁹ I beslutningen som ledet opp til *GlaxoSmithKline*-saken mente kommisjonen at to-prisingssystemet avtalen la opp til var et ”særlig alvorlig forsøk på markedsoppdeling”,⁶⁰ men samtidig sies det i et tidligere avsnitt i beslutningen at Kommisjonen ikke anser det som sannsynlig at parallellhandel vil føre til generell prisnedgang i importstaten; siden parallellhandel utgjorde en så liten del av markedet,⁶¹ ville den bare produsere en marginal effekt på prisene i importstaten. Sammenlagt kan disse uttalelsene tolkes til at Kommisjonen anser parallellhandel som et middel for større prisharmonisering dersom markedsandelen fra parallellhandel blir tilstrekkelig stor. Hvor mye Kommisjonen ville anse å være en tilstrekkelig markedsandel i så måte er det ikke holdepunkter for å mene noe om. I alle tilfeller ser det ut til at Kommisjonen mener at en markedsisolering ut over de forskjellene som allerede eksisterer i kraft av nasjonale reguleringer uansett er i strid med integrasjonshensynet, men Kommisjonens holdning til hvorvidt parallellhandel kan føre til en større grad av markedsintegrasjon er noe vanskeligere å bedømme.

2.2.4.2 Empiriske undersøkelser på den europeiske legemiddelsektoren og økonomisk teori

Kommisjonen har i de sakene om parallellhandel med legemidler den har frontet, inntatt den holdningen at det ikke er noen klar sammenheng mellom tapet i omsetning legemiddelprodusenter lider og disses investeringer i FoU. Selv om det kan være vanskelig å finne en slik direkte sammenheng, kan det påstås at en rasjonell aktør i en

⁵⁹ Kommisjonens beretning om konkurransepolitikken 2005, side 37, punkt 74.

⁶⁰ *Glaxo Wellcome (Kommisjonen)*, premiss 153.

⁶¹ Tall fra 1998, som lå bak denne antakelsen, viste at markedsandelen for parallelldistribuerte legemidler i Storbritannia lå på mellom 4 og 8 % på det daværende tidspunktet: *Ibid*, premisser 29 og 34.

konkurransesatt bransje vil ha enhver interesse i å investere en del av et større overskudd i FoU, siden innovasjon er det ledende konkurranseparameteret på sektoren.

Legemiddelsektoren, som på produksjonssiden nettopp er særlig innovasjonstung, vil være et eksempel på en sektor der produsentoverskuddet i henhold til økonomisk teori bør ivaretas, i den utstrekning det genererer fremtidige fordeler for forbrukerne. I de bransjer profitt representerer en nødvendig gjenvinning av tidligere innovasjonskostnader, eller sikrer finansiering til fremtidig FoU, vil forbrukerne kunne ende opp som skadelidende dersom konkurransepolitisk innblanding fokuserer ensidig på lave priser.⁶² Kostnader til FoU innen legemiddelsektoren er faste, såkalte ”globally joint costs”, det vil si at kostnadene stort sett er invariable i forhold til hvor mange pasienter eller land som benytter seg av legemiddelet når det først er ute på markedet. Dette gjør at kostnadene vanskelig kan tilskrives enkelte land.⁶³ I en slik situasjon sier den økonomiske teorien at den mest effektive måten å dekke slike globale felleskostnader er såkalt ”Ramsey pricing”; når forbrukere har ulik sensitivitet for prisvariasjoner, bør også prisene differensiere deretter for å maksimere forbrukervelferden og sikre inntekter til FoU. Parallellhandel jevner ut slike prisdifferanser, og underminerer dermed den mest effektive prisingsmetoden for å dekke FoU-kostnader.⁶⁴ Så lenge de fleste medlemsstatene uansett griper inn i prissettingen, vil legemiddelprodusentene allikevel i stor grad være ute av stand til å føre en slik prispolitikk. Dersom man imidlertid legger til grunn at medlemsstatene også setter priser etter en avveining av sine behov for prisinnsparinger og sine foretrukne bidrag til innovasjon, vil det også kunne argumenteres med at parallellhandel underminerer de politiske avveiningene FoU-orienterte medlemsstater har gjort.⁶⁵ Det kan til og med argumenteres for at i en slik situasjon der medlemsstatenes myndigheter er forbrukerne,

⁶² Van den Bergh og Camesasca – *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective* (2006), side 37.

⁶³ Danzon og Towse (2003) s. 185.

⁶⁴ Danzon og Towse (2003) s. 186.

⁶⁵ Rey og Venit – *Parallel trade and pharmaceuticals: A policy in search of it self*, *European Law Review* (2004), side 166 og 170.

idet de bærer en stor del av sluttkostnadene, og har vurdert sin betalingsvilje opp i mot sitt behov, så er de differensierte prisene innenfor EUs medlemsstater det nærmeste man vil komme slik Ramsey-prising under det nåværende reguleringsregimet.

Empiriske studier ser ut til å bekrefte en sammenheng mellom utbytte og fremtidig innovasjon, at priskontroll har negativ innflytelse på FoU, og at både priskontroller og parallellhandel bidrar til dette.⁶⁶ Imidlertid tyder det helhetlige bildet samtidig på at demografiske forhold i et Europa med en aldrende befolkning fører til at det totale salget av legemidler øker, og at forbruket går i retning av nyere og dyrere produkter, slik at dette igjen kan øke incentivene til investeringer i FoU.⁶⁷

Dersom de generelle prinsippene om innovasjonsdrevne bransjer kan overføres til legemiddelsektoren, kan dette antyde at man gjennom parallellhandel av legemidler på det europeiske markedet tjener relativt lite i form av økt konsumentoverskudd gjennom lavere priser. Samtidig tilfaller mesteparten av ressursoverføringen fra produsentene parallelldistributører, slik at forbrukerne risikerer å gå glipp av fremtidig innovasjon fordi produsentoverskuddet faller kraftig.

Analyser gjort på det europeiske markedet for parallellhandel med legemidler viser dessuten at innsparingene nasjonale myndigheter gjør på parallellimporterte legemidler antakelig er små, både i absolutte og relative termer. I Kanavos og Costa Font-analysen fra 2005 viste data fra Danmark, Tyskland, Nederland, Norge, Sverige og Storbritannia angående parallellhandel med en gruppe utvalgte medisiner at innsparingene utgjorde totalt 100 millioner euro for alle landene samlet, eller 1,8 % av total detaljhandel med produktene.⁶⁸ Dataene viste videre at mesteparten av den økonomiske fordelene fra

⁶⁶ *Innovation in the pharmaceutical sector* – studie for Kommisjonen av Charles River Associates (2004), s. 83-85 .

⁶⁷ Ibid, s. 98-103.

⁶⁸ Kanavos og Costa-Font (2005), s. 772-773. En nærmere redegjørelse for utvalget av produkter finnes på side 767.

parallellhandel tilfalt parallelldistributørene, 648,8 millioner euro, mens tapet for produsentene ble kalkulert til 755 millioner euro på nivået for apotekenes innkjøpspriser.⁶⁹ Totalinnvirkningen for legemiddelindustrien ble anslått til å være på mellom 1,9 og 3,8 milliarder euro, hvorav 85 % tilfalt parallelldistributørene, 13,2 % tilfalt helseforsikringsorganisasjonene, og ca. 1 % tilfalt apotekene. I henhold til disse dataene ser det ut til at parallellhandel fører til relativt begrensede innsparinger for medlemsstatene, mens den fører til ganske store tap hos produsentene.

Kommisjonen har inntatt den holdning at parallellhandel også bidrar til ytterligere markedsintegrasjon i form av prisharmonisering på sektoren, slik å forstå at forbrukerne ikke bare drar fordeler av lavere priser på de parallellimporterte legemidlene, men at parallellhandelen på sikt skal føre til et prispress i importstaten slik at prisene også vil senkes på legemidler som distribueres gjennom de ordinære distribusjonskanalene. Problemet med en slik markedsintegrasjonstilnærming på legemiddelsektoren, er nettopp det at manglende integrasjon i utgangspunktet skyldes nasjonale inngrep fra medlemsstatene. Dersom parallellhandel i seg selv skulle ha bidratt til ytterligere integrasjon på sektoren, måtte dette i så fall være i form av et konkurransemessig prispress som harmoniserte legemiddelprisene mellom medlemsstatene. Altså måtte konkurransen fra parallellhandel bidra til et mer generelt prispress i importstaten, ut over å kun resultere i konkrete innsparinger til forbrukerne eller helsemyndighetene i det enkelte tilfelle. I *Glaxo Wellcome* mente Kommisjonen at tall opp til 1998 viste at parallellhandel ikke hadde ført til noen reell prisnedgang i Storbritannia, noe den tilskrev det forhold at parallelldistribuerte legemidler kun utgjorde en ubetydelig del av det totale salget av legemidler på det britiske markedet.⁷⁰ Allerede i 2002 hadde imidlertid markedsandelen for parallellimporterte reseptbelagte legemidler i utvalgte høykostland nådd en markedsandel på mellom 7 og nærmere 20 %, og til tross for dette fantes det ingenting som tilsa at slik handel hadde noen faktisk konkurransevirkning på prisnivået i destinasjonslandene.⁷¹

⁶⁹ Ibid, s. 774.

⁷⁰ *Glaxo Wellcome (Kommisjonen)*, premiss 133, med henvisning til premiss 29 flg.

⁷¹ Kanavos og Costa-Font (2005), s. 786-789.

Markedsandelen til paralleldistribuerte legemidler ser altså ikke ut til å ha noen innvirkning på prisnivået til legemidlene distribuert gjennom ”ordinære” kanaler i destinasjonslandet.⁷² Kommisjonens stadig gjentatte oppfatning om at parallellhandel med legemidler er en viktig faktor for harmonisering av priser på sektoren ser dermed ut til å ha lite for seg, selv når parallellimporterte produkter får en stadig større markedsandel.

Kanavos og Costa-Font er av den oppfatning at prisnivået i destinasjonsland heller blir påvirket av nasjonale politiske parametre (som prisreguleringer og bruken av generika), enn av parallellhandel som sådan. I utstrakt betydning tyder dette på at dersom landene ønsker å gjøre innsparinger i sine utgifter, så vil parallellhandel bare fremstå som en nest best-løsning,⁷³ og det vil være mer hensiktsmessig å regulere prisene direkte.

Alt i alt tyder altså de undersøkelsene som er foretatt på sektoren hva gjelder følgene av parallellhandel at medlemsstatene ved å legge til rette for parallellimporterte legemidler gjør begrensede innsparinger, samtidig som økonomisk teori tilsier at det vil være en reell fare for nedgang i innovasjonskapasitet og investeringer i fremtidig FoU. Under disse omstendighetene er det dermed ikke gitt at parallellhandel vil medføre en total økning i forbrukervelferd på legemiddelsektoren. Til tross for innsparingene som faktisk gjøres ved at paralleldistributørene kan tilby legemidler på et noe lavere prisnivå enn produsentens ordinære distributører, er dermed det totale bildet hva gjelder effektiv ressursallokering og total forbrukervelferd mer usikkert.

⁷² L.c.

⁷³ Ibid, s. 790.

3 PARALLELLHANDEL - KONKURRANSEPOLITIKK OG PRAKSIS

3.1 Konkurransereglens overordnede målsetninger og hensyn

3.1.1 Innledende bemerkninger

Konkurransereglens uttalte formål⁷⁴ er å beskytte effektiv konkurranse og bidra til markedsintegrasjon, samtidig som å sikre forbrukervelferden og legge til rette for en effektiv allokering av ressurser.⁷⁵ Uttalelser fra både EU-domstolene og Kommisjonen viser at hensynene blir påberopt om hverandre, og at det ofte legges til grunn at de som regel trekker i samme retning. Så enkelt er det nødvendigvis ikke; hvilken vekt disse hensynene har i forhold til hverandre kan variere noe, og i enkelte tilfeller kan hensynene endog være innbyrdes motstridende. For å klargjøre dette ytterligere, vil jeg derfor forsøke å identifisere det nærmere innholdet i dem, og deretter illustrere hvordan disse påberopte hensynene i noen tilfeller kan stå i strid med hverandre.

3.1.2 Innholdet i EUs økonomiske velferdsstandard

Kommisjonen fremhever både effektiv allokering av ressurser og økt forbrukervelferd som målsetninger innenfor EUs konkurransepolitikk. Det er også viktig å merke seg at disse to målsetningene fremheves som konkurransepolitiske målsetninger *i seg selv*, og at Kommisjonen særlig i de senere uttalelser legger til grunn at konkurransen beskyttes fordi den bidrar til å oppnå disse målsetningene:

⁷⁴ Se ovenfor under punkt 1.2.1.

⁷⁵ Andre hensyn har også vært nevnt underveis i utviklingen av europeisk konkurransepolitikk. Det har blant annet blitt påstått at konkurransereglene har blitt anvendt for å beskytte mindre foretak mot større og mektigere konkurrenter, i stedet for å beskytte konkurransen i seg selv. Dette har imidlertid blitt avvist både i uttalelser fra Konkurransekommisjonæren (SPEECH/05/537 – “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”) og Kommisjonen selv (se bl.a. *Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings* (C(2009) 864 final), avsnitt 6), og regnes ikke som et uttalt hensyn konkurransereglene skal ivareta.

*“The objective of Article [101] is to protect competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources”.*⁷⁶

Ofte nevnes disse målsetningene om hverandre, og fremstilles gjerne enten som likeverdige eller som to sider av samme sak. I enkelte situasjoner kan imidlertid disse to standardene stå som motsetninger til hverandre. Dette er egentlig ikke så merkelig, idet en ”effektiv allokering av ressurser” er en totalvelferdsstandard som kan vurderes ut i fra rene økonomiske kriterier, mens en forbrukervelferdsstandard vil ta særskilt hensyn til konsumentvelferden til tross for at dette vil kunne lede til ineffektiviteter. For eksempel, i henhold til en total velferdsstandard målt i form av Kaldor-Hicks-effektivitet⁷⁷ vil en økning kun i produsentoverskudd utgjøre en forbedring hva gjelder ressursallokering. Prisdiskriminering mellom forbrukere med ulik betalingsvillighet kan i noen tilfeller øke den totale produktmengden som blir solgt og samtidig tillate produsenten å erobre en større del av konsumentoverskuddet. Dette er effektivt fordi høy pris opprettholdes for forbrukere med høy betalingsvillighet, samtidig som flere produkter selges til lavere pris for forbrukere med lavere betalingsvillighet. Den samme økningen i totalvelferd gjelder for effektivitetsbesparelser foretatt hos en produsent eller en distributør, selv om disse ikke nødvendigvis leder til prisnedgang for forbrukere. Slike tiltak muliggjør da at den totale velferden målt i Kaldor Hicks-effektivitet øker, så lenge produsenten tjener mer på endringen enn det konsumenten taper. Om forbrukervelferden derimot skal ivaretas som en selvstendig standard, vil slike situasjoner antakelig ikke kunne aksepteres.

⁷⁶ Se for eksempel *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty* (2004/C 101/08), avsnitt 13. Tilsvarende formulering finnes i *Guidelines on Vertical Restraints* (2000/C 291/01), avsnitt 7 om hensikten med EU’s konkurransepolitikk generelt. Daværende konkurransekommisjonær Neelie Kröes fremhevet også dette standpunktet i en tale i 2005, og spesielt viktigheten av forbrukervelferd, som den standarden Kommisjonen anvender ved håndhevelsen av konkurransereglene.

⁷⁷Så lenge den som tjener på en overføring av verdier *potensielt* kan kompensere den som taper, regnes endringen som økonomisk effektiv i henhold til Kaldor-Hicks-kriteriet.

En nærmere gjennomgang av konkurransereglenes bestemmelser og Kommisjonen tolkning av disse tyder på at EU-konkurranserettens velferdsstandard ikke stemmer overens med en ”ren” økonomisk totalvelferdsstandard som Kaldor Hicks-effektivitet, men derimot fokuserer mer på forbrukervelferd. Artikkel 101 (3) fremhever at forbrukerne må sikres en ”rimelig andel” av effektivitetsgevinster. Samtidig kreves det ikke at forbrukerne alltid tjener på det aktuelle tiltaket: i retningslinjene for håndhevelsen av artikkel 101 (3) uttales det at nettovirkningen for forbrukerne må være minst nøytral i så måte.⁷⁸ Det samme kriteriet om at forbrukerne ikke må lide netto skade settes også opp av Kommisjonen for muligheten av å benytte seg av ”effektivitetsforsvaret” under artikkel 102.⁷⁹ I tillegg ser Kommisjonen ut til å stille opp en slags skala for hva som kreves i forhold til forbrukervelferden; desto mer alvorlig en konkurransehindring er under artikkel 101 (1), jo større må både effektivitetsfordelen og overføringen av denne i form av økte fordeler for forbrukerne være under artikkel 101 (3) for at den allikevel skal kunne aksepteres.⁸⁰

Som allerede nevnt er det imidlertid noen omstendigheter der en mer effektiv ressursallokering som i utgangspunktet kun gir en økning i produsentoverskudd også normalt vil være i forbrukernes interesse. Økonomisk teori tilsier at under en dynamisk tilnærming kan dette være tilfellet i innovasjonstunge sektorer der en stor del av økningen i forbrukervelferd realiseres i form av økning i dynamisk effektivitet, og forbrukerne vil i så fall lide dersom konkurransemyndighetene fokuserer ensidig på prisfordeler.⁸¹ Vurderingen kompliseres dermed ytterligere av at hva som representerer en økning eller nedgang i forbrukervelferd i seg selv kan være vanskelig å definere nøyaktig. Forbrukere drar fordel av høy konkurranse på flere ulike måter: både gjennom lavere priser, økning i kvalitet og økninger i form av større utvalg eller nye og forbedrede produkter eller tjenester. Imidlertid er en økning i forbrukervelferd i form av økt dynamisk effektivitet vanskelig å kvantifisere

⁷⁸ *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, avsnitt 85.

⁷⁹ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings*, avsnitt 30.

⁸⁰ *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, avsnitt 90.

⁸¹ Se ovenfor under punkt 2.4.2.2, Og Jones og Sufrin (2004), s. 410.

i motsetning til en økning i form av lavere priser og avveiningen mellom dem dersom de trekker i hver sin retning blir dertil vanskelig. Kommisjonen har uttalt at dynamisk effektivitet i form av nye og forbedrede produkter er en viktig form for forbrukervelferd, og at dersom ”verdiøkningen” fra slike forbedringer er større en skaden fra en prisoppgang vil forbrukerne være bedre stilt.⁸² I så fall vil vilkåret under artikkel 101 (3) om forbrukernes ”rimelige andel” være oppfylt (og formodentlig det likt definerte vilkåret ved påberopelse av effektivitetsforsvaret under artikkel 102).

Van den Berg og Camesca kaller EUs konkurransepolitiske tilnærming til velferdsstandard en ”pragmatisk forbrukervelferdsstandard”, men understreker samtidig at de savner en klar definisjon fra Kommisjonens side i så måte, for å avklare sin forbrukervelferdsstandard en gang for alle i stedet for å ”pay[ing] lip service to efficiency arguments”.⁸³ Uttalelsene fra Kommisjonen illustrerer etter min mening at velferdsstandard den søker å oppnå gjennom EUs konkurransepolitikk er noe annet enn en ren totalvelferdsstandard eller kun en forbrukervelferdsstandard, men ser snarere ut til å være en slags kombinasjon av begge disse. Gjennom konkurransepolitikken ønsker Kommisjonen å beskytte både en effektiv allokering av ressurser og forbrukervelferden, men i tilfeller der disse to målsetningene skulle komme til å trekke i hver sin retning er det hensynet til forbrukervelferden som antakelig vil veie tyngst. En økning i forbrukervelferd kan altså gå på bekostning av en mer effektiv allokering av ressurser, men ikke visa versa.

3.1.3 Integrasjonsimperativet – etablering, innhold og utvikling

Det har allerede blitt nevnt under avhandlingens punkt 1.2.1 at EUs konkurransepolitikk ”tjener to herrer”, konkurransen på den ene siden og integrasjon av det indre markedet på den andre.

⁸² *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, avsnitt 104.

⁸³ Van den Bergh og Camesasca (2006), side 43-45.

Økt integrasjon mellom medlemsstatenes økonomier og etableringen av et indre marked er klare målsetninger for unionen som sådan. Dette går klart fram av fortalene til både TEU og TEUF, samt TEU artikkel 3 (3). Spørsmålet jeg ønsker å stille i dette punktet er i hvilken utstrekning dette prinsippet også gjelder for konkurransereglene alene. Er markedsintegrasjon en selvstendig målsetning ved håndhevelsen av konkurransereglene slik at hensynet til slik integrasjon veier tungt i seg selv, eller er det en mer sekundær målsetning som skal hensyntas, men har mindre vekt? Sagt på en annen måte kan det spørres om hvorvidt markedsintegrasjon er et mål i seg selv under konkurransereglene, eller om det hensyntas fordi det bidrar til oppnåelsen av andre og egentlige målsetninger, som for eksempel de allerede etablerte formålene å sikre økonomisk effektivitet og forbrukervelferd.

Allerede fra starten av Det Europeiske Økonomiske Fellesskap, var det klart at konkurransereglene spilte en viktig rolle for å nå det overordnede målet om et indre marked. I Spaakrapporten, som utgjorde hjørnesteinen i forhandlingene som førte til ratifisering av Romatraktaten i 1957, forklares det at konkurransereglene ble introdusert for å avverge at dobbelprising skulle ha den samme virkningen som tollavgifter, at dumping skulle sette sunn økonomisk produksjon på spill, og at privates markedsdeling skulle substituere tidligere atskilte markeder.⁸⁴ Dersom man skulle tolket konkurransereglene ut ifra EF-traktatens opprinnelige formål, fremsto de også som verktøy for å oppnå målet om markedsintegrasjon. I *Consten & Grundig*⁸⁵, fastslo Domstolen uttrykkelig den klare sammenhengen mellom EF-traktatens overordnede målsetninger om å skape et indre marked med fri konkurranse, og virkemidlene traktaten tilgjengeliggjør for å oppnå dette målet. Domstolen vurderte for første gang en vertikal avtale å være i strid med

⁸⁴ Rapport des Chefs de Delegation aux Ministres des Affaires Etrangères (1956) side 16: “Des règles de concurrence qui s’imposent aux entreprises sont donc nécessaires pour éviter que des doubles prix aient le même effet que des droits de douane, qu’un dumping mette en danger des productions économiquement gaines, que la repartition des marchés se substitue à leur cloisonnement.”.

⁸⁵ Forente saker 56 og 58/64 – *Etablissements Consten SA & Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommisjonen (Consten & Grundig)*.

artikkel 101, og uttalte om artikkel 101 og forholdet til traktatens grunnleggende målsetninger:

”Finally, an agreement between a producer and distributor which might tend to restore the national divisions in trade between member states might be such as to frustrate the most fundamental objections of the community. The treaty, whose preamble and content aim at abolishing the barriers between states, and which in several provisions gives evidence of a stern attitude with regard to their reappearance, could not allow undertakings to reconstruct such barriers.”⁸⁶

I en annen sak Domstolen behandlet der dommen falt på samme dag, *Italy v Council and Commission*,⁸⁷ var Domstolen enda hakket klarere i sin tale. Italia ønsket å få annullert Forordning 19/65 som gjaldt håndhevelsen av daværende art. 85 (3), og Domstolen uttalte i sine domsgrunner angående håndhevelsen av daværende art. 85 følgende:

“Article [101] as a whole should be read in the context of the provisions of the preamble to the Treaty which clarify it and reference should particularly be made to those relating to the ‘elimination of barriers’ and to ‘fair competition’ both of which are necessary for bringing about a single market. (...)

An agreement between producer and distributor intended to restore national partitioning in trade between member states could be such as to run counter to the most fundamental objectives of the community. The preamble to and the body of the treaty firmly opposes their re-appearance. It could not allow undertakings to recreate such barriers.”⁸⁸

⁸⁶ Ibid, s. 340.

⁸⁷ Sak 32/65 – *Italy v Council and Commission* .

⁸⁸ Ibid, avgjørelsens side 405 og 408.

I *Consten Grundig og Italy v Council and Commission* la Domstolen til grunn at artikkel 101 måtte tolkes dit hen at den beskyttet traktatens grunnleggende formål om elimineringen av barrierer mellom medlemsstater og opprettelsen av det indre markedet, slik at privates forsøk på å skape slike barrierer rammes av bestemmelsen. Disse dommene ser altså ut til å legge til grunn, som Spaak-rapporten, at konkurransereglene også representerer et verktøy for å beskytte det indre markedet. I henhold til en slik tolkning er markedsintegrasjon en selvstendig målsetning ved håndhevelsen av konkurransereglene.

Imidlertid er det noen forfattere som er av den oppfatning at fokus har skiftet noe hva gjelder håndhevelsen av konkurransereglene, fra en praksis der hensynet til markedsintegrasjon i seg selv ble vektlagt i stor grad, over til en anvendelse av reglene som i større grad søker å beskytte selve konkurransen, og sikre økonomisk effektivitet. Baquero Cruz⁸⁹ og Van den Bergh og Camesasca⁹⁰ mener at i løpet av de siste ti, kanskje femten årene, ser man en mulig tendens fra både Kommisjonens og Rettens side til at fokuset ved håndhevelsen av konkurransereglene kanskje har vendt seg noe bort fra det klare integrasjonsimperativet som illustreres i *Consten & Grundig og Italy v Council and Commission*. Påstanden er at konkurransereglene har blitt mer og mer autonome fra reglene om fri bevegelse, og i større grad tar sikte på å ivareta konkurransen og sikre økonomisk effektivitet.⁹¹ En av faktorene som menes å ha bidratt til dette er nettopp etableringen av Retten. Baquero Cruz peker i denne forbindelse på at Retten har en tendens til å opptre som en spesialisert domstol som noen ganger tolker konkurransereglene på en høyst teknisk måte, og kan komme til å forsømme reglenes ikke-økonomiske funksjon og glemme deres nære forhold til reglene om fri bevegelse. Han trekker fram Rettens dom i *Bayer AG*⁹² som et eksempel på en slik tendens. Bayer produserte et legemiddel ved navn Adalat, og hadde i en periode over flere år opplevd et signifikant fall i salget av Adalat hos sitt britiske

⁸⁹ Baquero Cruz – *Between Competition and free movement: The Economic Constitutional law of the European Community* (2002), s. 98 flg.

⁹⁰ Van den Bergh og Camesasca (2006), s. 45 flg.

⁹¹ Baquero Cruz (2002), s. 100.

⁹² Sak T-41/96 – *Bayer AG mot Kommisjonen*.

datterselskap på grunn av parallellimport fra spanske og franske legemiddelgrossister. Som følge av det økonomiske tapet dette medførte for Bayer, endret de sine leveringsrutiner, og begynte å nekte å imøtekomme de stadig større bestillingene fra de spanske og franske grossistene. Kommisjonen mente Bayers endring av rutiner i samspill med det løpende kommersielle forholdet mellom Bayer og deres produsenter utgjorde en konkurransebegrensende avtale etter artikkel 101 (1). Dette var imidlertid ikke Retten enig i, da den mente at det faktum at partene hadde videreført sine kommersielle relasjoner ikke var tilstrekkelig for å konstatere at det eksisterte en avtale i henhold til artikkel 101 (1). Kommisjonen forsøkte forgjeves å hevde at parallellhandel måtte beskyttes under enhver omstendighet, også innenfor legemiddelsektoren. Den mente Domstolens avgjørelse i *Merck and Beecham*⁹³ bekreftet at myndigheters reguleringer av priser innenfor sektoren ikke kunne rettferdiggjøre avvik fra prinsippet om fri bevegelse og at muligheten for hindringer på parallellimport medførte en uønsket inndeling av nasjonale markeder. Kommisjonen hevdet at dette måtte bety at heller ikke innen legemiddelsektoren kunne parallellhandel forhindres verken med nasjonale tiltak eller gjennom avtaler mellom foretak.⁹⁴ Retten avviste at *Merck and Beecham*, i motsetning til det Kommisjonen hevdet, innebar et generelt forbud mot hindringer på parallellhandel som fikk anvendelse ikke bare overfor medlemsstater men også overfor private foretak. Derimot mente Retten at

”Accordingly, provided he does so without abusing a dominant position, and there is no concurrence of wills between him and his wholesalers, a manufacturer may adopt the supply policy which he considers necessary, even if, by the very nature of

⁹³ Forente saker C-267-268/95 – *Merck and Beecham*, saken gjaldt en anmodning om forhåndsuttalelse om hvorvidt traktatens regler om fri bevegelse var til hinder for å anvende nasjonal lovgivning om patenter for å motsette seg import fra en annen medlemsstat, når produktet var plassert på markedet i denne andre medlemsstaten etter den ble medlem av fellesskapet, men før produktet kunne patentbeskyttes i denne staten. Saken gjaldt en helt konkret situasjon som oppsto da Spania og Portugal ble medlemmer av EF, og begrenset seg til å vurdere varigheten av visse nasjonale overgangsregler som godtok tiltak for å forhindre parallellimport, og hvilke regler som var anvendelige etter denne overgangsperioden var over.

⁹⁴ *Bayer AG*, premiss 177, Rettens gjennomgang av Kommisjonens argumenter.

its aim, for example, to hinder parallel imports, the implementation of that policy may entail restrictions on competition and affect trade between Member States.”⁹⁵

Retten fremhevet at formålet med artikkel 101 (1) ikke er å fullstendig eliminere alle handelsbarrierer mellom medlemsstatene, men at bestemmelsen derimot har et mer begrenset formål, siden den bare forbyr konkurransehindringer som er resultatet av en avtale eller samordnet opptredet .

Baquero Cruz mener *Bayer AG* er et eksempel på en sak der Retten tolket artikkel 101 restriktivt hva gjelder vertikale avtaler som innskrenker konkurransen når den kom til at løpende kommersielle relasjoner ikke var tilstrekkelig for å konstatere samordnet opptreden.⁹⁶ Han mener saken kunne godt ha fått et annet resultat dersom individuell økonomisk frihet og markedsintegrasjon hadde vært medregnet som viktige tolkningsfaktorer under konkurransereglene.⁹⁷ Også Van den Bergh og Camesasca trekker fram denne avgjørelsen og Domstolens opprettholdelse som ”a clear sign that market

⁹⁵ Ibid, premiss 176.

⁹⁶ Baquero Cruz (2002), s. 100-101.

⁹⁷ Baquero Cruz peker samtidig på at Retten på omtrent samme tid kom til motsatt resultat i Sak T-62/98 – *Volkswagen v Commission*, der en avtale ble antatt å eksistere på grunnlag av løpende kommersielle relasjoner mellom en produsent og distributørene, selv om tiltaket ble framtvunget av produsenten og det ikke forelå noen uttalt partsvilje fra distributørene. Det er selvfølgelig mulig å spekulere på om *Bayer AG* kunne fått et annet utfall dersom Retten hadde anvendt markedsintegrasjonshensynet som en mer fremtredende tolkningsfaktor. Imidlertid representerer ikke *Bayer AG* og *Volkswagen* etter min mening to like situasjoner behandlet på ulik måte av Retten, slik Cruz ser ut til å mene. I *Volkswagen* dreide saken seg om forholdet mellom bilprodusenten og dennes autoriserte forhandlere. Grunnen til at Retten mente at produsentens ordre var en avtale, var at dette pålegget ble ansett å være en del av partenes forretningsrelasjoner som var regulert gjennom en rammeavtale allerede inngått fra før (se dommens premiss 236). Dette synspunktet hadde støtte i tidligere praksis fra Domstolen (se blant annet forente saker 25 og 26/84 – *Ford mot kommisjonen* og Sak C-70/93 – *Bayerische Motorenwerke mot kommisjonen*). I *Bayer AG* var det derimot ingen slik bakenforliggende rammeavtale som regulerte partenes videre forretningsrelasjoner. Kommisjonen mente at det var tilstrekkelig for å påvise en avtale at distributørene ikke brøt sine relasjoner etter Bayers nye rutiner ble innført, men dette grunnlaget mente Retten var for tynt.

integration is losing importance as a goal”.⁹⁸ Jeg mener imidlertid ikke Rettens resultat i *Bayer AG* kan tolkes klart i favør av et slikt synspunkt. Et motsatt resultat ville gått imot tidligere praksis fra Domstolen som fastslår at det må kunne avdekkes en form for overenskomst mellom minst to parter for at artikkel 101 (1) skal komme til anvendelse. Det Retten sa i *Bayer AG* var nettopp at det å hindre parallellhandel i seg selv ikke er tilstrekkelig for å utgjøre et brudd på konkurransereglene; for at atferden skal utgjøre en overtredelse av artikkel 101 (1) eller artikkel 102 må fremdeles de enkelte kumulative vilkårene i bestemmelsene være oppfylt.⁹⁹ Eksempelvis er ikke forsøk på å hindre parallellhandel en overtredelse av konkurransereglene dersom atferden verken er et resultat av et samarbeid mellom to eller flere aktører, eller individuelle initiativer av ikke-dominerende foretak. Hadde Kommisjonens beslutning i stedet blitt opprettholdt ville det betydd et brudd på dette prinsippet. Kommisjonen hadde riktignok fått utvidet sine redskaper for å slå ned på parallellhandel og beskytte det indre markedet, men dette ville samtidig gått på bekostning av integriteten til konkurransereglene, som legger til grunn at ensidig atferd kun rammes i den grad den utgjør et misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102.¹⁰⁰ Jeg leser ikke Rettens resultat i *Bayer AG*, slik Baquero Cruz, Van den Berg og Camesasca gjør, som et klart tegn på at integrasjonsimperativet har tapt noe av sin betydning som mål under konkurransereglene. Etter min mening var antakelig Rettens avgjørelse like mye motivert av hensynet til ordlyden i artikkel 101 (1) og å unngå en uthuling av denne, samt hensynet til en indre sammenheng mellom artikkel 101 (1) og 102; konkurransebegrensende samarbeid rammes av artikkel 101 mens konkurransebegrensende ensidig atferd rammes av artikkel 102. Dette ser man også i at Retten påpekte at en opprettholdelse av Kommisjonens beslutning ville ført til at forretningsnektelser ville blitt straffet hardere under artikkel 101 (1) enn under artikkel 102, der selv totale forretningsnektelser fra dominerende foretak ikke er forbudt med mindre de utgjør et misbruk.¹⁰¹ Uansett gjør avgjørelsen det klart at det er en grense for hvor langt EF-

⁹⁸ Van den Bergh og Camesasca (2006), side 46.

⁹⁹ *Bayer AG*, premiss 176.

¹⁰⁰ Whish (2008), s. 111.

¹⁰¹ *Bayer AG*, premiss 180.

domstolene er villig til å tøyne ordlyden i artikkel 101 (1), og at hensynet til markedsintegrasjon ikke anses å være så tungtveiende at det endrer på denne vurderingen. Det er viktig å notere at resultatet i *Bayer AG* ikke kom som et direkte resultat av den særegne økonomiske situasjonen på legemiddelsektoren, men gjaldt parallellhandel generelt i forhold til artikkel 101. En avgjørelse som ville ha stått som et klarere eksempel på at markedsintegrasjonshensynet kunne sies å ha tapt betydning som en selvstendig målsetning under konkurransereglene ville ha vært Rettens vurdering av avtalens formål kontra virkning i *GlaxoSmithKline*-saken, som gjennomgås under punkt 5. Imidlertid ble denne delen av avgjørelsen opphevet av Domstolen.

Muligens kan det allikevel hevdes at Rettens resultater i *Bayer AG* og *GlaxoSmithKline* kan være en del av en bredere tendens der markedsintegrasjonshensynet ikke lenger beskyttes i kraft av seg selv, men heller på grunn av de positive følgene markedsintegrasjon antas å ha. Også i materiale fra Kommisjonen kan man spore en viss endring i tilnærmingen til integrasjonsimperativet. Baquero Cruz¹⁰² trekker spesielt fram en mer avslappet holdning til såkalte vertikale begrensninger, gjennom vedtakelsen av gruppefritaksforordningen for vertikale avtaler.¹⁰³ Under denne forordningen presumeres vertikale avtaler der aktørene har en markedsandel på under 30 % å ikke være i strid med artikkel 101 (1), med unntak for ”hardcore”-begrensninger i form av absolutt områdebeskyttelse og fastprissystemer som allikevel må undergå full vurdering. Vertikale avtaler representerer en type avtale der hensynet til markedsintegrasjon kan komme i konflikt med hensynet til økonomisk effektivitet og forbrukervelferd. Visse typer vertikale begrensninger kan være nøytrale, og endog effektive sett fra et økonomisk synspunkt,¹⁰⁴ men de er oftere problematiske sett fra et integrasjonssynspunkt.¹⁰⁵ Endringen i konkurransepolitikken på dette området vitner muligens om en orientering mot økonomisk effektivitet heller enn markedsintegrasjon.

¹⁰² Baquero Cruz (2002), side 101.

¹⁰³ Forordning (EF) nr. 2790/1999 av 22. desember 1999 om anvendelse av EF-traktatens artikkel [101] (3) på kategorier av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

¹⁰⁴ For en mer utfyllende analyse, se. Van den Bergh og Camesasca (2006), side 106-118.

¹⁰⁵ Ibid, s. 46, særlig gjelder dette avtaler som inneholder klausuler om absolutt områdebeskyttelse.

Andre meddelelser fra Kommisjonen viser en liknende holdning. I den tidligere nevnte beretningen fra 1997 framholdt Kommisjonen viktigheten generelt av konkurransereglens rolle i arbeidet med å oppnå målsetningen med et indre marked:

*”Competition policy contributes to the Community objective of creating a single market and plays a crucial role in bringing it about, in particular by promoting the opening-up of markets. Articles [101] and [102] provide the Commission with effective means to this end.”*¹⁰⁶

Allerede to år senere framhevet imidlertid Kommisjonen at konkurransepolitikken i større grad skulle fremstå som uavhengig fra integrasjonsimperativet:

*“At the beginning the focus of its activity was on establishing rules on restrictive practices interfering directly with the goal of market integration. [...] The Commission has now come to concentrate more on ensuring effective competition by detecting and stopping cross border cartels and maintaining competitive market structures.”*¹⁰⁷

I Kommisjonens Retningslinjer for vertikale begrensninger fra 2000, holdes beskyttelsen av konkurransen fram som det primære målet med EUs konkurransepolitikk, fordi denne øker forbrukervelferden og leder til en effektiv allokering av ressurser.¹⁰⁸ Markedsintegrasjon holdes fram som supplerende mål,¹⁰⁹ fordi slik integrasjon styrker konkurransen. I Kommisjonens retningslinjer for håndhevelsen av artikkel 101 (3) fra 2004, har integrasjonsimperativet mistet sin status som egen målsetning for artikkel 101, men holdes

¹⁰⁶ Kommisjonens XXVII beretning om konkurransepolitikken (1997), avsnitt 52.

¹⁰⁷ *White Paper on the modernisation of the rules implementing articles 85 and 86 of the EC treaty* (COM (99) 101 final), side 5, punkt 8.

¹⁰⁸ *Guidelines on Vertical Restraints*, avsnitt 7.

¹⁰⁹ Den engelske versjonen av dokumentet anvender ordet “additional”, og den franske versjonen anvender ordet “supplémentaire”. I den danske versjonen er denne setningen tydeligvis utelatt.

i stedet fram som et av virkemidlene som bidrar til oppnåelsen av det *egentlige* formålet med konkurransereglene, nemlig forbrukervelferd og effektiv ressursallokering:

“The objective of Article [101] is to protect competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources. Competition and market integration serve these ends since the creation and preservation of an open single market promotes an efficient allocation of resources throughout the Community for the benefit of consumers.”¹¹⁰

Som allerede nevnt framholdt konkurransekommisjonær Neelie Kröes at forbrukervelferd nå er standarden Kommisjonen forfølger ved håndhevelsen av konkurransereglene.¹¹¹

Opprinnelig ble det framholdt at konkurransereglene skulle sikre fri konkurranse og forhindre handelsbarrierer satt opp av private fordi begge disse to målene bidro til å sikre fellesskapets mer overordnede målsetning om et indre marked. I løpet av de siste ti årene ser det imidlertid ut som at institusjonene i større grad er villig til å sondre mellom de ”rene” konkurransepolitiske målsetninger definert som forbrukervelferd og effektiv ressursallokering og unionens overordnede målsetning om et indre marked, slik at konkurransereglene opptrer som mer uavhengig fra dette overordnede formålet. Avgjørelsen i *Bayer AG* illustrerer således Rettens uvilje mot å tøye konkurransereglens nedslagsfelt for å beskytte parallellhandel for en hver pris.

Van den Berg og Camesasca tar til orde for at markedsintegrasjon som sådan ikke bør forfølges ved hjelp av konkurransereglene i det hele tatt, fordi målet om markedsintegrasjon først og fremst hindres av andre faktorer som skatte- og avgiftsforskjeller og andre lovgivningsmessige intervensjoner fra medlemsstatenes side, og trekker særlig fram mangelen på harmonisering på legemiddelsektoren grunnet inngripen fra medlemsstatenes side. De mener at å gripe inn mot at selskaper tilpasser sin salgspolitikk til slike forskjeller er det samme som å motarbeide effektene

¹¹⁰ *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, avsnitt 13.

¹¹¹ SPEECH/05/512 – “European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”.

Sitatet er gjengitt ovenfor under punkt 2.3.1.

uten å påvirke årsakene til forskjellene. Ved å gjøre dette tillegger man bare kostnadene for det ikke-harmoniserte Europa på private foretak, der ansvaret burde ligge hos medlemsstatenes myndigheter. Poenget er at markedsintegrasjon kan være et legitimt mål i seg selv, men bør søkes oppnådd gjennom andre juridiske virkemidler enn gjennom konkurransereglene.

Imidlertid er det vanskelig å trekke noen sikker konklusjon på hva innholdet i hensynet til markedsintegrasjon faktisk er, fordi man fremdeles ikke verken fra Kommisjonen eller EU-domstolene har fått noen klar og definitiv redegjørelse på hvilket grunnlag integrasjonsimperativet *egentlig* forfølges. Det har blitt sagt at man gjennom å beskytte hensynet til markedsintegrasjon bidrar til å realisere det indre markedet ved å harmonisere markedsforskjeller mellom medlemsstatene imellom,¹¹² og enkelte har hevdet at markedsintegrasjon fremmer økonomisk frihet.¹¹³ Det har også blitt sagt at handelsbarrierer må unngås fordi parallellhandel fremmer utviklingen av varebevegelser og stimulerer konkurransen,¹¹⁴ og markedsintegrasjon har vært påberopt for å beskytte forbrukerne;¹¹⁵ for at ikke disse skal gå glipp av prisfordeler¹¹⁶ men i stedet betale prisen for ”cosy industry arrangements”.¹¹⁷

Kommisjonens senere uttalelser beskriver i større grad markedsintegrasjon et middel for å oppnå de konkurransepolitiske målene som trekkes fram av Kommisjonen de siste årene, nemlig økonomisk effektivitet og forbrukervelferd. Denne utviklingen kan tyde på at konkurransereglene nå skal tolkes dit hen at markedsintegrasjon ikke skal forstås som en konkurransepolitisk målsetning i seg selv under konkurransereglene, men heller er et av

¹¹² Se for eksempel Beslutning 64/566 – *Consten and Grundig*, punkt III-5, samt *Communication on the Single Market in Pharmaceuticals*, s. 4 og Kommisjonens beretning om konkurransepolitikken 2005, side 37, punkt 74.

¹¹³ Monti - *Article 81 and Public Policy*, *Common Market Law Review* (2002) vol. 39 nr. 5, s. 1063 (via Townley – *Article 81 EC and Public policy* (2009), s.116).

¹¹⁴ Sak C-373/90, premiss 12.

¹¹⁵ Se for eksempel sak 27/76 – *United Brands og United Brands Continentaal v Commission*, premiss 183.

¹¹⁶ Se for eksempel sak 28/77 – *Tepea v Commission*, premiss 56.

¹¹⁷ Kommisjonens XXI beretning om konkurransepolitikken (1991), avsnitt 15.

flere hensyn som søkes ivaretatt fordi slik integrasjon bidrar til konkurransereglens egentlige formål, som er økonomisk effektivitet og forbrukervelferd. Etter en slik vurdering burde man forvente å se en mer økonomisk tilnærming i EU-institusjonenes avgjørelser framover, der de ”rene” integrasjonsmessige argumentene viker plass for argumenter som samtidig hensyntar forbrukervelferd og allokeringseffektivitet.

3.2 Konkurranserettens beskyttelse av parallellhandel

3.2.1 Etableringen av beskyttelse for parallellhandel under konkurransereglene og hensynene påberopt for denne beskyttelsen

Som gjennomgått ovenfor, er det naturlig at parallellhandel nyter en viss beskyttelse under konkurransereglene når slik handel generelt antas å bidra til å øke forbrukervelferden og å bidra til ytterligere markedsintegrasjon. Som nevnt under punkt 2.1.3 har Domstolen framholdt uttalt at parallellhandel nyter en viss beskyttelse under EU-retten fordi den fremmer utviklingen av varenes frie bevegelse og stimulerer konkurransen.¹¹⁸

I de følgende punktene vil jeg se på beskyttelsen av parallellhandel under henholdsvis artikkel 101 og 102, med fokus på de typene konkurransebegrensende atferd foretakene ble anklaget for i *GlaxoSmithKline* og *Sot. Lélos kai*. Artikkel 101 og 102 deler ikke i utgangspunktet opp forskjellige typer konkurransebegrensende atferd, unntatt som eksemplifisering på avtaler eller misbruk som ”særlig” vil bli kunne slått ned på.

Særlig Kommisjonen har imidlertid anvendt konkurransereglene til en viss grad formalistisk når det har vært spørsmål om trusler mot det indre markedet. I forbindelse med vertikale avtaler inneholdt de tidligere gruppefritakene hvitelister over tillatte typer avtaleklausuler og svartelister som ville bringe avtalen inn under forbudet. Under gruppefritaket for visse typer vertikale avtaler fra 1999 ble det lagt opp til at avtaler der de

¹¹⁸ Sak C-373/90, premiss 12. Forhåndsuttalelsen angikk tolkningen av Rådskonklusjon 84/450 artikkel 2 (2), som skulle anvendes i en kriminalsak i Frankrike.

involverte hadde en markedsandel på under 30 % gikk klar under gruppefritaket uten slike formalistiske definisjoner. Men fritaket gjaldt allikevel ikke dersom avtalen inneholdt visse særlig alvorlige klausuler, såkalte ”hardcore restrictions”, som blant annet inkluderte klausuler om territoriell områdebeskyttelse. Forslaget til ny gruppefritaksforordning inneholder også det samme unntaket der avtaler som indirekte eller direkte har som formål å innskrenke kjøperens videresalgsmuligheter med hensyn til territorium eller kundekrets.¹¹⁹ Det har med andre ord vært en tendens både hos Kommisjonen til å dele opp atferd i forskjellige typer konkurransebegrensende atferd, og gå videre i sine vurderinger derifra. Den samme tendensen ser man i Domstolens vurderinger; for eksempel har den under artikkel 102 definert typer misbrukshandlinger basert på formelle kriterier og dermed identifisert kategorier av misbruk som forretningsnektelser, koblingssalg, rovprising, lojalitetsrabatter osv.¹²⁰ Det at EU-institusjonene gjennom sin praksis har definert visse typer atferd som antatt i strid med konkurransereglene, har til en viss grad lagt opp til en teknisk og formell heller enn en økonomisk vurdering av visse typer atferd, i hvert fall på visse områder.¹²¹

Det å ta utgangspunkt i hvilken type atferd avtalen eller misbruket gjelder har vært en generell tendens hos EU-institusjonene når de har vurdert mulige konkurransebegrensende handlinger under artikkel 101 og 102, og det er også et slikt mønster som i stor grad følges av Kommisjonen og EU-domstolene i de sakene jeg ønsker å analysere. Det virker derfor mest hensiktsmessig å følge det samme oppsettet når jeg gir en oversikt over rettstilstanden hva gjelder konkurransereglens beskyttelse av parallellhandel under artikkel 101 og 102.

¹¹⁹ *Draft Commission Regulation on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices* (foreslått i 2009 som gjeldende fom. 1. juni 2010 tom. 31. mai 2020), artikkel 4 b). Den gjeldende gruppefritaksforordningen utløper i mai 2010.

¹²⁰ Østerud i Kolstad (red) (2007) – *Misbruk av dominerende stilling*, s. 180.

¹²¹ Van den Bergh og Camesasca (2006), s. 229.

3.2.2 Særskilt om forretningsnektelser for å hindre parallellhandel som misbruk under artikkel 102

3.2.2.1 Misbruk av dominerende stilling og hindringer på parallellhandel generelt – bakgrunn og relevante hensyn

Ensidige forsøk på å hindre eller begrense parallellhandel kan utgjøre et misbruk og rammes av artikkel 102, så fremt det aktuelle foretaket innehar en dominerende stilling på markedet. Metodene for å forhindre parallellhandel, altså typen misbruksatferd, vil kunne variere fra sak til sak. I *United Brands* hadde selskapet United Brands blant annet ilagt sine distributører et forbud mot å videreselge grønne bananer. Siden bananer bare kan fraktes når de ennå er grønne, mente Kommisjonen at salgstreksjonen i realiteten innebar et eksportforbud som opprettholdt en effektiv deling av markedet.¹²² Domstolen opprettholdt kommisjonens beslutning og uttalte at salgsforbudet var

*”without any doubt an abuse of dominant position since[they] limit markets to the prejudice of consumer and affects trade between member states, in particular by partitioning national markets”*¹²³

*British Leyland*¹²⁴ gjaldt et forsøk på å utnytte britiske regler for registrering og godkjenning for biler, for å forhindre reimport av biler til Storbritannia. Bilprodusenten British Leyland solgte biler med rattet på høyre side av bilen for en høyere pris i Storbritannia enn det biler med rattet på venstre side av bilen ble solgt for i resten av medlemsstatene, noe som førte til parallellimport til Storbritannia av sistnevnte type biler. For å beskytte sine eneforhandlere lot British Leyland først sine britiske godkjennelsessertifikater gå ut på dato, deretter nektet de å utstede sertifikater som bekreftet at bilene oppfylte tilsvarende krav til selgere som drev med slik parallellimport, samtidig som de også nektet å gi fra seg informasjon som gjorde disse selgerne i stand til å

¹²² Beslutning 76/353 – *Chiquita*.

¹²³ *United Brands*, premiss 159.

¹²⁴ Sak 226/84 – *British Leyland*.

skaffe godkjenning på individuell basis. Domstolen mente British Leylands handlinger var et bevisst forsøk på å skape handelsbarrierer for parallellimport som konkurrerte med deres egne godkjente eneforhandlere, og et misbruk av deres dominerende stilling. I *AAMS v Commission*¹²⁵ kom Retten til at AAMS hadde misbrukt sin dominerende stilling som grossist på det italienske markedet ved å innta klausuler i avtaler med utenlandske produsenter som begrenset adgangen til utenlandske sigaretter på det italienske markedet. Disse sakene viser at misbruk av dominerende stilling som hindrer handel mellom medlemsstater og skader markedsintegrasjon vil rammes av artikkel 102. Tydeligst går dette frem av uttalelsen sitert fra Domstolen i *United Brands* sitert ovenfor.

I sakene som har omhandlet spørsmål om misbruk av dominerende stilling under artikkel 102, ser man i noe mindre grad den direkte henvisningen til hensyn til markedsintegrasjon, til sammenligning med de refererte sakene under artikkel 101 (se nedenfor under punkt 3.2.2.1). Allikevel fremstår det som klart at markedsintegrasjonshensynet også har vært et tungtveiende hensyn søkt ivaretatt under artikkel 102, og at Kommisjonen vil søke å slå ned på atferd som truer det indre markedet.¹²⁶ Dette synspunktet kommer også fram i den XXVII beretningen om konkurransepolitikken (1997), der Kommisjonen uttalte om misbruk av dominerende stilling:

*“Conventional competition law censures such behaviour, which limits, or indeed destroys, the ability of competitors or new entrants to affect the dynamics of the market. In the Commission’s eyes, such practices are particularly damaging, since they lead to market partitioning and delay the integration of the Member States’ economies. This is why the Commission is particularly alert to the effects of abuses of a dominant position on that integration.”*¹²⁷

¹²⁵ Sak T-139/98 – *Amministrazione Autonoma dei Monopoli dello Stato v. Commission*.

¹²⁶ Whish (2008), s. 702-703, Jones and Sufrin (2004), s. 520-521.

¹²⁷ Kommisjonens XXVII beretning om konkurransepolitikken (1997), avsnitt 63.

I artikkel 102 b) fastslås det at misbruk særlig kan bestå i å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne. Dersom en forretningsnektelse fører til en slik begrensning kan man altså anta at dette er en type atferd som lettere vil anses som misbruk av dominerende stilling enn dersom forretningsnektelsen ikke har en slik følge. Domstolens praksis avspeiler også en slik tendens. Uttalelsen fra Domstolen i *General Motors* viser at hensynet til markedsintegrasjon er tett knyttet opp imot hensynet til forbrukerne også ved vurderingen av hvorvidt atferd som truer det indre markedet rammes av artikkel 102:

“such an abuse might lie, inter alia, in the imposition of a price which is excessive in relation to the economic value of the service provided, and which has the effect of curbing parallel imports by neutralizing the possibly more favourable prices in other sales areas in the community, or by leading to unfair trade in the sense of Article [102] a).”¹²⁸

Atferd som truer det indre markedet blir altså særlig lett vurdert til å være et misbruk dersom den samtidig truer forbrukervelferden.

3.2.2.2 Utgangspunktet etter tidligere rettspraksis om forretningsnektelser – ytterligere omstendigheter må påvises for å definere forretningsnektelser som misbruk av dominerende stilling

Det kan være mange rimelige grunner til at en markedsaktør ikke ønsker å handle med en annen, som for eksempel utestående betalinger fra tidligere bestillinger, manglende lagerbeholdning m.v. De aller fleste juridiske systemer i land med markedsøkonomi opererer med avtalefrihet som et grunnleggende prinsipp. Spørsmålet om hvorvidt en forretningsnektelse utgjør et misbruk er altså et spørsmål om i hvilke situasjoner prinsipper om avtalefrihet må vike for konkurranserettslige betraktninger. Kommisjonen har uttrykt at generelt bør ethvert foretak ha retten til å selv velge sine handelspartnere og fritt disponere

¹²⁸ Sak 26/75 - *General Motors Continental NV v Commissio*, premiss 12.

sin egen eiendom, og at innblanding på konkurranserettslig grunnlag krever nøye avveining i de tilfeller hvor håndhevelsen av artikkel 102 fører til at et dominerende foretak blir pålagt en forsyningsforpliktelse.¹²⁹ Likeledes uttalte Retten i *Bayer AG* at

*“(…) under Article [102], refusal to supply, even where it is total, is prohibited only if it constitutes an abuse. The case-law of the Court of Justice indirectly recognises the importance of safeguarding free enterprise when applying the competition rules of the Treaty where it expressly acknowledges that even an undertaking in a dominant position may, in certain cases, refuse to sell or change its supply or delivery policy without falling under the prohibition laid down in Article [102]”*¹³⁰

En forretningsnektelse i seg selv er med andre ord ikke misbruk, ytterligere omstendigheter må påvises før forretningsnektelsen rammes av artikkel 102.

Begrepet forretningsnektelse dekker mange ulike typer atferd, og kan bl.a. bestå i å nekte å forsyne eksisterende eller nye kunder med produkter (enten sluttprodukter eller innsatsfaktorer), å nekte å gi adgang til opplysninger beskyttet av immaterielle rettigheter eller å nekte noen adgang til essensielle fasiliteter. Hvorvidt disse typene atferd kan klassifiseres som misbruk vil da komme an på hvilke følger denne atferden vil ha. Det vil derfor være hensiktsmessig å kort gjennomgå Domstolens praksis i saker om forskjellige typer forretningsnektelser, for å finne en pekepinn på hvilke omstendigheter som må være til stede for at en forsyningsforpliktelse skal kunne ilegges.

Et sentralt tema i Domstolens behandling av forretningsnektelser er den aktuelle nektelsens innvirkning på konkurransen. Prinsippet om at en forretningsnektelse kunne utgjøre et misbruk ble etablert av Domstolen i *Commercial Solvents*, der en forretningsnektelse var å anse som et misbruk fordi atferden medførte en risiko for å eliminere all konkurranse fra

¹²⁹ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings*, avsnitt 74.

¹³⁰ *Bayer AG*, avsnitt 180.

kunden, som var en av hovedprodusentene av det konkurrerende produktet.¹³¹ I følgende saker har vilkåret om at forretningsnektelsen må innebære en konkurransemessig skade blitt formulert til at atferden ville kunne føre til at en handelspartner ble eliminert fra det aktuelle markedet,¹³² om atferden betydde at foretaket forbeholdt et marked for seg selv og dermed utelukket enhver konkurranse på dette markedet¹³³ eller om atferden utelukker enhver effektiv konkurranse på et beslektet marked.¹³⁴ For at forretningsnektelser skal kunne karakteriseres som et misbruk må nektelsen kunne altså innebære en risiko for å eliminere effektiv konkurranse i markedet. En slik tilnærming stemmer godt overens med det Domstolen tidligere har uttalt om konkurransereglens målsetninger i *Metro I*, der det ble lagt til grunn at den dagjeldende EF-traktatens artikkel 81 og artikkel 3 søker å beskytte effektiv konkurranse for å realisere traktatens målsetninger.¹³⁵

I *Commercial Solvents* og *United Brands* gjaldt forretningsnektelsene eksisterende kunder. I *United Brands* ble det uttalt at et dominerende foretak i utgangspunktet ikke kunne slutte å forsyne en langvarig kunde som overholdt vanlig handelspraksis, så lenge bestillingene ikke var unormale. Dette ble både begrunnet med at slik atferd kunne føre til at handelspartneren ble fjernet fra det aktuelle markedet, og at den ville begrense avsetning til skade for forbrukerne.¹³⁶ Overfor nye kunder har det i tillegg blitt stilt spørsmål om hvorvidt tilgang til produktet eller tjenesten er uunnværlig for at konkurrenten skal kunne tilby sitt produkt eller sin tjeneste.¹³⁷ I *Oscar Bronner*¹³⁸ gjaldt den omstridte tjenesten

¹³¹ Forente saker 6 og 7/73 - *Commercial Solvents v Commission*, avsnitt 25; Sak 311/84 – *CBEM mot CLT "Telemarketing"*, avsnitt 25; Sak C-7/97 – *Oscar Bronner mot Mediaprint m.fl (Oscar Bronner)*, avsnitt 41.

¹³² *United Brands*, avsnitt 183.

¹³³ C-241-242/91P – *Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill)*, avsnitt 56; Sak C-418/01 – *IMS Health mot. NDC Health*, avsnitt 47.

¹³⁴ Sak T-201/04 – *Microsoft v Commission*, avsnitt 332.

¹³⁵ *Metro I* – premiss 20.

¹³⁶ *United Brands*, premiss 183.

¹³⁷ Se *Magill*, premiss 56, Sak T-504/93 – *Tiercé Landbroke*, premiss 132, *Oscar Bronner*, premiss 41, *IMS Health v NDC Health*, premiss 49 og *Microsoft*, premiss 332.

¹³⁸ Sak C-7/97 – *Oscar Bronner mot Mediaprint m.fl.*

adgang til et hjemmeleveringsnettverk av aviser, og Domstolen presiserte at for at nektelsen skulle være et misbruk, så måtte adgang til denne tjenesten være uunnværlig for at klageren skulle kunne utøve sine forretninger, på en slik måte at det ikke fantes verken faktiske eller potensielle substitutter for et slikt hjemmeleveringsnettverk. Dette ble avvist av Domstolen, da det både var mulig å konkurrere gjennom løssalg, eller sette opp et eget hjemmeleveringsnettverk. Whish mener *Oscar Bronner* etablerer prinsippet om at uunnværlighetskriteriet er det avgjørende kriteriet når det skal avgjøres hvorvidt forretningsnektelser overfor nye kunder vil utgjøre et misbruk,¹³⁹ mens han når han diskuterer forretningsnektelser overfor eksisterende kunder viser til prinsippet fra *Commercial Solvents* om at atferden medfører en skadevirkning på konkurransen.¹⁴⁰ I saker der det omstridte godet er beskyttet av immaterielle rettigheter har Domstolen uttalt at det må foreligge ”eksepsjonelle omstendigheter”¹⁴¹ for å pålegge lisensiering. Her er det oppstilt et ytterligere vilkår om at forretningsnektelsen vil forhindre fremveksten av et nytt produkt som det er potensiell etterspørsel fra forbrukernes side, for at atferden skal utgjøre et misbruk. Det er dermed ikke grunnlag ut fra disse sakene for å sette opp skade for forbrukerne som et selvstendig vilkår i forhold til om forretningsnektelser for ferdige produkter utgjør et misbruk, men innvirkningen på forbrukervelferden vil utvilsomt være en viktig vurderingsfaktor totalt sett. Som nevnt ovenfor ble det i *United Brands* lagt vekt på at den aktuelle atferden kunne føre til at handelspartneren ble fjernet fra det aktuelle markedet, og at den ville begrense avsetning til skade for forbrukerne.

Til sist må det for at en forretningsnektelse skal utgjøre et misbruk ikke finnes noen objektiv begrunnelse for nektelsen.¹⁴² At et foretak i forhold til alle påståtte former for misbruk kan beskytte seg med at atferden er objektivt berettiget er etablert som et sikkert prinsipp.¹⁴³ Dette gjelder selvsagt også for forretningsnektelser.

¹³⁹ Whish (2008), s. 694.

¹⁴⁰ Ibid s. 688-689.

¹⁴¹ Jfr. bl.a. *Tiercé Ladbroke v Commission, Magill og IMS Health mot. NDC Health*.

¹⁴² Se punkt 3.2.2.4 nedenfor.

¹⁴³ Se bl.a. Whish (2008), s. 206.

I Kommisjonens veiledning om konkurransebegrensende misbruk av 2008, uttales det om forretningsnektelser¹⁴⁴ at Kommisjonen vil anse det som en prioritering å slå ned på slik praksis dersom tre kumulative vilkår er tilstede. De tre opplistede vilkårene er at det aktuelle produktet eller tjenesten som nektes er objektivt nødvendig¹⁴⁵ for å konkurrere effektivt på nedstrømsmarkedet, at nektelsen sannsynligvis fører til eliminering av effektiv konkurranse på nedstrømsmarkedet og at nektelsen sannsynligvis vil medføre skade for forbrukerne.¹⁴⁶ Kommisjonen skiller i sin veiledning ikke mellom forretningsnektelser overfor nye eller tidligere kunder, lisensieringsnektelser eller tilgang til essensielle fasiliteter, men gjør en samlet vurdering.¹⁴⁷ I veiledningen presiseres det imidlertid at Kommisjonen bruker ”nedstrømsmarked” kun i de tilfeller der produktet eller tjenesten som nektes behøves som innsatsfaktor for å produsere et uavhengig produkt eller tjeneste, og at forretningsnektelser med siktemål å begrense parallellhandel ikke behandles.¹⁴⁸ Siden Kommisjonen ikke lister opp kriterier for hva de anser som lovlige forretningsnektelser men kun håndhevingsprioriteter, og forretningsnektelser for å forhindre parallellhandel uttrykkelig ikke omfattes, gir ikke denne veiledningen noen egentlig løsning på hvordan kriteriene må oppstilles, men den gir allikevel en pekepinn på hvilke mulige følger av en forretningsnektelse Kommisjonen anser det som særlig viktig å forhindre.

For forretningsnektelser generelt, kan man etter dette legge til grunn at det i det minste må foreligge en skade på konkurransen i form av en risiko for å eliminere effektiv konkurranse, samt at forretningsnektelsen ikke kan begrunnes objektivt.

¹⁴⁴ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings*, avsnitt 75 flg.

¹⁴⁵ Dette tilsvarer tilsynelatende det vilkåret Domstolen i sin praksis har betegnet som at produktet må være uunnværlig, eller ”indispensable”, men det kan virke som om Kommisjonen setter noe videre grenser for hva den ønsker å slå ned på.

¹⁴⁶ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings*, avsnitt 81.

¹⁴⁷ *Ibid*, avsnitt 78.

¹⁴⁸ *Ibid*, avsnitt 76-77.

3.2.2.3 Er begrensninger på parallellhandel tilstrekkelig for å anta at forretningsnektelsen utgjør et misbruk?

Det konkrete spørsmålet om å anvende forretningsnektelser som et virkemiddel for å hindre parallellhandel har ikke vært gjenstand for særlig behandling av EU-organene. Om man tar utgangspunkt i den generelle domspraksisen vedrørende forretningsnektelser, og hva som må til for at disse skal kunne defineres som et misbruk, ser det ut til at overfor eksisterende kunder er det to hovedvilkår for misbruksvurderingen som er aktuelle i forhold til *Sot. Lélos kai*-sakene. Disse er spørsmålet om Glaxo ved sine forretningsnektelser ville kunne eliminere effektiv konkurranse i markedet, samt at denne atferden ikke kunne begrunnes objektivt. En risiko for å eliminere konkurransen er altså et generelt tilleggsvilkår når man bedømmer hvorvidt en forretningsnektelse utgjør et misbruk. Ytterligere tilleggsvilkår om at tilgangen til produktet måtte være uunnværlig ser ut til å gjelde for nye kunder, og enda et tilleggsvilkår om at nektelsen hindrer fremvekst av et nytt produkt gjelder i utgangspunktet for lisensieringsnektelser.

Stothers stilte sin bok *Parallel Trade in Europe* (2007), spørsmål om disse ytterligere vilkårene som man ser i den generelle praksisen fra domstolen hva gjelder forretningsnektelser også må påvises i saker der forretningsnektelsen begrenser parallellhandel, eller om en begrensning på parallellhandel i seg selv er tilstrekkelig for å påvise et misbruk etter artikkel 102. Han la til grunn at i alle fall Kommisjonens praksis til da hadde vist at de inntok det siste standpunktet.¹⁴⁹ Fra Kommisjonens praksis ser man at dennes granskning av Polaroid som hadde nektet å oppfylle en ytterligere ordre fra SSI Europe med det grunnlag at ordren var for stor for det nederlandske markedet, endte med at Polaroid gikk med på å etterkomme ordren, og granskningen ble deretter avsluttet.¹⁵⁰ I

¹⁴⁹ Stothers (2007), s. 255. Boken kom ut før *Sot. Lélos kai* hadde blitt avgjort av Domstolen.

Problemstillingen nyanseres noe i *Sot. Lélos kai*, og dette vil bli gjennomgått ytterligere under punkt 4.

¹⁵⁰ L.c., med henvisning til Thirteenth Report on Competition Policy, avsnitt 155-157.

kommisjonens beslutning i *Hilti*,¹⁵¹ var ett av Kommisjonens grunnlag for å definere Hiltis atferd som misbruk en forretningsnektelse hva gjaldt patroner til spikerpistoler, når konkurrentene ønsket disse for selv å produsere spiker til Hiltis spikerpistoler. Dette punktet ble ikke bestridt av Hilti ved appell til Retten.¹⁵² *British Leyland* er den eneste saken der Domstolen tidligere konkret hadde behandlet forsøk på å forhindre parallellhandel i forbindelse med en form for forretningsnektelser, men denne gjaldt samtidig en større innsats der britiske standarder for godkjennelse av venstrehåndskjorte biler ble anvendt for å forhindre reimport som konkurrerte med deres egne godkjente eneforhandlere. Medvirkende i vurderingen var dessuten at British Leyland var eneforvalter av sertifikater som oppfylte de regulatoriske kravene som stiltes til godkjenning av bilene for reimport. I denne saken ble det lagt stor vekt på at British Leyland bevisst forsøkte å skape handelsbarrierer for parallellhandel inn i Storbritannia samlet sett, og ser dermed ut til å være et tilfelle av at atferd som truer det indre markedet vil defineres som et misbruk og rammes av artikkel 102. På den annen siden kan det samtidig sies at i *British Leyland* ble det samlede resultatet av atferden at områdebeskyttelsen ble såpass total at Domstolen kunne ha kommet til det samme resultatet dersom de hadde vurdert risikoen for en fullstendig eliminering av konkurransen. Sett på denne måten trenger ikke *British Leyland* å innebære et egentlig avvik fra prinsippet om at en forretningsnektelse må innebære en slik risiko for eliminering av effektiv konkurranse for å rammes av artikkel 102.

Fra det lille som eksisterer av praksis fra Kommisjonen og EU-domstolene, kan det allikevel se ut som om at forsøk på å hindre parallellhandel vil være tilstrekkelig for å fastslå at en forretningsnektelse i utgangspunktet utgjør et misbruk under artikkel 102. Dette bør etter min mening i så fall uttrykkelig begrunnes med hensynet til markedsintegrasjon, dersom man skal se bort fra vilkåret om at det i det minste må foreligge en risiko for eliminering av konkurransen. Når en type atferd regnes for å i utgangspunktet utgjøre et misbruk, betyr dette at den gitte typen atferd anses å være misbruk med mindre det foreligger objektive betraktninger som endrer dette utgangspunktet. *Sot. Lélos kai er*

¹⁵¹ Beslutning 88/138, *Eurofix-Bauco mot Hilti*.

¹⁵² Sak T-30/89 – *Hilti v Commission*.

den første avgjørelsen som behandler dette spørsmålet særskilt, og Domstolen la til grunn at begrensninger av parallellhandel ville medføre en risiko for å eliminere konkurransen. Domstolens behandling av dette spørsmålet blir vurdert under punkt 4.2.

Generaladvokat Jacobs kalte i sitt forslag til avgjørelse i *Syfait* denne typen misbruk et *prima facie*-misbruk,¹⁵³ men framholdt samtidig at det var klart at rettspraksis ga dominerende foretak en mulighet til å bevise at atferden var objektivt berettiget. Han mente også at denne toskrittsanalysen var noe kunstig:

*“I would add that the two-stage analysis suggested by the distinction between an abuse and its objective justification is to my mind somewhat artificial. Article [102], by contrast with Article [101], does not contain any explicit provision for the exemption of conduct otherwise falling within it. Indeed, the very fact that conduct is characterised as an ‘abuse’ suggests that a negative conclusion has already been reached, by contrast with the more neutral terminology of ‘prevention, restriction, or distortion of competition’ under Article [101]. In my view, it is therefore more accurate to say that certain types of conduct on the part of a dominant undertaking do not fall within the category of abuse at all.”*¹⁵⁴

Imidlertid kan det være hensiktsmessig å legge opp til en slik todelt analyse i visse tilfeller. For eksempel vil dette kunne være hensiktsmessig når man ser på forretningsnektelser, nettopp fordi for denne typen misbruk har blitt etablert visse tilleggsvilkår, som risikoen for at forretningsnektelsen eliminerer effektiv konkurranse. Ved spørsmålet om forretningsnektelser utgjør et misbruk vil det derfor være hensiktsmessig å undersøke tilstedeværelsen av disse først, for deretter å behandle spørsmålet om objektiv begrunnelse.

¹⁵³ Da *Sot. Lélos kai* kom opp for Domstolen, var et av spørsmålene dessuten om forretningsnektelsen fra Glaxos side på grunn av sin åpenbare intensjon om å forhindre parallellhandel utgjorde et såkalt *per se*-misbruk under artikkel 102. Med dette mente den refererende parten å spørre om begrensninger på parallellhandel ville utgjøre et misbruk i seg selv og i ethvert tilfelle. Både Generaladvokat Jacobs og Generaladvokat Ruz-Jarabo Colomer avviste i sine forslag til avgjørelser at artikkel 102 hjemlet en slik kategori av *per se*-misbruk. Domstolen kommenterte ikke selve *per se*-spørsmålet, men behandlet på vanlig måte spørsmålet om objektiv begrunnelse.

¹⁵⁴ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jacobs i *Syfait*, premiss 72.

3.2.2.4 Objektiv berettigede handlinger – også når foretaket hindrer parallellhandel

Det er sikker rett at et dominerende foretak kan forsvare seg med at atferden er objektivt berettiget, og at dette også gjelder i saker der det påståtte misbruket er en forretningsnektelse. I *United Brands* uttalte Domstolen at:

*”(...) the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such reasonable steps as it deems appropriate to protect its said interests (...)”*¹⁵⁵

Domstolen la til at et dominerende foretak i rimelig omfang måtte tilstå muligheten til å treffe de tiltak som den finner egnet til å beskytte egne handelsinteresser, men påpekte at slike tiltak ikke kunne aksepteres dersom hensikten bak de var å styrke den dominerende posisjonen og misbruke den, og at tiltakene måtte være proporsjonale til trusselen mot disse.¹⁵⁶ EU-domstolene har anvendt læren om objektiv begrunnelse i en rekke saker, og har eksempelvis uttalt at atferden må være ”objektivt nødvendig”,¹⁵⁷ ”objektivt berettiget”,¹⁵⁸ eller ”begrundet i objektive hensyn”.¹⁵⁹

For å kunne berettiges objektivt må handlingen dessuten være proporsjonal i forhold til det den søker å oppnå. Domstolen ga i *United Brands* uttrykk for at en handling for å være en legitim beskyttelse av forretningsinteresser både måtte være rimelig og egnet,¹⁶⁰ og ikke

¹⁵⁵ *United brands*, premiss 189.

¹⁵⁶ *Ibid* premisser 189 og 190.

¹⁵⁷ *Telemarketing*, premiss 27.

¹⁵⁸ *Hilti v Commission*, premiss 102.

¹⁵⁹ *IMS Health v NDC Health*, premiss 52.

¹⁶⁰ *United Brands*, premiss 189, gjengitt ovenfor. Den engelske versjonen av dommen sier nøyaktig at foretaket må ha ”*the right to take such reasonable steps as it deems appropriate*”, mens den danske versjonen sier at foretaket må ”*tilståes mulighed for at træffe sådanne foranstaltninger, som den finner egnet til å ivareta det legitime forretningsmessige formålet*”.

måtte oppstille hindringer som gikk ut over de mål som skulle nås.¹⁶¹ Det må altså foretas en avveining mellom de legitime målsetninger handlingen kan ha og hvilke virkninger handlingen har. I *Irish Sugar* kom Retten til at en handling for å være lovlig måtte kunne begrunnes i økonomisk effektivitet og samtidig være forenelig med forbrukernes interesser,¹⁶² og gjorde det dermed klart at hensynet til forbrukervelferden er et moment i den forholdsmessighetsvurderingen som skal gjøres i så måte. Selv om ikke skadevirkninger for forbrukerne etter tidligere praksis om forretningsnektelser kan sies å være et nødvendig vilkår for å konstatere et misbruk (så lenge det ikke er tale om en lisensieringsnektelse) vil imidlertid potensielle skadevirkninger for forbrukerne kunne være et relevant argument under den generelle vurderingen om objektiv begrunnelse under artikkel 102, fordi følgene for forbrukerne er et moment i vurderingen om hvorvidt handlingen er proporsjonal.

I *United Brands* ble atferden funnet å ikke være objektivt berettiget fordi den ikke var et rimelig skritt for å beskytte United Brands' forretningsinteresser, og dessuten at den uansett var disproporsjonal som en motreaksjon i forhold til det Olesen hadde foretatt seg. Det finnes derimot eksempler på at forretningsnektelser har blitt ansett å være objektivt berettiget, blant annet i *Benzine en Petroleum*,¹⁶³ der foretaket (BP) kuttet kraftig ned på leveransene overfor én kunde, ABG, uten å samtidig gjøre det til andre kunder. Domstolen fant at siden ABG var en sporadisk kunde, utgjorde det ikke et misbruk at BP valgte å behandle ABG mindre gunstig enn sine faste kunder. Jones and Sufrin mener rettspraksis fra Domstolen viser hvor vanskelig det faktisk er for et dominerende foretak å hevde at forretningsnektelser er objektivt berettigede,¹⁶⁴ og trekker fram *Benzine en Petroleum* som et av de eksempler der et slikt forsvar faktisk har lyktes.

¹⁶¹ Ibid, premiss 158.

¹⁶² Sak T-228/97 – *Irish Sugar v Commission*, premiss 189.

¹⁶³ Sak 77/77, *Benzine en Petroleum handelsmaatschappi BV and others v Commission*.

¹⁶⁴ Jones og Sufrin (2004), s. 467.

3.2.3 Særskilt om indirekte eksportforbud for å hindre parallellhandel som konkurransebegrensende avtaler under artikkel 101

3.2.3.1 Bakgrunn og relevante hensyn – elementer fra rettspraksis

Prinsippet om at avtaler som søker å forhindre parallellhandel regnes som konkurransebegrensende, ble etablert av Domstolen i den tidligere nevnte *Consten & Grundig*. Saken gjaldt en avtale der Grundig hadde gjort Consten til eksklusiv distributør for sine produkter i Frankrike, samt at Consten ikke skulle importere fra andre produsenter enn Grundig, eller selge Grundigs produkter utenfor Frankrike. Avtalen medførte at Consten fikk absolutt territoriell beskyttelse i Frankrike, samtidig som den skulle forhindre all parallellhandel med Grundigprodukter. Kommisjonen mente avtalene var i strid med artikkel 101 (1) og holdt i sin beslutning blant annet fram at muligheter for parallellimport også kunne anses som en nyttig korrigeringsmekanisme for de prisforskjellene som eksisterte medlemsstatene imellom.¹⁶⁵ Fra Kommisjonens side ser man altså at den i hvert fall på generelt grunnlag har ønsket å beskytte parallellhandel fordi den kan bidra til markedsintegrasjon i form av ytterligere harmonisering av det indre markedet ved å korrigere prisforskjeller som måtte eksistere mellom medlemsstatene.

Saken gikk til Domstolen, som også fant at de aktuelle restriksjonene mot parallellimport var i strid med artikkel 101 (1) etter sitt formål, og at avtalen ikke kunne fritas under artikkel 103 (3). Domstolen pekte på at avtalen ville føre til en isolering av det franske markedet og muliggjorde en prisfastsettelse som var avskjermet fra all effektiv konkurranse.¹⁶⁶ Domstolen kom til at avtalen hadde et konkurransebegrensende formål, og uttalte:

”Since the agreement thus aims at isolating the French market for Grundig Products and maintaining artificially, for products of a very well-known brand,

¹⁶⁵ Beslutning 64/566 – *Grundig-Consten*, punkt III 5. ” (...) *la possibilité d'importations parallèles peut être considérée comme un utile correctif de l'écart de prix entre les différents pays (...)*.”

¹⁶⁶ *Consten & Grundig*, avgjørelsens s. 343.

separate national markets within the community, it is therefore such as to distort competition in the common market”¹⁶⁷

Consten & Grundig var også den første saken der domstolen slo ned på en vertikal avtale. Avtaler som søker å forhindre parallellhandel vil typisk være vertikale avtaler, der produsenten forsøker å forhindre distributørene han benytter seg av å handle utenfor sitt tiltenkte distributørnettverk. Horisontale avtaler mellom produsenter for å forhindre parallellhandel forekommer, men er mindre praktiske siden de ikke vil forhindre parallellhandel av egne varer, men heller være en del av en felles taktikk mot parallellhandlere, og gjerne som ledd i en større konkurransebegrensende avtale om for eksempel prisfastsettelse eller markedsdeling.¹⁶⁸ Avtalepartene *Consten* og *Grundig* forsøkte å hevde som del av sitt forsvar at artikkel 101 (1) bare fikk anvendelse på horisontale avtaler, mellom foretak som konkurrerte på like fot, men derimot ikke mellom foretak på ulike nivå i distribusjonsskjeden. Dette ble avvist av Domstolen, og den viste blant annet til de grunnleggende formålene ved EF-traktaten, som var å avskaffe barrierene mellom medlemsstatene. Artikkel 101 (1) hadde som hensikt å motvirke privates gjenoppbygging av slike grenser, også når aktørene var på forskjellige ledd i forsyningskjeden.¹⁶⁹

Allerede i denne første saken Domstolen vurderte som omhandlet parallellhandel, ser man altså at hensynet til markedsintegrasjon fremholdes som et tungtveiende hensyn mot å tillate hindringer på parallellhandel. Argumentet fra *Constens* og *Grundigs* side, var at avtalen ville føre til økt intermerkekonkurranse, men Domstolen mente intramerkekonkurranse også måtte opprettholdes, og en avtale som eliminerte enhver mulighet til konkurranse mellom distributører på det franske markedet måtte anses å ha et konkurransebegrensende formål i strid med artikkel 101 (1). *Jones/Sufrin* fremholder at det synes å være liten tvil om at Domstolens avgjørelse ikke var så mye et resultat av avtalens

¹⁶⁷ L.c.

¹⁶⁸ Se for eksempel beslutning 72/478 – *GISA*.

¹⁶⁹ *Consten & Grundig*, s. 340.

skadelige innvirkning på konkurransen, som av avtalens følger fra et integrasjonsperspektiv.¹⁷⁰

3.2.3.2 Eksportforbud er restriksjoner som vil falle inn under formålsdefinisjonen i artikkel 101 (1)

Noen typer avtaler blir ansett som konkurransebegrensende i lys av sitt formål. Med ”formål” menes ikke partenes subjektive formål ved avtalen, men avtalens objektive mening og hensikt innenfor den juridiske og økonomiske konteksten avtalen får anvendelse.¹⁷¹ Partenes subjektive formål med avtalen er allikevel en relevant faktor i totalvurderingen.¹⁷² Dersom avtalen finnes å ha et konkurransebegrensende formål, er det ikke nødvendig å undersøke hvorvidt avtalen har en konkurransebegrensende effekt, da disse er alternative vilkår under artikkel 101 (1).¹⁷³

Det ble i *Consten & Grundig* etablert et klart prinsipp om at avtaler som opprettholder kunstige nasjonale markeder – gjennom å sperre for parallellhandel – rammes av forbudet i artikkel 101 (1) mot konkurransebegrensende avtaler. Avtaler som inneholder direkte eller indirekte eksportforbud har, som i *Consten & Grundig*, blitt ansett å i prinsippet ha et konkurransebegrensende formål, slik at det nærmest automatisk antas at artikkel 101 (1) er overtrådt.¹⁷⁴ Siden den gang har Kommisjonen, Retten og Domstolen gjentatte ganger funnet at avtaler som isolerer nasjonale markeder eller på andre måter hindrer grenseoverskridende handel vil ha et konkurransebegrensende formål i strid med artikkel

¹⁷⁰ Jones and Sufrin (2004), side 198.

¹⁷¹ Se for eksempel sak 56/65 – *Société Teqnique Minière*, s. 249 og forente saker 96-102,104,105,108 og 110/82 - *NV IAZ International Belgium and others v Commission*, premiss 25, sak C-209/07 – *Beef Industry*, premiss 21, Sak C-8/08 – *T-Mobile Netherlands and others*, premiss 43. Se også Whish (2008),s. 116.

¹⁷² *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, avsnitt 22.

¹⁷³ Se for eksempel *Consten & Grundig*, s. 342. Se også Whish (2008),s. 116.

¹⁷⁴ Se for eksempel *NV IAZ International Belgium and others* og sak C-551/03 P – *General Motors BV v Commission*.

101 (1).¹⁷⁵ Dette prinsippet gjelder alle typer konkurransebegrensende avtaler som begrenser parallellhandel. Direkte hindringer for parallellhandel har man eksempelvis i avtaler som inneholder spesifikke klausuler om eksportforbud, mens ulike avtaler om gjensalgspriser, høyere priser for produkter tiltenkt eksport eller lignende kan skape eksporthindringer som fungerer som indirekte eller de facto eksportforbud. Den mest åpenbare typen hindring på parallellhandel er direkte eksport- eller importforbud, som rutinemessig har blitt funnet å være i strid med artikkel 101 (1).¹⁷⁶ Eksempler på andre typer avtaler som har blitt forbudt med henvisning til et konkurransebegrensende formål er to-prisingssystemer,¹⁷⁷ å nekte å gi garanti eller utføre service på produkter plassert på markedet av parallellimportører,¹⁷⁸ endre innpakning for å hindre/identifisere parallellimport,¹⁷⁹ bruk av immaterialrettigheter for å forhindre parallellhandel,¹⁸⁰ og salgsbonusordninger som kun gjaldt for salg på allokerte områder, men ikke kom til anvendelse dersom kunden valgte å parallelleksportere produktet.¹⁸¹

Slike avtaler, som ved å hindre parallellhandel oppdeler det indre markedet, har i en rekke saker blitt konsekvent slått ned på av både Kommisjonen og EU-domstolen. Til tross for at alle avtaler skal vurderes innenfor sin juridiske og økonomiske kontekst også hva gjelder vurderingen av hvorvidt avtalen har et konkurransebegrensende formål, har unnskyldninger fra foretakene som kan sies å spille på en slik kontekst konsekvent blitt avvist. I *WEA-*

¹⁷⁵ Se for eksempel sak 161/84 – *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Imgard Schilgallis* og sak T-77/92 – *Parker Pen Ltd. v Commission*.

¹⁷⁶ Beslutning 82/203 – *Möet et Chandon (London)*, sak C-19/77 – *Miller International Schallplatten GmbH v Commission* og sak C-277/87 – *Sandoz v Commission*.

¹⁷⁷ Beslutning 78/163 – *The Distillers Company Limited, Conditions of Sale and Price Terms* og beslutning 91/335 – *Gosme/Martell*.

¹⁷⁸ Sak 31/85 – *ETA Fabriques d'Ebauches v SA DK Investment* og beslutning 93/46 – *Ford Agricultural*

¹⁷⁹ Sak T-43/92 – *Dunlop Slazenger International v Commission*.

¹⁸⁰ *Consten & Grundig og Tepea v Commission*.

¹⁸¹ Sak T-450/05 – *Automobiles Peugeot SA och Peugeot Nederland NV mot Europeiska kommissionen* (tekst kun tilgjengelig på svensk).

*Filipacchi*¹⁸² hevdet en produsent som innførte salgsrestriksjoner overfor franske plateselgere at han uansett ikke kunne håndheve dem og at de derfor var uten virkning. Kommisjonen avviste dette, og mente at enhver restriksjon som virket som et eksportforbud nettopp, og i seg selv, hadde som formål å begrense flyt av varer gjennom parallellhandel over landegrensene, og at det dermed var unødvendig å vurdere om produsenten hadde den nødvendige makten til å håndheve dem. I *Miller International*¹⁸³ fant Domstolen at eksportforbud ”by its very nature” var en konkurransebegrensning, siden hele utgangspunktet ved avtalen var å bestrebe seg på å isolere en del av markedet. I *Parker Pen*¹⁸⁴ prøvde Parker å hevde at en avtaleklausul om eksportforbud var uten betydning, fordi de ikke hadde noen egentlig interesse av det, og dessuten var det ikke håndhevet. Retten avviste dette, og mente at bare eksistensen av et eksportforbud kunne innebære en visuell og psykologisk effekt som kunne bidra til markedsoppdeling. Også på legemiddelsektoren har avtaleklausuler som har utgjort et eksportforbud blitt ansett å ha et konkurransebegrensende formål. I *Sandoz*¹⁸⁵ mente Retten at det var tilstrekkelig at leverandøren av legemidlene trykket ”export prohibited” i alle fakturaene til sine kunder for å konstatere at det forelå en avtale med konkurransebegrensende formål. Markedsintegrasjonshensynet har utvilsomt hatt særlig innflytelse på tolkningen art 101 (1) hva gjelder hvilke avtaler som regnes å ha et konkurransebegrensende formål i så måte.¹⁸⁶ For avtaler som inneholder en form for total områdebeskyttelse ser det ut til at EU-domstolene har inntatt det standpunkt at avtalen faller inn under artikkel 101 (1) nesten uansett hva den økonomiske og juridiske konteksten ellers har vært, fordi trusselen mot integrasjonsimperativet har vært for alvorlig.

Denne praksisen viser at integrasjonshensynet har vært ansett som et viktig hensyn å ivareta under artikkel 101 (1), og har hatt en spesiell innflytelse på tolkningen av hva som

¹⁸² Beslutning 72/480 - *WEA-Filipacchi Music SA*.

¹⁸³ Sak C-19/77 – *Miller International Schallplatten GmbH v Commission*.

¹⁸⁴ Sak T-77/82 – *Parker Pen Ltd. v Commission*.

¹⁸⁵ Sak C-277/87 – *Sandoz Prodotti Farmaceutici v Commission (Sandoz)*.

¹⁸⁶ Jones og Sufrin (2004), s. 199.

utgjør en hindring eller innskrenkning på konkurransen i betydningen av denne bestemmelsen.¹⁸⁷ Til tross for at integrasjonshensynet ikke alltid trekker i samme retning som hensynet til forbrukervelferd og allokeringseffektivitet, har eksportforbud blitt behandlet som nærmest automatiske overtredelser av forbudet mot avtaler som har konkurransebegrensende formål. Selv om forbrukervelferd og allokeringseffektivitet i de senere årene har blitt trukket fram som de *egentlige* målene med konkurransereglene, ser det altså ut til at hensynene i så fall ikke veies mot hverandre under artikkel 101 (1)-vurderingen, men at trusler mot det indre markedet er tilstrekkelig for å vurdere en atferd til å falle inn under forbudet her. Avveiningen, i de tilfeller hensynet til markedsintegrasjon, hensynet til forbrukervelferd eller hensynet til allokeringseffektivitet trekker i ulike retninger, må etter tidligere praksis i så fall foretas under artikkel 101 (3).

3.2.3.3 Kan avtaler med konkurransebegrensende formål fritas under art. 101 (3)?

For at en avtale som faller inn under artikkel 101 (1) skal kunne bli stående må de fire kumulative vilkårene¹⁸⁸ beskrevet i artikkel 101 (3) være tilstede. Det er foretaket som vil benytte seg av fritaket under artikkel 101 (3) som har bevisbyrden for at disse fire kumulative vilkårene er tilstede i det aktuelle tilfellet.¹⁸⁹

Gruppefritaket for vertikale avtaler gjør en antagelse om at avtaler der selgeren, eller under visse forutsetninger kjøperen, har en markedsandel på under 30 % automatisk er lovlig under artikkel 101 (3).¹⁹⁰ Avtaler som inneholder områdebegrensninger er imidlertid listet opp som såkalte ”hardcore”-begrensninger som kan omfattes gruppefritaket.¹⁹¹ Slike typer avtaler anses altså som så potensielt skadelige at gruppefritaket ikke får anvendelse, og

¹⁸⁷ Townley (2009), s. 118.

¹⁸⁸ Se punkt 1.2.2 ovenfor.

¹⁸⁹ Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 håndheving av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82, artikkel 2.

¹⁹⁰ Forordning (EF) nr. 2790/1999 av 22. desember 1999 om anvendelse av EF-traktatens artikkel 81 (3) på kategorier av vertikale avtaler og samordnet opptreden, artikkel 4 b).

¹⁹¹ Ibid, artikkel 3.

avtalen må i stedet vurderes individuelt under artikkel 101 (3). Kommisjonen har imidlertid uttalt i sine retningslinjer for vertikale begrensninger at den anser det som usannsynlig at slike typer avtaler kan fritas under artikkel 101 (3).¹⁹²

Det er imidlertid ingenting som rent juridisk hindrer at avtaler med et konkurransebegrensende formål i form av absolutt områdebeskyttelse kan fritas under artikkel 101 (3). Retten fastslo i *Matra Hachette* at alle typer avtaler kunne fritas under artikkel 101 (3) så lenge de kumulative vilkårene i bestemmelsen var oppfylt:

*“The Court observes that such reasoning presumes that there are adverse effects on competition which, by their nature cannot qualify for an exemption under Article [101] (3) (...) but Community competition law, the applicability of which is subject to the existence of a practice which is anti-competitive in intent or has an anti-competitive effect on a given market, certainly does not embody that principle. On the contrary, the Court considers that, in principle, no anti-competitive practice can exist which, whatever the extent of its effects on a given market, cannot be exempted, provided that all the conditions laid down in Article [101] (3) of the Treaty are satisfied..”*¹⁹³

Hvorvidt en avtale som inneholder en form for områdebeskyttelse gjennom eksportforbud som rammer parallellhandel kan fritas vil dermed komme an på om foretaket kan føre tilstrekkelig bevis for at vilkårene i artikkel 101 (3) er oppfylt. Samtidig gjøres det også en balansevurdering; det undersøkes om de objektive fordelene avtalen påstås å oppfylle oppveier den skaden avtalen antas å medføre for konkurransen.¹⁹⁴ I de tilfeller avtalen hindrer parallellhandel vil den skaden avtalen antas å medføre som vist ovenfor i punkt 3.2.3.1 gjerne være begrunnet i hensynet til integrasjonen av det indre markedet. Praxis viser at markedsintegrasjonshensynet har vært et tungtveiende hensyn, og tilfeller der

¹⁹² *Guidelines on Vertical Restraints*, avsnitt 46.

¹⁹³ Sak T-17/93 – *Matra Hachette v Commission*, premiss 85.

¹⁹⁴ *Consten & Grundig*, s. 248.

avtalen innebærer absolutt områdebeskyttelse vil så høyst sannsynlig ikke kunne få fritak under artikkel 101 (3).¹⁹⁵ I sin grønnbok om vertikale begrensninger uttalte også Kommisjonen at:

*”Market integration has also been promoted by current policy which ensures that distribution systems can never establish absolute territorial protection. Thus, even though the pro-competitive gains from granting territorial exclusivity are permitted, vertical agreements must still leave open the possibility of alternative sources of supply. Markets cannot be sealed off to prevent intermediaries exploiting price differences.”*¹⁹⁶

I hvilken retning en slik avveining går, vil da måtte avhenge av hvor tungtveiende markedsintegrasjonshensynet er i forhold til de andre hensynene som skal ivaretas under artikkel 101 (3). Dette vil også måtte avhenge av grunnlaget for å beskytte markedsintegrasjon, som vi allerede har sett ikke er entydig definert. Dersom markedsintegrasjon er en viktig konkurransepolitisk målsetning i seg selv, kan man anta at EU-institusjonene vil være tilbakeholdne til å godta at eventuelle fordeler som påvises kan oppheve denne negative innvirkningen. Om integrasjonshensynet derimot ikke har like stor selvstendig vekt, men heller regnes som et virkemiddel for å oppnå andre målsetninger som forbrukervelferd og økonomisk effektivitet, kan man kanskje forvente et annet resultat. Dersom fokus, slik Kommisjonens senere uttalelser tilsier, har gått over til en mer økonomisk tilnærming kan det hende at den i fremtiden vil kunne være mer lydhør overfor argumenter om at også absolutte områdebegrensninger i visse tilfeller vil kunne tillates under artikkel 101 (3).¹⁹⁷ For eksempel kan dette være tilfelle der en antagelse om at slike områdebegrensninger vil underminere økonomisk effektivitet eller forbrukervelferden ikke

¹⁹⁵ Townley (2009) s. 143, viser bare til én sak han har funnet der Kommisjonen har tillatt en indirekte konkurranserestriksjon for å oppnå absolutt områdebeskyttelse: *Transocean Marine Paint Association* (1967), men kommenterer samtidig at denne kom tidlig og Kommisjonen ikke senere har tillatt noe liknende.

¹⁹⁶ *Green Paper on Vertical Restraints in Competition Policy* (COM(96)721 (final)) , avsnitt 57.

¹⁹⁷ Townley (2009) s. 144.

slår igjennom i den enkelte saken, og at en vurdering ut i fra økonomiske kriterier viser at de fordelene forbrukerne sitter igjen med er større enn de negative virkningene for dem. I alle tilfeller burde selv eksportforbud kunne fritas under artikkel 101 (3) etter en slik avveining ut i fra et økonomisk synspunkt. Spørsmålet blir dermed hvor tungtveiende markedsintegrasjonshensynet er i den konkrete saken, og eventuelt hvor mye vekt hensynet enda kan sies å ha i seg selv.

3.2.4 Avveilingen mellom integrasjonshensynet og hensynet til forbrukervelferden på legemiddelsektoren

Dersom integrasjonshensynet virkelig har fått mindre betydning ved håndhevelsen av konkurransereglene, og hovedfokuset er på beskyttelsen av forbrukervelferden og effektiv ressursallokering burde man altså forvente å se en tilnærming fra Kommisjonen og EU-domstolene der for eksempel hindringer på parallellhandel i større grad vurderes ut i fra sine økonomiske følger, i stedet for å forbys ut i fra at de bryter med et integrasjonsimperativ. Dersom denne tendensen virkelig har fått fotfeste vil det være spesielt interessant å undersøke denne utviklingen i lys av situasjonen på legemiddelsektoren, som ikke er harmonisert i særlig grad.

Hensynet til markedsintegrasjon kan ivaretas med tanke på ulike typer markedspolitiske målsetninger. I forhold til å sørge for at private ikke forhindrer eller begrenser parallellhandel, er poenget grovt sagt å beskytte den flyten som allerede eksisterer mellom medlemsstatenes markeder, slik at private ikke skal kunne gjeninnføre grenser der medlemsstatene har fjernet handelshindringer seg i mellom. Dette kan altså ha flere bakereliggende hensyn,¹⁹⁸ som å stimulere konkurransen, beskytte forbrukernes tilgang på alternative forsyningskilder og dermed sørge for at de drar fordeler fra priskonkurransen mellom alternative tilbydere, fremme økonomisk frihet eller i ytterste konsekvens bidra til ytterligere harmonisering av det indre markedet ved å utjevne markedsforskjeller.

¹⁹⁸ For en grundigere gjennomgang, se punkt 3.1.3 ovenfor.

Både praksisen fra EF-domstolene samt Kommisjonens uttalelser, viser at det er ulike og overlappende hensyn som ligger bak konkurransereglens klare beskyttelse av parallellhandel. At parallellhandel bidrar til forbrukervelferden og stimulerer effektiv konkurranse er utvilsomt viktige grunner, men det må kunne påstås at hensynet til markedsintegrasjon har stått i en særstilling når begrensninger på parallellhandel har blitt funnet å være i strid med konkurransereglene. Det har imidlertid ikke vært det enerådende, da parallellhandel også beskyttes fordi den anses å bidra til forbrukervelferden ved å stimulere intramerkekonkurranse og prisreduksjon.

I Domstolens første sak om avaler som forhindret parallellhandel, *Consten & Grundig*, så man at Domstolen fokuserte på traktatens formål om å oppnå et indre marked, og at traktaten ikke kunne tillate private å rekonstruere handelsbarrierer når den selv hadde som mål å oppheve slike barrierer gjennom etableringen av det indre markedet og reglene om fri varebevegelse.¹⁹⁹ I så måte virker det som om Domstolen først og fremst ville beskytte oppnådd integrasjon; handelshindringer skulle ikke ”gjenoppbygges”.

Legemiddelsektoren på sin side er ikke totalharmonisert i utgangspunktet, fordi nasjonale reguleringer i høy grad styrer prisfastsettelsen. Man kan dermed spørre om hensynet til markedsintegrasjon burde veie tyngre på en slik sektor nettopp fordi den ikke er harmonisert, eller om integrasjonshensynet tvert imot burde ha mindre vekt fordi de økonomiske og regulatoriske omstendighetene tyder på at ytterligere integrasjon eller harmonisering vil kunne komme til å være ufordelaktig for allokeringseffektivitet og dermed forbrukervelferden i det lange løp.

Uttalelser fra Kommisjonen viser at integrasjonsimperativet fremdeles står sterkt hva gjelder legemiddelsektoren, til tross for de generelle uttalelsene om at markedsintegrasjon ikke lenger er en primær målsetning for den hva gjelder håndhevelsen av konkurransereglene. Og ikke bare mener Kommisjonen at parallellhandel må beskyttes i

¹⁹⁹ *Consten & Grundig*, s. 340.

form av å hindre private i å lage handelsbarrierer som fratar forbrukere fordelene ved lavere priser på de parallellimporterte produktene, men også hva gjelder å tvinge fram en ytterligere harmonisering. Som allerede nevnt ovenfor ble parallellhandel med legemidler beskrevet som ”*a means of arbitration between high-price and low-price Member States, contributing to the creation of a common market in pharmaceuticals*”²⁰⁰ så sent som i Kommisjonens beretning om konkurransepolitikken fra 2005. Dette til tross for Rettens kommentar i *Bayer AG*, der dom falt i 2000, om at det ikke var opp til Kommisjonen å prøve å oppnå et resultat, som for eksempel prisharmonisering, gjennom å utvide eller tøyne nedslagsfeltet for artikkel 101,²⁰¹ og at Kommisjonens oppfatning om at parallellhandel med legemidler til slutt ville føre til prisharmonisering på legemidler var ”*devoid of all foundation*”.²⁰² Faktisk bemerket Kommisjonen i denne beretningen om konkurransepolitikken fra 2005 at den mente at EF-domstolene hadde antatt et snevert syn hva gjelder anvendelsen av artikkel 101 angående legemiddelprodusentenes innføring av forsyningskvoter (utvilsomt med referanse til *Bayer*-sakene fra 2000 og 2004), men at den anså at slik ensidig atferd fremdeles kunne rammes av artikkel 102. På dette tidspunktet var også *Sot. Lélos kai* under behandling hos Domstolen, så Kommisjonens uttalelser gjenspeilet antakeligvis dens synspunkter i forhold til denne saken.

Med henvisning til at manglende harmonisering på legemiddelsektoren er et resultat heller av medlemsstatenes regulatoriske inngripen enn andre faktorer, er det flere som har hevdet at integrasjonshensynet ikke bør være et gyldig, eller i hvert fall ikke tungtveiende, konkurransepolitisk hensyn på legemiddelsektoren.²⁰³ Denne bærer nettopp preg av å være mindre integrert enn andre sektorer, samt at det stilles spørsmål om hvor stor grad av økt markedsintegrasjon i form av harmonisering som kan oppnås gjennom håndhevelse av

²⁰⁰ Kommisjonens beretning om konkurransepolitikken 2005, side 37, punkt 74.

²⁰¹ *Bayer AG*, premiss 179.

²⁰² *Ibid*, premiss 180.

²⁰³ Van den Bergh og Camesasca (2006), s. 47. Se også til sammenlikning Danzon (1998) på s. 294: “We argue that parallel trade in pharmaceuticals does not yield the efficiency gains that normally result from trade, hence *standard free trade arguments do not apply*” (min uth.).

konkurransereglene, all den tid de økonomiske og særlig regulatoriske særegenhetene på sektoren forblir slik de er per i dag. For det første ser ikke parallellhandel ut til å bidra til ytterligere markedsintegrasjon i form av prispress som bidrar til en utjevning av prisene på denne sektoren, grunnet medlemsstatenes intervensjon i prissettingen. Den eneste formen for markedsintegrasjon som eventuelt kan beskyttes blir dermed å sikre at ikke legemiddelprodusentene hindrer den flyten som parallellhandel faktisk utgjør på sektoren, for å beskytte de konkrete innsparingene forbrukerne eller medlemsstatenes myndigheter kan gjøre ved det enkelte innkjøp av parallellimporterte legemidler. For det andre stilles det spørsmålsteget om hvorvidt markedsintegrasjon i form av tilrettelegging for parallellhandel totalt sett leder til økt forbrukervelferd eller mer effektiv ressursallokering på denne sektoren; paralleldistributører ser ut til å beholde mesteparten av den økonomiske fordel på egen hånd, forbrukerne/myndighetene nyter en begrenset økonomisk fordel både relativt og totalt sett, og forbrukerne ser ut til å kunne tape i det lange løp grunnet lavere omsetning til dekning av påløpte og fremtidige FoU-kostnader. Faktisk trekker økonomisk teori i retning av at under slike omstendigheter som foreligger på legemiddelsektoren, så vil prisdifferanser lede til både økt allokeringseffektivitet og en økning i forbrukervelferden, mens en fokus på markedsintegrasjon og beskyttelse av parallellhandel kan underminere disse målsetningene. Dersom allokeringseffektivitet og forbrukervelferd virkelig er hovedmålsetningene ved EUs konkurransepolitikk, vil man kanskje kunne anta at til og med prisdiskriminering og absolutt områdebeskyttelse kunne tillates om den økonomiske analysen tilsier et slikt resultat i lys av de økonomiske og regulatoriske omstendighetene på legemiddelsektoren.

4 C-468/06-478/06 – SOT. LÉLOS KAI (OG C-03/53 SYFAIT) – ENSIDIGE FORRETNINGSNEKTELSE SOM VIRKEMIDDEL FOR Å FORHINDRE PARALLELLHANDEL

4.1 Innledende bemerkninger

Som vist under punkt 3.2 har parallellhandel i seg selv nytt en stor grad av beskyttelse under konkurransereglene. Forretningsnektelser som virkemiddel for å forhindre parallellhandel derimot hadde frem til *Sot. Lélos kai*-saken ikke vært gjenstand for særlig behandling under artikkel 102, og aldri før innenfor legemiddelsektoren.²⁰⁴ I punkt 4 ønsker jeg å undersøke om misbruksvurderingen Domstolen foretar ved en forretningsnektelse for å hindre parallellhandel med legemidler, i forhold til liknende tiltak for å hindre parallellhandel på andre sektorer, er preget av den økonomiske og regulatoriske konteksten på legemiddelsektoren, herunder om denne konteksten har innvirkning på Domstolens vurdering av hvilke hensyn som bør søkes ivaretatt og den innbyrdes avveiningen av disse under artikkel 102.

4.2 Bakgrunnen for *Sot. Lélos kai*

Sot. Lélos kai gjaldt en anmodning om forhåndsuttalelse etter artikkel 267 fra Domstolen om tolkningen av artikkel 102 i forhold til forretningsnektelser fra et gresk distribusjonsselskap for legemidler som ville forhindre parallelleksport fra det greske markedet.²⁰⁵ Selve tvisten startet da Glaxosmithkline AEVE (heretter Glaxo), GlaxoSmithKlines greske datterselskap, i noen måneder nektet å etterkomme fulle bestillinger fra rekke en greske legemiddelgrossister. Legemiddelgrossistene hadde

²⁰⁴ Den tidligere nevnte *Bayer AG* gjaldt som gjennomgått under punkt 3.1.3 en tilsvarende praksis under artikkel 101, men dette ble avvist fordi forsyningsnektelsen ikke utgjorde en avtale, uten at den juridiske og økonomiske konteksten på legemiddelsektoren hadde noen betydning for vurderingen.

²⁰⁵ Den tilsvarende anmodningen hadde blitt forelagt Domstolen en gang før i *Syfait*, men denne ble avvist av Domstolen med den begrunnelse at greske konkurransemyndigheter ikke var å regne som en ”domstol i en medlemsstat” i betydningen av artikkel 267, men Generaladvokat Jacobs rakk likevel å komme med en forslag til avgjørelse i saken 28. oktober 2004.

gjennom flere år kjøpt legemidler fra Glaxo, tiltenkt distribusjon både innenfor det greske markedet og til andre medlemsstater innenfor EU. I oktober 2000 sluttet Glaxo å etterkomme bestillinger fra saksøkerne på 3 typer reseptpliktige legemidler de hadde markedsføringstillatelse for i Hellas, med den begrunnelse at det forelå et underskudd på det greske markedet hva gjaldt de aktuelle legemidlene. Glaxo begynte i stedet å distribuere disse produktene direkte til greske sykehus og apoteker. I februar 2001 gjenopptok Glaxo deler av leveransene til saksøkerne, da de anså at forsyningene av legemidler til det greske markedet hadde normalisert seg og medisindepotene på sykehus og apoteker igjen var tilstrekkelige, men de begrenset seg da til å forsyne grossistene med det de anså var behovet på det greske markedet. De greske legemiddelgrossistene på sin side mente praksisen utgjorde et misbruk av dominerende stilling under både artikkel 102 og den tilsvarende bestemmelse i gresk rett.

Domstolen kom til slutt fram til at dominerende legemiddelprodusenter kunne ta rimelige skritt for å beskytte sine forretningsinteresser dersom det fikk bestillinger på unormale mengder legemidler i forhold til de tidligere bestillingene gjort av den enkelte legemiddelgrossisten for å møte behovet i den aktuelle medlemsstaten. Atferden ville utgjøre et misbruk dersom det dominerende legemiddelselskapet unnlot å etterkomme normale bestillinger, og den nasjonale domstolen måtte avgjøre hvorvidt bestillingene var normale både i forhold til markedsbehovet i den aktuelle medlemsstaten og i forhold til de tidligere forretningsrelasjonene mellom det dominerende legemiddelselskapet og de aktuelle grossistene.

4.3 Glaxos forretningsnektelse som et uttrykk for misbruk

4.3.1 Innledende bemerkninger – oppsettet videre

Domstolen valgte i sin behandling av spørsmålet å ta utgangspunkt i de to tidligere skisserte hovedvilkårene, nemlig muligheten for å eliminere konkurransen og hvorvidt det forelå objektive hensyn som gjorde at atferden ikke kunne betegnes som et misbruk. Jeg vil gjennomgå Domstolens resultat etter samme oppsett som den behandlet saken, ved først å

se på spørsmålet om Glaxos forretningsnektelse kunne eliminere konkurransen i markedet, dernest se på selve misbruksvurderingen og spørsmålet om hvorvidt forretningsnektelser overfor paralleldistributører av legemidler vil kunne begrunnes objektivt. Jeg vil deretter kommentere dommens resultat om normale bestillinger i forhold til de hensyn artikkel 102 skal ivareta, og avveilingen Domstolen synes å ha tatt vedrørende disse. Til slutt vil jeg forsøke å oppsummere rettstilstanden hva gjelder forretningsnektelser som misbruk under de omstendighetene som råder på legemiddelsektoren.

4.3.2 Hvorvidt Glaxos forretningsnektelse var i stand til å eliminere konkurransen i markedet

Domstolen begynte, i tråd med hva man kan utlede av tidligere praksis, med å spørre om det eksisterte en forretningsnektelse i stand til å utelukke konkurransen. Den la til grunn at tidligere rettspraksis viste at en forretningsnektelse fra et dominerende foretak mot en eksisterende forretningsforbindelse utgjorde et misbruk når denne ikke kunne berettiges objektivt, og atferden kunne utelukke en handelspartner som en konkurrent, og viste i denne forbindelse til *Commercial Solvents*²⁰⁶ og *United Brands*²⁰⁷. Anvendt på situasjonen i *Sot. Lélos kai*, pekte Domstolen på at hva gjaldt forretningsnektelser overfor handelspartnere som drev eksport, kunne dette føre til en eliminering av konkurransen, ikke bare hvis nektelsen forhindret aktiviteten til handelspartnerne i den medlemsstaten forretningsnektelsen ble ilagt, men også om nektelsen eliminerte effektiv konkurranse fra disse hva gjaldt distribusjonen av legemidlene i andre medlemsstater. Domstolen problematiserte ikke ytterligere i hvor stor grad Glaxos atferd ville eliminere konkurransen enten i løpet av eller etter de tre første månedene der forretningsnektelsen var henholdsvis total og delvis, eller på hvilke måte den potensielle elimineringen av effektiv konkurranse ville manifestere seg. Sannsynligvis gjorde det faktum at hensikten med forretningsnektelsen var å begrense parallellhandel – noe som ikke var bestridt av Glaxo – at Domstolen ikke anså det hensiktsmessig å diskutere dette ytterligere. Dette understøttes

²⁰⁶ *Commercial Solvents*, premiss 25.

²⁰⁷ *United Brands*, premiss 183.

av at Domstolen gikk videre til å konstatere at atferd som har som siktemål å begrense parallellhandel eller reimport innenfor andre sektorer enn legemiddelsektoren vil utgjøre et misbruk:

“In respect of sectors other than that of pharmaceutical products, the Court has held that a practice by which an undertaking in a dominant position aims to restrict parallel trade in the products that it puts on the market constitutes abuse of that dominant position, particularly when such a practice has the effect of curbing parallel imports by neutralising the more favourable level of prices which may apply in other sales areas in the Community (see, to that effect [General Motors, paragraph 12]) or when it aims to create barriers to re-importations which come into competition with the distribution network of that undertaking ([British Leyland, paragraph 24]). Indeed, parallel imports enjoy a certain amount of protection in Community law because they encourage trade and help reinforce competition ([Case C-373/90 X, paragraph 12]).”²⁰⁸

På denne måten gikk Domstolen altså meget overfladisk gjennom spørsmålet om hvorvidt Glaxos forretningsnektelse ville eliminere effektiv konkurranse, det blir nærmest bare konstatert at den kunne utelukke disse grossistene som konkurrenter både i den aktuelle medlemsstaten og i andre medlemsstater, samtidig som Domstolen framholder at atferd som har som formål å begrense parallellhandel innenfor andre sektorer enn legemiddelsektoren, utgjør et misbruk. Domstolen la så til at for å vurdere hvorvidt en forretningsnektelse fra en dominerende legemiddelprodusent overfor grossister som driver med parallellimport var i strid med artikkel 102, måtte det undersøkes om det som Glaxo hevdet forelå objektive betraktninger, på bakgrunn av den juridiske og økonomiske konteksten som råder på legemiddelsektoren, som førte til at atferden allikevel ikke utgjorde et misbruk.

²⁰⁸ Sot. *Lélos kai*, premiss 37.

Det Domstolen her gjør, er å stemple Glaxos forretningsnektelse som et *prima facie* misbruk; altså at slike forretningsnektelser i utgangspunktet er ulovlig, med mindre det motsatte godtgjøres av det dominerende foretaket. Som innvendt av O'Donoghue og Macnab²⁰⁹, kan en slik *prima facie* tilnærming være problematisk på flere punkter, fordi den gjør flere antagelser som ikke nødvendigvis er heldige. Det mest åpenbare punktet i følge disse, er at det blir lagt til grunn at et dominerende foretak ikke har en alminnelig rett til å motsette seg forretninger i tilfelle det omstridte produktet er gjenstand for parallellhandel. Forfatterne stiller spørsmålet om hvorfor bevisbyrden skifter umiddelbart, og foretak dermed generelt trenger et forsvar i saker der parallellhandel er involvert; hvor ble det av den alminnelige retten til å avslå potensielle handelspartnere? De påpeker at saker der foretak har blitt pålagt å forsyne tredjeparter er få, og inneholder uttrykkelige betingelser, som at produktet er uunnværlig for konkurrentene, eliminering av all effektiv konkurranse i markedet, samt at det ikke eksisterer en objektiv begrunnelse. De setter også spørsmålsteget ved hvorfor ingen av disse punktene er en del av analysen i saker om parallellhandel.²¹⁰ Forfatternes kritiske bemerkninger har etter min mening mye for seg. Domstolen konstaterer at begrensning av parallellhandel vil kunne eliminere grossistene som konkurrenter, uten å gå nærmere inn på hva dette egentlig innebærer og hvorfor det må anses som et *prima facie* misbruk.

Det første som er å innvende, er at Domstolen adresserer elimineringsspørsmålet til den enkelte grossist, i stedet for å se på virkningen Glaxos forretningsnektelser får for selve konkurransen som sådan. Diskusjonen om formålet bak konkurransereglene og hvilke hensyn de skal beskytte har vært oppe mange ganger, og kritikere har innvendt at EU-konkurransereglene har blitt anvendt på en måte som i for stor grad beskytter konkurrenter heller enn selve konkurransen.²¹¹ Kommisjonen har i de siste årene ved flere anledninger

²⁰⁹ O'Donoghue og Macnab – *Dominant firms' duties to deal with pharmaceutical parallel traders following Glaxo Greece: Competition Policy International* vol. 5, nr. 1, Spring 2009, s. 153 flg.

²¹⁰ *Ibid.*, s. 160.

²¹¹ Et av de mest fremtredende eksemplene på dette er kritikken fra USAs Assistant Attorney General for Antitrust ved det amerikanske Justisdepartementet, som i respons til Retten avgjørelse i Microsoft-saken fra

framholdt at det er konkurransen og forbrukerne som skal beskyttes, ikke konkurrenter, og at aggressiv konkurranse er ønskelig selv når dette kan risikere at konkurrenter blir skadelidende.²¹²

Sakene Domstolen tok til inntekt for å legge til grunn at forretningsnektelser som eliminerer en handelspartner er et *prima facie* misbruk, skiller seg også etter min mening litt for mye fra Glaxos forretningsnektelser i denne situasjonen til at de kan legges til grunn uten videre. I *Commercial Solvents* var grunnet til CSCs forretningsnektelse at CSC, som tidligere hadde forsynt Zoja med innsatsfaktor nødvendig for å produsere sluttproduktet ethambutol, selv skulle begynne å produsere ethambutol og dermed starte opp i direkte konkurranse med sine tidligere kunder på markedet for sluttproduktet. Ved å nekte Zoja tilgang på råmaterialet, ville CSC samtidig eliminere all konkurranse fra en av hovedprodusentene for dette sluttproduktet. Bakgrunnen i *Commercial Solvents* for at elimineringen av konkurrent samtidig ville kunne føre til en generell negativ innvirkning på konkurransen kunne ikke nødvendigvis antas å være tilstede i samme grad i *Sot. Lélos kai*.

2007 (T-201/04) uttalte følgende i en pressemelding: "*In the United States, the antitrust laws are enforced to protect consumers by protecting competition, not competitors*". Se

http://www.usdoj.gov/opa/pr/2007/September/07_at_725.html (via Whish (2008) s. 191).

²¹² SPEECH/05/537 – Neelie Kröes: "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82": "*My own philosophy on this is fairly simple. First, it is competition, and not competitors, that is to be protected. Second, ultimately the aim is to avoid consumers harm. (...) I like aggressive competition – including by dominant companies - and I don't care if it may hurt competitors – as long as it ultimately benefits consumers.*". Se også DG COMP – Discussion Paper on the application of Article 82 on the Treaty to exclusionary abuses (2005), avsnitt 4: "*With regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources.*", og videre Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings (C(2009) 864 final), avsnitt 6: "*The emphasis of the Commission's enforcement activity in relation to exclusionary conduct is on safeguarding the competitive process in the internal market and ensuring that undertakings which hold a dominant position do not exclude their rivals by other means than competing on the merits of the products or services they provide. In doing so the Commission is mindful that what really matters is to protect an effective competitive process and not simply protecting competitors.*"

Commercial Solvents har også høstet mye kritikk i ettertid, fordi den later til å være et eksempel på at konkurransemyndighetene beskyttet en ”liten” italiensk konkurrent mot en stor amerikansk multinasjonal,²¹³ og med dette beskyttet en konkurrent i stedet for konkurransen. I *United Brands*, Domstolens andre eksempel på at risiko for eliminering av konkurrenter utgjør et misbruk, ble det også uttalt at forretningsnektelsen ville være ensbetydende med diskriminering som kunne føre til elimineringen av handelspartneren som konkurrent.²¹⁴ Her er det imidlertid verdt å merke seg at vilkåret om eliminering av handelspartneren ikke står for seg selv, men som en følge av en diskriminerende handelspraksis. UB stanset sine leveranser som en form for represalier for at Olesen hadde reklamert for konkurrentens merke, og blitt enedistributør for denne. De skadelige følgene av denne forretningsnektelsen var i følge Domstolen at atferden kunne begrense avsetningen til skade for forbrukerne, alternativet i 102 b), eller utgjøre en form diskriminering som kunne føre til at en handelspartner ble fjernet fra markedet, alternativet i 102 c). UB ønsket ikke å forhindre parallell konkurranse fra Olesen til fordel for egne distributører, men å ramme Olesens forretninger som hevn for Olesens samarbeid med UBs konkurrent, ved å nekte Olesen tilgang på et varemerke kundene verdsatte. Det var altså hvorvidt atferden var diskriminerende overfor Olesen og dermed stilte Olesen ugunstigere i konkurransen, og således i verste fall kunne føre til at Olesen ble fjernet fra det aktuelle markedet, som ser ut til å være poenget her. UB ønsket ikke å eliminere Olesen som direkte konkurrent til seg selv, men straffe Olesens samarbeid med en annen av UBs konkurrenter. En direkte anvendelse av dette premisset i *United Brands* tatt til inntekt for at forretningsnektelser overfor eksisterende kunder er et *prima facie* misbruk fordi nektelsen kan føre til at handelspartneren utelukkes fra konkurransen, er etter min mening å ta det ut av denne nødvendige sammenhengen. Det er også et viktig poeng at EU-domstolen i senere saker som gjelder forretningsnektelser²¹⁵ har gått bortfra en språkbruk som tilsynelatende

²¹³ Jones og Sufirin (2004), s. 469.

²¹⁴ *United Brands*, premiss 183.

²¹⁵ *Telemarketing* [1985], premiss 26: “*eliminating all competition from another undertaking*”; *Magill* [1995], premiss 27: “*eliminating all competition from such undertaking*”; *IMS Health mot NDC Health* [2004],

kan tolkes dit hen at det er den enkelte konkurrent og konkurransen fra denne spesifikt som beskyttes, og over til en mer generell definisjon der det er eliminering av konkurransen på det aktuelle markedet som skal beskyttes.

Så kan man stille spørsmålet om Glaxos forretningsnektelser virkelig risikerte en slik eliminering av konkurransen. I følge DG COMPs diskusjonsnotat om ekskluderende misbruk fra 2005 anses det ikke som nødvendig å påvise at nektelsen skal kunne eliminere all konkurranse for at atferden skal kunne anses som et misbruk, men at nektelsen må ha en negativ effekt på konkurransen og at dette må vurderes med bakgrunn i den eksisterende konkurransen i markedet.²¹⁶ I *Microsoft mot Kommisjonen* uttalte Retten at det ikke var nødvendig å påvise at all konkurranse på markedet ble eliminert, men derimot at det som var av betydning var hvorvidt *”der er fare, eller sandsynlighet, for, at afslaget fører til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på markedet”*²¹⁷. Whish og Stothers mener at domspraksis tilsier at det i det minste må påvises en form for skade på konkurransen.²¹⁸ I hvilken grad Glaxos atferd faktisk hadde en slik innvirkning på konkurransen vil nok også komme an på om man ser på de tre månedene de praktiserte fullstendige forretningsnektelser eller tiden etter tre måneder der de gjenopptok forsyningene, men i begrensede kvantum. Muligens ville dette i utgangspunktet kunne sies å være oppfylt i de tre månedene der Glaxo stoppet samtlige forsyninger, for selv å forsyne greske sykehus og apoteker direkte. Samtidig kunne det kanskje argumenteres for at når forretningsnektelsen var såpass kortvarig, ville den heller ikke egentlig eliminere all effektiv konkurranse. Når Glaxo så gjenopptok begrensede forsyninger var så holdningen at dette eliminerte effektiv konkurranse fra disse i distribusjonsleddet i andre medlemsstater. Til dette kan man for det første anføre hvorvidt en slik situasjon engang ville være en direkte følge av Glaxos

premiss 52: *“eliminating all competition on that market”*; *Microsoft v Commission* [2007], avsnitt 563: *“that the refusal at issue is liable to, or is likely to, eliminate all effective competition on the market”*.

²¹⁶ DG COMP – Discussion Paper on the application of Article 82 on the Treaty to exclusionary abuses (2005), avsnitt 222 .

²¹⁷ *Microsoft v Commission*, avsnitt 563.

²¹⁸ Whish (2008), s. 689 og Stothers (2007) s. 204.

begrensede forsyninger. Grossistene var ikke forhindret fra å eksportere det de faktisk mottok fra Glaxos side, dette ville heller være et eventuelt resultat av forpliktelsene disse hadde blir ilagt fra greske myndigheter. Viktigere er det imidlertid å innvende at det ikke er dette som burde vært spørsmålet; det burde snarere vært om Glaxos forretningsnektelser overfor de greske grossistene faktisk ville kunne skade konkurransen i disse andre medlemslandene, og dette måtte for det første avhenge av hvor mange andre grossister som også konkurrerte på de samme markedene for distribusjon for det samme legemiddelet. For det andre kan man se hen til om det kunne eksistere andre legemidler som kunne konkurrere med det aktuelle legemiddelet, altså om det kunne eksistere en form for intermerkekonkurranse på markedet.

Rettspraksisen Domstolen viste til for å understreke at forsøk på begrensning av parallellhandel normalt ble ansett som misbruk på andre sektorer enn legemiddelsektoren treffer heller ikke spikeren nøyaktig på hodet. *General Motors* omhandlet en sak der GM, for å utføre kontroll med importerte biler, tok en pris for dette som var urimelig høy. Også i *British Leyland* omhandlet ett av punktene urimelige avgifter for utstedelse av sertifikater som var nødvendige for å få registrert importerte kjøretøy i Storbritannia, sertifikater BL nøt et rettslig monopol på å utstede. Som O'Donoghue/Macnab²¹⁹ påpeker, er dette et eksempel på urimelige prisvilkår som ville vært ulovlige uansett om det innebar parallellimporterte biler eller ikke. I *British Leyland* motsatte BL seg dessuten å utstede slike sertifikater til reimportører om ikke direkte, så i alle fall indirekte gjennom å ikke gi informasjon om hva som måtte til for å oppnå slike sertifikater under britisk lovgivning. Dette anså Domstolen som manifestasjonen av en bevisst hensikt fra BLs side for å opprette barrierer for reimport som kom i konkurranse med egne distributører. Hva gjelder dette punktet kan det innvendes at å utnytte et rettslig monopol for å forhindre reimport er en konkurransebegrensende handling som får direkte følger for konkurransesituasjonen i distribusjonsmarkedet. Delvise forretningsnektelser som indirekte hindrer parallelltransport derimot – fordi legemiddelgrossistene er forpliktet til å dekke et behov i medlemsstaten –

²¹⁹ O'Donoghue og Macnab (2009), side 161.

vil muligens få følger for konkurransesituasjonen i distribusjonsmarkedet, med dette vil jo bero på om parallellimportørene på det britiske markedet kan importere fra markeder enn bare det greske. I stedet for å diskutere selve de konkrete omstendighetene i *Sot. Lélos kai*, legger Domstolen nærmest automatisk til grunn at alle former for begrensninger på parallellhandel foretatt av et dominerende foretak – uansett hvor forskjellige de måtte være – må ses på som et prima facie misbruk. Det er en forenkling som i alle fall er unøyaktig.

Dessuten kan man trekke det enda legre og spørre om eliminering av effektiv konkurranse kanskje burde problematiseres ytterligere ved å ta de konkrete omstendighetene på legemiddelsektoren med i betraktning. For det første kan det spørres om hvorvidt parallellhandel med legemidler utgjør en form for ”effektiv” konkurranse overhodet, når til og med Kommisjonen i sin *Communication on the Single Market in Pharmaceuticals* fra 1998 la til grunn at parallellhandel som ikke opererer dynamisk på pris faktisk skaper ineffektiviteter. For det andre kan det også spørres om dynamisk konkurranse kanskje burde være en del av vurderingen også i dette første stadiet, i en sektor som er såpass innovasjonsdrevet som legemiddelsektoren.

Til tross for disse omstendighetene, så altså ikke Domstolen det som hensiktsmessig å gå nærmere inn på hvordan GSKs forretningsnektelser konkret kunne eliminere effektiv konkurranse, eller skade konkurransen, det ble bare umiddelbart antatt. Etter min mening adresserte ikke Domstolen dette punktet på en tilstrekkelig måte, da det ikke uten videre kan antas at en forretningsnektelse eliminerer konkurransen eller skader konkurransen bare fordi den som rammes tilfeldigvis tilbyr sine produkter gjennom parallellimport fra et annet land i stedet for gjennom de ordinære distribusjonskanaler i en medlemsstat. Det er effekten på konkurransen som sådan, når disse handelspartenes innsats forsvinner, som må være riktig vurderingstema. Dette har blitt satt opp som et eget vurderingskriterium i rettspraksis hva gjelder forretningsnektelser²²⁰, og bør være gjenstand for en selvstendig vurdering også der varene det er snakk om er gjenstand for parallellhandel. Med det

²²⁰ Se punkt 3.2.2 ovenfor.

utgangspunktet Kommisjonen selv har uttrykt – at generelt bør ethvert foretak ha retten til å velge sine handelspartnere selv og fritt disponere sin egen eiendom, og at innblanding på konkurranserettslig grunnlag krever nøye avveining i de tilfeller hvor håndhevelsen av artikkel 102 fører til at et dominerende foretak blir pålagt en leveringsplikt – burde Domstolen gjennomgått sammenhengen mellom risikoen for å eliminere effektiv konkurranse gjennom forsøk på å hindre parallellhandel på en grundigere måte. Dersom forretningsnektelser som hindrer parallellhandel står i en særstilling i forhold til forretningsnektelser som ikke har innvirkning på parallelldistribuerte produkter fordi førstnevnte situasjon truer det indre markedet, burde dette blitt sagt i klartekst, og ikke bare under en kort henvisning til at ”*parallel imports enjoy a certain amount of protection in Community law because they encourage trade and help reinforce competition*”.²²¹

Dessverre fikk vi aldri en ordentlig gjennomgang av dette fra Domstolens side, fordi den fokuserer på at det omstridte produktet er et gode gjenstand for parallellhandel. Dermed ”skifter” bevisbyrden umiddelbart fra å påvise en eliminering av konkurransen for at forretningsnektelser skal kunne regnes som et misbruk, og over til et spørsmål om atferden faktisk representerer et misbruk eller kan begrunnes objektivt.

Domstolens nærmest umiddelbare fastsettelse av at Glaxos forretningsnektelse kunne eliminere konkurransen var klart preget av at det omstridte produktet var gjenstand for parallellhandel, og må i så måte tas som en bekreftelse på at markedsintegrasjonshensynet fremdeles må regnes som et viktig hensyn under artikkel 102. Dette kunne imidlertid med fordel ha blitt tydeligere kommunisert fra Domstolens side når den vurderte en såpass spesiell form for misbruk som en forretningsnektelse faktisk representerer.

²²¹ *Sot. Lélos kai*, premiss 37.

4.3.3 Objektive betraktninger medfører at forretningsnektelser for å hindre parallellhandel på legemiddelsektoren ikke nødvendigvis betraktes som misbruk

4.3.3.1 Glaxos utgangspunkt – Et dominerende foretak trenger ikke å imøtekomme bestillinger som er unormale, og kan tar rimelige skritt for å beskytte sine legitime handelsinteresser, jfr. *United Brands*

Glaxos mente forretningsnektelsene ikke utgjorde et misbruk fordi de etter prinsippet i *United Brands* ikke var tvunget til å imøtekomme bestillinger som var unormalt store, og at de dessuten var berettiget til å ta rimelige skritt for å beskytte sine kommersielle interesser. Glaxo knyttet dette opp til de særskilte omstendighetene på legemiddelsektoren, og argumenterte med flere mulige tilnærminger til støtte for sitt synspunkt. De anførte at logikken bak å beskytte konkurransen ikke gjorde seg gjeldende på en sektor der det ikke rådet normale konkurransebetingelser. For det første kontrollerte ikke legemiddelforetakene sine egne priser, med disse ble fastsatt av myndighetene, som samtidig var kunder. For det andre var de forpliktet til å forsyne produktet sitt i alle medlemsstater der de hadde markedsautorisasjon, mens paralleldistributørene kunne forflytte seg mellom geografiske markeder etter fortjeneste. Dette gjorde at parallellhandel hadde negativ innvirkning på distribusjonsplanleggingen. I tillegg hevdet de at parallellhandelen førte til få fordeler for forbrukerne på kort sikt, mens en begrensning av handelen beskyttet innovasjonskapasiteten og dermed ville gagne forbrukere på lang sikt. De baserte seg altså dels på å sette spørsmålstegn ved anvendelsen av konkurransereglene som sådan på sektoren, og dels på at forretningsnektelsene måtte være objektivt berettiget, enten som følge av at de bare beskyttet legitime handelsinteresser eller som følge av at det ville føre til effektivitetsgevinster for forbrukerne i lengden.

4.3.3.2 Betydningen av at begrensningen på parallellhandel medfører liten eller ingen skade for forbrukerne

DG COMP uttalte i sitt diskusjonsnotat om ekskluderende misbruk at for at en forretningsnektelse som førte til vertikal utelukkelse skulle anses som et misbruk, måtte det ha en konkurransehindrende effekt på markedet som dessuten var ugunstig for forbrukervelferden.²²² En slik tilnærming følger ordlyden i artikkel 102 b), men denne bestemmelsen ikke må leses som at dette nødvendigvis er et tilleggskriterium for å anse begrensningen av avsetning som et misbruk, men derimot som et eksempel på en type atferd som særlig lett vil anses som et misbruk. Akkurat dette språket finner man ikke igjen i avgjørelsene fra Domstolen om forretningsnektelser, men man kan finne andre eksempler på at forbrukernes interesser har en særlig betydning i visse tilfeller. For eksempel har EU-domstolene satt opp som kumulative vilkår i saker som handler om forretningsnektelser i form av lisensieringsnektelser av opphavsrettigheter i tillegg til vilkåret om risikoen for å eliminere konkurransen, at nektelsen dessuten har forhindret framveksten av et produkt det er en potensiell etterspørsel for, og at tilgang til informasjonen er nødvendig for framveksten av det produktet.²²³ Spørsmålet om å ilegge leveringsplikt hva gjelder lisensiering er imidlertid ytterligere komplisert nettopp ved at man i tillegg til å gripe inn i prinsippet om at foretak har rett til å velge sine handelspartnere også tvinger foretaket til å distribuere sine eksklusive immaterielle rettigheter. Det fremstår dermed som naturlig at det da skal noe ytterligere til for å ilegge en forsyningsforpliktelse i slike tilfeller.

Hva gjaldt konsekvenser for forbrukerne, mente Domstolen at en alternativ forsyningskilde i høykostland nødvendigvis måtte resultere i enkelte fordeler for forbrukerne. Riktignok ville parallellimportørene i stor grad beholde profitten selv, men det som gjorde den alternative forsyningskilden attraktiv, var nettopp det faktum at den kunne tilby de samme produktene til lavere pris enn de nasjonale grossistene. Dette betydde at selv i de statene der prisene var regulerte, ville parallellhandel være tilbøyelig til å skape et visst press på

²²² DG COMP – Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005), avsnitt 210.

²²³ Se bl.a. *Magill*, *Tiercé Landbroke* og *IMS Health v NDC Health*.

prisene, som ville komme nasjonale helseforsikringsordninger til gode, men også gagne pasientene som kunne få lavere egenandeler. Dersom man aksepterer de økonomiske implikasjonene som ligger bak dette resonnementet – at parallellhandel vil føre til *noen* fordeler – virker det naturlig at et forsvar ikke kan baseres på at eventuelle fordeler for forbrukerne bare er minimale. Domstolen uttalte konkret:

*”Accordingly, without it being necessary for the Court to rule on the question whether it is for an undertaking in a dominant position to assess whether its conduct vis-à-vis a trading party constitutes abuse in the light of the degree to which that party’s activities offer advantages to the final consumers, it is clear that, in the circumstances of the main proceedings, such an undertaking cannot base its arguments on the premiss that the parallel exports which it seeks to limit are of only minimal benefit to the final consumers.”*²²⁴

Domstolen tok altså ikke stilling til om foretaket kunne vurdere selv hvorvidt forretningsnektelsen var et misbruk beroende på om handelspartneren ved sin aktivitet faktisk ville bidra til fordeler for forbrukere, men la til grunn at Glaxo uansett ikke kunne basere sine argumenter om en objektiv begrunnelse alene på det grunnlag at den fordelende eventuelt hindret bare ville være minimal. Domstolen la dermed ikke i klartekst opp til helt samme vurdering som DG COMP – at det at forbrukerne går glipp av en eventuell fordel er et nødvendig vilkår for konstatere misbruk i slike saker – men uttalelsen ovenfor antyder allikevel noe av det samme. Om det kan antas at forbrukerne høster en fordel av den aktiviteten det dominerende foretaket ønsker å begrense, så er det uansett ikke tilstrekkelig å anføre som sitt forsvar at den aktiviteten som søkes forhindre bare utgjør en minimal fordel for forbrukere.

Kommisjonen legger i sin veiledning om håndhevingsprioriteringer under artikkel 102 til grunn at det ved vurderingen av om en ekskluderende (konkurransbegrensende) atferd er

²²⁴ *Sot. Lélos kai*, premiss 57.

berettiget under artikkel 102 kan et foretak også forsvare seg med at nyttevirkningen av atferden er såpass stor at netto virkning for forbrukerne ikke er en ulempe; et forsvar basert på effektivitetsgevinster.²²⁵ Kommisjonen lister opp fire kumulative vilkår som den anser må være oppfylt i et slikt tilfelle: sannsynlighet for å oppnå nyttevirkninger, at atferden er nødvendig i den grad at det ikke finnes alternativer som kan føre til den samme nyttevirkningen, at nyttevirkningen oppveier enhver negativ virkning på konkurransen og forbrukervelferden og at atferden ikke eliminerer all virksom konkurranse. Selv uten å legge til grunn like strenge vilkår som det kommisjonen gjør, hadde det vært spesielt om et foretak skulle få unnskyldte konkurransebegrensende atferd med at det den vil ramme uansett bare er til minimal gunst for forbrukerne. Om man snur det andre veien, tilsier argumentet at den konkurransebegrensende atferden bare fører til minimal ulempe for forbrukerne hva gjelder økte priser, og dermed kan rettferdiggjøres. I forhold til både individuelle fritak under artikkel 101 (3) og det mulige effektivitetsforsvaret Kommisjonen vil akseptere under artikkel 102, er uansett et nødvendig vilkår at atferden vil gi nyttevirkninger som i det minste fører til at nettovirkningen for forbrukeren er nøytral (altså ikke negativ). Dersom Glaxo ved å hindre parallellhandel hadde utsatt forbrukerne for en, om enn minimal, ulempe gjennom fravær av prispress på legemidler, måtte de positive virkningene for forbrukerne kommet fra et annet sted, som for eksempel gjennom økt distribusjonssikkerhet, økte inntekter å investere i FoU. Det å påvise slike effektivitetsgevinster vil således være ledd i en større og mer konkret vurdering enn bare det å komme til at parallellhandel med legemidler generelt fører til minimale fordeler, og at det å forhindre den uansett ikke vil ha store implikasjoner for sluttforbrukere, enten man skal definere disse som nasjonale helseforsikringsordninger eller pasienter.

²²⁵ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings*, avsnitt 28.

4.3.3.3 Betydningen av nedsatt innovasjonskapasitet

Glaxos påstand om at det var nødvendig å begrense parallellhandel for å beskytte investeringer i FoU for nye medisiner, tok Domstolen overhodet ikke stilling til i denne saken.

Generaladvokatene som kom med sine forslag til avgjørelser i *Syfait* og *Sot. Lélos kai* så ut til innta motsatte utgangspunkt da de vurderte dette temaet. Generaladvokat Jacobs så ut til å akseptere et argument om at incentivene for legemiddelprodusenter til å investere i ville reduseres dersom parallellhandel medførte produsenten kunne forvente lavere inntekter i løpet av patentperioden,²²⁶ og mente at på grunn av de økonomiske omstendighetene på sektoren var det en mulighet for at parallellhandel *“might harm the incentive for pharmaceutical undertakings to innovate”*²²⁷. Ruiz-Jarabo Colomer var derimot fullstendig avvisene til denne argumentasjonen og så ingen årsakssammenheng mellom parallellhandel og negativ innvirkning på FoU. Han uttalte tvert imot at *“I find the argument that the loss of income resulting from parallel imports of patented medicines acts as a disincentive misleading, since it is aimed only at seducing public opinion, which is sensitised to the vital importance of R&D for competitiveness, by shifting the focus from business rivalry [å vinne tilbake profittmarginer] to research policy.”*²²⁸

Domstolen så seg imidlertid ikke nødt til å undersøke dette spørsmålet, fordi den løste spørsmålet om hvorvidt Glaxos atferd kunne begrunnes objektivt med bakgrunn i legitime tiltak for å beskytte egne forretningsinteresser i forhold til betydningen av nasjonale pris- og forsyningsreguleringer. Nguyen [et. al] kritiserte Domstolens resultat på dette punktet, fordi de mener at Domstolen, ved å påstå at intramerkekonkurranse er den eneste formen for konkurranse så lenge legemidlene er beskyttet av patent, utelater den intermerkekonkurransen som faktisk kan eksistere på grunnlag av mulige substitutter.

²²⁶ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jacobs i *Syfait* (28. oktober 2004), premiss 93.

²²⁷ Ibid, premiss 100.

²²⁸ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i *Sot. Lélos kai* (1. april 2008), premiss 113.

Forfatterne mener at Domstolen på denne måten reduserer spørsmålet om objektiv begrunnelse kun til intamerkekonkurransen, når også intermerkekonkurransen – og herunder forholdet mellom parallellhandel og FoU – burde være en del av denne vurderingen.²²⁹ Imidlertid ville en grundig gjennomgang av spørsmålet uansett måtte medføre en komplisert og sammensatt bevisvurdering i det konkrete tilfellet, noe det ikke er rom for under en forhåndsuttalelse vedrørende tolkningen av en av traktatens bestemmelser. Dessuten har EU-Domstolene selv i saker der Kommisjonens beslutninger blir påklaget en begrenset anledning til å overprøve Kommisjonens komplekse økonomiske vurderinger.²³⁰ Selv om Domstolen hadde gått nærmere inn på denne problemstillingen, er det dermed ikke sikkert at det hadde medført noen ytterligere klargjøring av akkurat dette spørsmålet.

4.3.3.4 Innvirkningen av nasjonale reguleringer på pris og krav om forsyningssikkerhet

Domstolen kom til slutt fram til at en forretningsnektelse fra et legemiddelfirma kunne være objektivt begrunnet under henvisning til at firmaet hadde et behov for å beskytte sine legitime handelsinteresser, så lenge handlingene var rimelige og proporsjonale sett i forhold til dette behovet, jfr. prinsippet etablert i *United Brands*.²³¹ Domstolen vurderte det dit hen at prisreguleringene medlemsstatene foretar på legemiddelsektoren medfører at legemiddelfirmaene ikke kunne opphøre å forsyne en kundes normale bestillinger for å begrense parallellhandel, men kan begrense sine forsyninger dersom bestillingene er unormale. Hvorvidt bestillingene var normale, måtte vurderes både på bakgrunn av behovet på det nasjonale markedet i den aktuelle medlemsstaten, og det tidligere forretningsforholdet mellom partene

²²⁹ Nguyen [et al] (2009), s. 17

²³⁰ Se for eksempel forente saker C-204-205, 211, 213, 217 og 219/00 – *Aalborg Portland and others*, premiss 279

²³¹ *United Brands*, premiss 158.

Innledningsvis la Domstolen til grunn selv om medlemsstatene regulerte prisene har legemiddelforetakene en viss innflytelse på prisreguleringer gjennom forhandlinger, og at prisene på denne måten ikke var fullstendig uavhengig av tilbud og etterspørsel; de reflekterte derimot den relative styrken til både offentlige myndigheter og legemiddelforetakene.²³² Etter å ha bemerket at for patenterte medisiner så er eventuell priskonkurranse fra parallellimportører den eneste formen for konkurranse man forestille seg, gikk Domstolen videre til å trekke inn traktatens formål som momenter i vurderingen. Med referanse til rettspraksis rundt artikkel 101, uttalte Domstolen at den tidligere hadde fastslått at avtaler som bidro til å gjeninnføre nasjonale skiller var ansett for å være i strid med formålet i traktaten om å integrere nasjonale markeder gjennom etableringen av et felles marked. I lys av traktatens formål, samt formålet om å sikre at konkurransen på det indre markedet ikke vrís, kunne man dermed ikke komme utenom at et dominerende foretaks atferd som har som formål å hindre all parallelleksport – og som gjennom oppdeling av nasjonale markeder opphever fordelene forbrukerne i andre medlemsstater ville få gjennom effektiv konkurranse på forsyninger og priser – faller inn under forbudet i artikkel 102. Domstolen mente at mot denne bakgrunnen kunne ikke prisreguleringer på legemiddelsektoren forhindre konkurransereglene fra å få anvendelse, men samtidig kunne det ved vurderingen av hvorvidt forretningsnektelser fra legemiddelfirmaer til parallelleksporterende distributører utgjør et misbruk heller ikke ignoreres at statlig innblanding nettopp var en av faktorene som la til rette for slik parallellhandel. Domstolen uttalte deretter:

“Furthermore, in the light of the Treaty objectives to protect consumers by means of undistorted competition and the integration of national markets, the Community rules on competition are also incapable of being interpreted in such a way that, in order to defend its own commercial interests, the only choice left for a pharmaceuticals company in a dominant position is not to place its medicines on

²³² Sot. *Lélos kai*, premisser 59-63.

the market at all in a Member State where the prices of those products are set at a relatively low level.”²³³

På bakgrunn av dette mente Domstolen at selv om et legemiddelforetak i en dominerende stilling ikke kunne nekte å etterkomme normale bestillinger fra eksisterende kunder utelukkende på det grunnlag at kundene drev med parallelleksport, så måtte slike foretak ha muligheten til mottiltak som var rimelige og proporsjonale i forhold til den trusselen mot egne handelsinteresser som vesentlige bestillinger av produkter ment for parallelleksport potensielt utgjorde. Det måtte derfor, ved vurderingen av om forretningsnektelsene var rimelige og proporsjonale, bringes på det rene hvorvidt legemiddelgrossistenes bestillinger var unormale. Den greske domstolen måtte dermed avgjøre om:

“(..) the abovementioned orders are ordinary in the light of both the previous business relations between the pharmaceuticals company holding a dominant position and the wholesalers concerned and the size of the orders in relation to the requirements of the market in the Member State concerned.”²³⁴

Domstolen la til at dersom parallellhandel faktisk førte til knapphet på medisiner på det nasjonale markedet, så var det myndighetenes, og ikke de dominerende legemiddelforetakenes, ansvar å løse distribusjonssituasjonen i tråd med gjeldende lovgiving.

Glaxo fikk dermed ikke gjennomslag for sin påstand om at graden av reguleringer medførte at logikken bak å beskytte konkurransen var helt fraværende. Domstolen anerkjente derimot at omfanget av nasjonale prisreguleringer var et moment som må tas med i betraktning i misbruksvurderingen. Faren for at vesentlige mengder av grossistenes bestillinger gikk til parallelleksport som følge av prisforskjeller skapt av nasjonale reguleringer var altså en trussel mot Glaxos handelsinteresser, og en trussel Glaxo hadde

²³³ Ibid, premiss 68.

²³⁴ Ibid, premiss 73.

rett til å forsvare seg mot ved å nekte å levere, så lenge reaksjonen var proporsjonal og rimelig. På dette punktet representerer dommen en klar seier sett fra legemiddelprodusentenes side, idet den anerkjenner at nasjonale reguleringer som la forholdene til rette for parallellhandel måtte hensyntas når man avgjorde hva som i et slikt tilfelle utgjorde rimelige og proporsjonale – og dermed objektivt berettigede – mottrekk fra et dominerende legemiddelforetaks side i en slik situasjon.

Resultatet må sies å stå i en særstilling i forhold til tidligere avgjørelser. Ikke bare godtok Domstolen at en forretningsnektelse kunne være objektivt berettiget, noe som i henhold til rettspraksis har vært vanskelig å hevde,²³⁵ men i tillegg hadde atferden som klart formål å forhindre parallellhandel, noe som vanligvis har blitt slått ned på fordi slik atferd er uforenelig med det indre markedet.²³⁶ Dommen må på dette punktet sies å være preget av de omstendighetene som er til stede på legemiddelsektoren, og resultatet kan neppe overføres til andre sektorer.

4.4 Proporsjonalitetsvurderingen – hva innebærer egentlig ”normale” bestillinger
Uten å vektlegge betydningen av prisfordeler ved parallellhandel for sluttforbrukerne eller i det hele tatt berøre argumentet om tap av innovasjonskapasitet gjennom parallellhandel, endte Domstolen egentlig opp med å gjenta utgangspunktet fra United Brands med at det ville være et misbruk av dominerende stilling å ikke etterkomme ”normale” bestillinger.

Ved tolkningen av hva som gjorde en bestilling ”normal” derimot, åpnet Domstolen for en ny vri, ved at også det nasjonale markedsbehovet i eksportstaten skulle medberegnes i denne vurderingen. På dette punktet kan domsresultatet ved første øyekast virke noe spesielt. Det ser ut som om at Domstolen mener at dominerende selskaper egentlig ikke får lov til å forhindre parallelleksport gjennom forretningsnektelser, men siden det er medlemsstatenes prisreguleringer som legger til rette for slik parallelleksport, så får de de

²³⁵ Se punkt 3.2.2.4 ovenfor.

²³⁶ Se punkt 3.2.2.1 ovenfor.

facto lov til å forhindre det allikevel, ved at den aktuelle medlemsstatens markedsbehov blir en del av vurderingen. Unntaket for objektivt nødvendige handlinger, som tradisjonelt har blitt tolket snevert gjennom rettspraksis,²³⁷ ser i denne saken ut til å bli tolket så vidt at et dominerende foretak på legemiddelsektoren i ytterste forstand kan blokkere for omtrent all parallellhandel og fremdeles anses å reagere proporsjonalt og rimelig i beskyttelse av sine forretningsinteresser.

Da Domstolen la til grunn at den nasjonale domstolen måtte avgjøre om bestillingene var normale i lys av både tidligere forretningsforhold mellom legemiddelforetaket og grossistene, og bestillingenes størrelse i forhold til det nasjonale markedsbehovet, refererte den både til *United Brands* og *Benzine en Petroleum*. I *United Brands* uttalte Domstolen at et foretak ikke kunne unnlate å etterkomme bestillinger fra en langvarig kunde som fulgte vanlig handelspraksis når bestillingene ikke var ”out of the ordinary”.²³⁸ Det nærmere spørsmålet om hva som innebar at en bestilling var ”normal” kontra ”unormal” ble aldri problematisert i denne dommen. I *Benzine en Petroleum* hadde foretaket (BP) i en periode med forsyningsknapphet valgt å prioritere å forsyne sine faste kunder framfor andre mer sporadiske kunder. Kommisjonen mente at BP misbrukte sin stilling, fordi forsyningene burde vært fordelt rettferdig mellom kundene på basis av bestillinger fra året før.²³⁹ Domstolen på sin side, mente at når kundeforholdet til den aktuelle klageren hadde gått fra å være fast til sporadisk, kunne ikke det å gi en slik sporadisk kunde mindre gunstige behandling enn sine faste kunder regnes som misbruk.²⁴⁰ Det kan være vanskelig å se hvordan de refererte dommene kan tas direkte til inntekt for, eller naturlig lede til, den løsningen Domstolen kom fram til i forhold til hva som utgjør ”normale” bestillinger. Utgangspunktet i *United Brands* er klart nok, men sier ingenting om hva ”unormale” bestillinger egentlig er. Hvis man ser på *Benzine en Petroleum* var Domstolen enig med

²³⁷ Østerud i Kolstad (red) (2007), s. 183.

²³⁸ *United Brands*, premiss 182.

²³⁹ *Benzine en Petroleum*, premiss 30.

²⁴⁰ *Ibid*, premiss 32.

Kommisjonen i påstanden om at begrensninger i forsyninger burde baseres på tidligere kundeforhold:

“The principle laid down by the contested Decision that reductions in supplies ought to have been carried out on the basis of a reference period fixed in the year before the crisis, although it might be explicable in cases with a continued supply relationship has been maintained (..), cannot be applied when the supplier ceased during the course of that same period to carry on such relations with its customer (..).”

At denne dommen støtter opp om at det i en misbruksvurdering av forretningsnektelser er naturlig å ta utgangspunkt i eksisterende kunders tidligere bestillinger kan lett utledes, men det er ikke uten videre lett å se hvordan den samtidig viser at det er naturlig å ta utgangspunkt i behovene på det aktuelle nasjonale markedet.

Jeg vil imidlertid påstå dersom man tar et skritt tilbake og ser på den totale betydningen av følgende faktorer: 1) hvilken type misbruk det her er snakk om; 2) Domstolens vurdering av prisreguleringer og deres innvirkning på parallellhandel som et moment i vurderingen av hva som er rimelige og proporsjonale skritt for å beskytte forretningsinteresser; 3) den rettspraksis Domstolen trakk fram og 4) hensynet til traktatens formål, så vil summen av disse omstendighetene tilsi at Domstolens fastsettelse av de to momentene som skulle utgjøre vurderingen av hvorvidt bestillingene var ”normale”, var en pragmatisk løsning på spørsmålet.

For det første var misbruket det var snakk om i denne saken forretningsnektelser. Som nevnt tidligere²⁴¹ står prinsippet om avtalefrihet sterkt, og også Kommisjonen har uttalt at det krever grundig overveielse dersom man skal pålegge et foretak en leveringsforpliktelse. For det andre, når man tar med i betraktning at den store etterspørselen i lavkostland etter

²⁴¹ Punkt 3.2.2.2 ovenfor.

produkter til paralleleksport er et resultat ikke av fri konkurranse på pris, men derimot i stor grad et resultat av nasjonale prisreguleringer, virker det enda mer tvilsomt å pålegge foretak ubegrensede leveringsforpliktelser. Kanskje kan dette ses som et utslag av at Domstolen går i samme retning som det Jacobs gjorde i sitt forslag til avgjørelse, der han uttalte at:

*”the factors which go to demonstrate that an undertaking’s conduct in refusing to supply is either abusive or otherwise are highly dependent on the specific economic and regulatory context in which the case arises”*²⁴²

Jacobs mente at også Kommisjonens uttalelser i *Microsoft*²⁴³ antydte en slik tilnærming og at også amerikansk høyesterett hadde inntatt et liknende standpunkt.²⁴⁴ Det har i hvert fall mye for seg å innta en slik tilnærming. På den ene siden kan det hevdes at det fører til en viss usikkerhet i forhold til hva slags typer atferd som faktisk vil være misbruk på sektorer der det eksisterer en høy grad av nasjonal regulering. På den andre siden gir det selskaper en sjanse til å justere sin atferd innenfor den sektoren de opererer, og muligheten for å påberope seg et forsvar som vil bli vurdert opp i mot den fullstendige økonomiske og regulatoriske konteksten. En slik tilnærming vil være i overensstemmelse med en mindre formalistisk og mer økonomisk tilnærming til artikkel 102, som ble etterlyst av EAGCP²⁴⁵ som et motstykke til reformene av artikkel 101 og reglene om foretakssammenslutninger. Også Kommisjonen har nylig uttalt at de vil hensynta den lovgivingsmessige konteksten i en konkret vurdering av den aktuelle atferden.²⁴⁶ For det tredje, med bakgrunn i *United*

²⁴² Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jacobs i *Syfait*, premiss 68.

²⁴³ Beslutning i sak COMP/C-3/37.792 (2004) – *Microsoft*, avsnitt 555.

²⁴⁴ *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004) – Førsvoterende høyesterettsdommer Scalia uttalte: “Antitrust analysis must always be attuned to the particular structure and circumstances of the industry at issue. Part of that attention to economic context is an awareness of the significance of regulation.”

²⁴⁵ Report by the EAGCP (Commissions Economic Advisory Group for Competition Policy) – “*An economic approach to Article 82*”.

²⁴⁶ *Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings*, avsnitt 8: “*In applying the general enforcement principles*

Brands forelå det allerede et prinsipp om at dominerende foretak var forpliktet til å etterkomme normale bestillinger. Dersom dette utgangspunktet skulle tilpasses at innvirkningen av nasjonale prisreguleringer – som påvirker hvilke bestillinger som faktisk blir plassert – også måtte tas med i betraktning, er det kanskje ikke så søkt at målestokken på hva som er normale bestillinger også tar utgangspunkt i de nasjonale markedsbehov og ikke kun tidligere bestillinger.

Til sist er særlig formålsbetraktningene Domstolen gjør relevante; nemlig at konkurransereglene uansett ikke kan tolkes på en måte som gjør at et dominerende foretaks eneste utvei for å beskytte sine kommersielle interesser er å la være å plassere produktene sine på markedet i lavkostland – noe som de står fritt til å gjøre – fordi dette ville stride med formålet om å beskytte forbrukerne gjennom fri konkurranse og integrasjon av nasjonale markeder. Domstolen sa seg enig i at parallellhandel innenfor legemiddelsektoren ikke nødvendigvis medførte at forbrukerne fikk en like stor økonomisk fordel som prisforskjellene i eksport- kontra importstaten, ettersom grossistene selv ville beholde mye av profitten, men at slik handel antakelig medførte noen fordeler. Dersom man aksepterer at parallellhandel begrenses på legemiddelsektoren, vil altså forbrukere i høykostland antakelig gå glipp av disse, muligens små, fordelene. Dersom Domstolen i stedet hadde landet på at parallellhandelen måtte beskyttes, og resultatet hadde blitt at dominerende legemiddelfirma unnlot å plassere visse legemidler på markedet i lavkostland, hadde forbrukere i lavkostland gått glipp av fordelene med å faktisk ha tilgang på disse legemidlene. Det er lett å forestille seg hvordan det siste alternativet ville vært en mer alvorlig følge både for forbrukervelferden og også for målet om markedsintegrasjon enn det første.

Selv om Domstolens løsning under proporsjonalitetsvurderingen etter min mening har mye for seg, må den nærmere betydningen av hva som må regnes som ”normalt”, både i forhold

set out in this document, the Commission will take into account the specific facts and circumstances of each case. For example, in cases involving regulated markets, the Commission will take into account the specific regulatory environment in conducting its assessment”.

til tidligere forretningsforhold mellom Glaxo og de greske legemiddelgrossistene og i forhold til behovene på det greske markedet, nå tas stilling til av greske domstoler. Selve slingringsmonnet for hva som er normalt kontra unormalt må altså i liknende saker i framtiden fastsettes av nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler. Også vekten seg i mellom av de to momentene i helhetsvurderingen blir det opp til disse å vurdere. Hvor den eksakte grensen for ”normale” bestillinger i denne saken går, er dermed ennå ikke avgjort, og det er åpenbart at denne fastsettelsen kan bli problematisk. Skal man for eksempel basere seg på prosentmessig avvik fra tidligere bestillinger fra samme grossist? Hvor mange prosent utover tidligere bestillinger er i så fall en ”unormal” bestilling? Hvordan avgjøres disse prosentavvikene i forhold til det nasjonale behovet, må man da se alle grossistenes bestillinger under ett, eller går det an å avgjøre det i forhold til den enkelte grossists bestilling? Siste ord er utvilsomt ikke sagt, og det eksisterer helt sikkert en mulighet for at innholdet i dette begrepet vil komme til å måtte defineres nærmere av EU-domstolene i fremtidige saker.

4.5 Oppsummering av rettstilstanden på legemiddelsektoren for

forretningsnektelser for å hindre parallellhandel i etterkant av *Sot. Lélos kai*. Domstolens avgjørelse i denne saken bekrefter at markedsintegrasjonshensynet fremdeles er et viktig hensyn under konkurransereglene, ved at den legger til grunn at forretningsnektelser som har som formål å stanse all parallellhandel i utgangspunktet vil rammes av forbudet i artikkel 102.²⁴⁷ Domstolen uttalte at traktatens overordnede formål om å oppnå et indre marked gjorde at konkurransereglene også måtte få anvendelse selv på en sektor som ikke var harmonisert, men samtidig anerkjenner Domstolen at det på legemiddelsektoren eksisterer visse særegne omstendigheter, i form av nasjonale prisreguleringer, som får betydning for hva som utgjør et legitimt forsvar av egne handelsinteresser.

²⁴⁷ *Sot. Lélos kai*, premiss 66

Det avgjørende punktet i Domstolens vurdering i så måte ser ut til å være faren for at legemiddelprodusentene til slutt skal se seg nødt til å unngå å plassere produktene sine på markedet i lavkostland. Domstolens resultat på dette punktet bærer klart preg av hensynet til forbrukervelferden. Forbrukerne i lavkostland vil i verste fall ikke få tilgang på nye legemidler, eller få slik tilgang senere enn forbrukerne i høykostland, og dette vil i dette tilfellet veie tyngre enn hensynet til at forbrukerne i importlandene skal kunne gjøre prisinnsparinger. Man kan også hevde at resultatet bærer preg av integrasjonshensynet, da en reelle markedsforskjeller i form av at produkter ikke plasseres på markedet i visse medlemsstater (og parallellimport inn i disse lavkostlandene, som regel et vanlig fenomen når det foreligger en etterspørsel, er økonomisk uinteressant) vil være mer i strid målet om et harmonisert indre marked enn bare eksistensen av prisforskjeller. Det gjøres altså en avveining i forhold til det Domstolen omtaler som traktatens formål; *“to protect consumers by means of undistorted competition and the integration of national markets”*,²⁴⁸ der konkurransereglene uansett ikke kunne tolkes slik at sluttresultatet ville bli at legemiddelforetakene så seg nødt til å la være å plassere produktene sine på markedet i lavkostland, fordi de ikke hadde anledning til å beskytte sine handelsinteresser mot unormale bestillinger ment for paralleleksport på andre måter. Domstolens resultat viser at selv hindringer på parallellhandel under artikkel 102 ikke kan vurderes uten å hensynta den regulatoriske og økonomiske konteksten der det påståtte misbruket foregår. Det at Domstolen de facto tillater atferd som har som sitt formål å begrense parallellhandel viser at allikevel at integrasjonsimperativet ikke er enerådende over andre mål ved EUs konkurransepolitikk, men at hensynet til forbrukervelferden ser ut til å ha høyere prioritet også i de tilfeller dette kan ha negative innvirkninger på markedsintegrasjonen.²⁴⁹

Det er dermed klart ut i fra resultatet i *Sot. Lélos kai* at prisreguleringene på legemiddelsektoren medfører at forretningsnektelser som normalt ikke ville kunne regnes som objektivt berettigede allikevel kan anses som et legitimt forvar av egne

²⁴⁸ *Sot. Lélos kai*, premiss 68.

²⁴⁹ Nguyen [et al] – *The Rule of Reason under Article 82 EC After Sot Lelos kai Sia* (Working Paper – Lund University) (2009), s16.

handelsinteresser på denne sektoren. For å sikre traktatens formål, får dermed de regulatoriske særegenhetene på den europeiske legemiddelsektoren en stor betydning for tolkningen av artikkel 102 når det gjelder hvorvidt forretningsnektelser utgjør et konkurransebegrensende misbruk.

Det praktiske resultatet av *Sot. Lélos kai*, er at dominerende foretak på legemiddelsektoren har en reell mulighet til å begrense sine forsyninger som et forsvar mot grossister som driver overdreven parallellleksport, uten at atferden faller inn under misbruksdefinisjonen i artikkel 102. Det gjenstår imidlertid fremdeles å se hvor grensen går for proposjonalitetsvurderingen, altså hva som utgjør ”normale bestillinger” i så måte.

Den kan allikevel være at det vil forelegge en grense for hvor langt dominerende legemiddelprodusenter faktisk kan gå i å planlegge og tilpasse hvordan de etterkommer grossistenes bestillinger. Dersom de forsøker å justere seg inn på hva de mener er ”unormale” bestillinger i den grad at de til slutt i realiteten omtrent stoppe all parallellhandel fra lavkostland, vil kunne rammes av artikkel 102. I Frankrike²⁵⁰ hadde det franske konkurranserådet i løpet av utgangen av 2007 og i forkant av *Sot. Lélos kai* lagt opp til et liknende resultat under fransk konkurranserett. Dominerende selskaper kunne innføre kvoter overfor franske grossister, basert på blant annet tidligere bestillinger og nasjonale markedsandeler. Det franske konkurranserådet godtok denne praksisen, så lenge dette ikke resulterte i at den frøs markedsandelene til grossistene og dermed eliminerte konkurransen på grossistnivået av markedet, at den ikke hindret for nyetableringer i markedet og at den var tilstrekkelig transparent, slik at grossistene kunne organisere og utvikle sine aktiviteter. Avhengig av hvor omfattende en liknende praksis vil kunne bli i kjølvannet av *Sot. Lélos kai* kan det hende den igjen vil kunne falle inn under artikkel 102 dersom kvotene til slutt fastsetter markedsandeler og/eller hindrer nyetableringer slik at atferden til slutt struper mer eller mindre all konkurranse på nedstrømsmarkedet. Det kan også spekuleres i om slik atferd i ytterste konsekvens vil kunne bli rammet av forbudet mot samordnet opptreden i artikkel 101 (1), dersom produsentene og grossistene i tilstrekkelig tilpasser seg hverandres rutiner hva gjelder bestillinger. I så fall må opptreden kunne godtgjøres under artikkel 101 (3) for å gå klar av konkurransereglene.

²⁵⁰ Herrenchmidt – *The French Competition Council and Parallel trade in the Pharmaceutical Industry: A Step Ahead of EU Case Law?*, *World Competition* 31(2): 235-257, 2008

5 SAK T-168/01 – GLAXOSMITHKLINE SERVICES UNLIMITED V COMMISSION (GlaxoSmithKline (Retten)) OG FORENTE SAKER C-501, 513,515 OG 519/06 P – GLAXOSMITHKLINE SERVICES UNLIMITED V COMMISSION AND OTHERS, (GlaxoSmithKline (Domstolen))

5.1 Innledende bemerkninger

I de sakene som allerede har vært oppe for Kommisjonen og Retten hva gjelder avtaler som begrenser parallellhandel på legemiddelsektoren har det ikke vært vist vilje til å hensynta de særegne økonomiske og regulatoriske omstendighetene på sektoren. I *Sandoz* mente Kommisjonen at fakturaer påtrykt ”export prohibited” utgjorde en avtale med konkurransebegrensende formål, og Retten delte dette synet. Avtalen oppfylte etter Kommisjonens mening heller ikke vilkårene for fritak under artikkel 101 (3).²⁵¹ Særegenhetene på legemiddelsektoren ble ikke diskutert av verken Kommisjonen eller Retten. I *Bayer AG* mente Kommisjonen at forretningsnektelsene utgjorde en avtale med konkurransebegrensede formål, men Retten mente det ikke forelå noen overtredelse av artikkel 101 (1) fordi det ikke kunne konstateres at det i det hele tatt forelå en avtale mellom partene. Denne vurderingen var imidlertid et resultat av Rettens vurdering av selve avtalegrunnlaget, og Retten nevnte ingen sektorspesifikke argumenter i denne vurderingen. Imidlertid viste noen kommentarer fra Retten at den ikke så ut til å akseptere Kommisjonens argument om at parallellhandel på legemiddelsektoren kunne føre til ytterligere prisharmonisering medlemsstatene i mellom, noe Retten anså for å være blottet for grunnlag.²⁵²

²⁵¹ Beslutning 87/409/EEC – *Sandoz*, punkt B: ”*In any event, if such an agreement, even [the agreement] it had been notified, would be unlikely to obtain an exemption because it is clearly opposed to Community competition rules since it imposes a serious restriction which is not indispensable to a proper sales system and is likely to be detrimental to consumers.*”.

²⁵² *Bayer AG*, premiss 180.

Situasjonen før Kommisjonens beslutning i *Glaxo Wellcome* var altså slik at det ved håndhevingen av artikkel 101 på avtaler som begrenset parallellhandel, ikke ble tatt særlig hensyn til de økonomiske og regulatoriske særegenhetene på den europeiske legemiddelsektoren. I punkt 5 ønsker jeg å undersøke om vurderingene som må gjøres i forhold til hva som utgjør en avtale med konkurransebegrensende formål etter artikkel 101 (1), og muligheten for at en slik avtale allikevel kan fritas under 101 (3) er preget av den økonomiske og regulatoriske konteksten på legemiddelsektoren, herunder om denne konteksten har innvirkning på Domstolens vurdering av hvilke hensyn som bør søkes ivare tatt og den innbyrdes avveiningen av disse under artikkel 101.

5.2 Bakgrunnen for saken – GSKs innføring av salgsbetingelser med ulike priser for det spanske markedet og eksportmarkedet

Glaxo Wellcome SA var det spanske datterselskapet til Glaxo Wellcome plc. (senere GlaxoSmithKline (heretter GSK)), og drev legemiddelprodusentens aktiviteter på det spanske markedet. Som en respons på stadig økende parallelleksport fra det spanske markedet, særlig til Storbritannia, innførte GSK i mars 1998 nye salgsbetingelser overfor legemiddelgrossister som opererte på det spanske markedet. De nye salgsbetingelsene foreskrev i punkt 4 ulike priser, avhengig av om produktene skulle videregjøres på det spanske markedet og dekkes av spanske helseforsikringsordninger eller ikke. Dersom begge de førstnevnte vilkårene var tilstede fikk distributørene kjøpe produkter til 4A-prisen, som var prisen etablert av de spanske helsemyndighetene for slike tilfeller. Dersom produktene ikke skulle selges i Spania og dekkes av spansk helseforsikring måtte distributørene betale 4B-prisen, som ble satt av GSK under såkalte objektive og ikke-diskriminerende økonomiske kriterier, uavhengig av distributørens valgte bestemmelsessted. Salgsbetingelsene var gjeldende i et halvt år, før spanske konkurransemyndigheter grep inn med et interimvedtak og beordret salgsbetingelsene satt ute av funksjon i en periode på seks måneder. GSK unnlot imidlertid å håndheve salgsbetingelsene også etter denne perioden, i påvente av Kommisjonens avgjørelse i saken.

GSK mente salgsbestemmelsene verken hadde som formål eller virkning å begrense konkurransen. GSK argumenterte med at salgsbetingelsene ikke innebar hverken et eksportforbud eller et to-prisingssystem siden de ikke stenge for parallellhandel med 4B-prisen og man ikke kunne snakke om to-prising når ikke produsenten selv hadde bestemt begge prisene. Videre, på grunn av den juridiske og økonomiske konteksten, gjorde salgsbetingelsene ikke noe mer enn å korrigere den vridningen i konkurransen som allerede var tilstede grunnet spanske myndigheters inngripen i prissetting. GSK framholdt at salgsbetingelsenes punkt 4 økte forbrukervelferden, fordi parallellhandel kunne skade spanske forbrukere, som ville lide dersom GSK på grunn av de økonomiske konsekvensene så seg nødt til å begrense introduksjon av nye produkter på det spanske markedet. Britiske forbrukere på den annen side, ville ikke tape noe på implementeringen av salgsbetingelsene. I tilfelle salgsbetingelsene ble rammet av artikkel 101 (1), anførte GSK at alle fire vilkårene i artikkel 101 (3) var oppfylt. Parallellhandel hadde negativ innvirkning på FoU og distribusjonsplanlegging, og salgsbetingelsene motviket dette. Samtidig ville forbrukerne dra fordel av økt innovasjonsinnsats og bedre distribusjonsplanlegging. GSK mente salgsbetingelsene var den eneste måten GSK kunne motvirke konkurransevridningen innført av spanske myndigheter, og salgsbetingelsene utelukket ikke konkurranse for en vesentlig del av produktene så lenge konkurransen fra parallelldistributørene i realiteten ikke kom britiske forbrukere til gode. I tillegg mente GSK at det fremdeles ville eksistere intramerkekonkurranse på markedet i de landene som mottok parallelldistribuerte legemidler fra Spania, siden GSK ikke hadde eksklusive distributører i disse landene.

Kommisjonens beslutning i *Glaxo Wellcome* forelå 8. mai 2001. Kommisjonen på sin side mente at salgsbetingelsene var ensbetydende med et eksportforbud eller et topisingssystem. Den mente at kontraktsbetingelser som gjorde parallellhandel økonomisk uinteressant var minst like effektive som et uttalt eksportforbud, fordi det ikke medførte noen kostnader til overvåking av overholdelse av avtalen. I henhold til tidligere rettspraksis, der tiltak som vanskeliggjør parallellhandel har blitt definert å ha et konkurransebegrensende formål, mente Kommisjonen at GSKs salgsbetingelser hadde et

konkurransereguleringer som hadde som formål å begrense konkurransen. Kommisjonen gjorde for oversiktens skyld også en kort gjennomgang av det den mente var salgsbetingelsenes konkurransebegrensende virkning, og la til grunn at salgsbetingelsene gjorde mer enn å bare kompensere for konkurransevridninger skapt av spanske myndigheter. Det ble understreket at konkurransereglene også har som mål å motvirke markedsdeling, og at argumenter om ulikhet mellom nasjonale reguleringer ikke har blitt akseptert som argument på andre sektorer (som for eksempel bilsektoren). Samtidig mente Kommisjonen at ulikheten mellom nasjonale prisreguleringer ikke måtte overdrives, samt at produsentene faktisk har en viss forhandlingsmakt overfor nasjonale myndigheter hva gjelder prissetting. Til slutt vurderte kommisjonen hvorvidt salgsbetingelsenes punkt 4 kunne aksepteres under artikkel 101 (3), og kom til at dette ikke var tilfelle. Kommisjonen mente det ikke kunne påvises noen årsakssammenheng mellom parallellhandel og investeringer i FoU, og i alle tilfelle at en eventuell innvirkning på FoU var minimal. Heller ikke hadde parallellhandel noen negativ innvirkning på distribusjonsplanlegging. Kommisjonen mente også at forbrukere, enten direkte eller indirekte gjennom besparelser hos nasjonale helsemyndigheter ville oppnå en økonomisk fordel av selve parallellhandelen, og at siden det uansett ikke var noen sammenheng mellom denne og FoU så ville ikke forbrukerne dra fordel av at salgsbetingelsene ble implementert. Som følge av at Kommisjonen ikke anså verken det første eller det andre av de fire kumulative vilkårene under artikkel 101 (3) å være oppfylt, var det ikke grunnlag for å undersøke GSKs argumenter videre var gjaldt denne bestemmelsen.

GSK klaget etter dette saken inn for Retten, som mente salgsbetingelsene bare hadde som virkning, og ikke som formål å begrense konkurransen. Retten opphevet også den delen av Kommisjonens beslutning som nektet å innvilge GSK individuelt fritak for salgsbetingelsene under artikkel 101 (3)²⁵³, fordi den mente Kommisjonen ikke i tilstrekkelig grad hadde vurdert GSKs argumenter om at salgsbetingelsene kunne fremme teknisk utvikling, det første nødvendige kriteriet for fritak. Saken ble anket til Domstolen,

²⁵³ Saken kom opp for EF-domstolene før direkte håndhevelse av artikkel 101 (3) ble innført gjennom Forordning 1/2003, slik at formuleringen i Kommisjonens beslutning gikk på å nekte GSK individuelt fritak.

som uttalte at Retten hadde tolket artikkel 101 (1) uriktig hva gjaldt at salgsbetingelsenes punkt 4 ikke hadde et konkurransebegrensende formål, men lot avgjørelsen stå hva gjaldt overtredelsen av artikkel 101 (1) som sådan, siden den operative delen av dommen også kunne baseres på at Kommisjonen hadde funnet en konkurransebegrensende virkning, noe Retten hadde bekreftet. Domstolen avviste ankene fra Kommisjonen og de andre klagerne vedrørende fritak under 101 (3), da den ikke fant noen feil ved Rettens avgjørelse på dette punktet.

5.3 Spørsmålet om hvorvidt salgsbetingelsenes punkt 4 hadde som formål eller virkning å innskrenke konkurransen, jfr. artikkel 101 (1)

5.3.1 Innledende bemerkninger

Rettens avgjørelse så ut til å representere en ny retning hva gjelder tolkningen av om avtaler har som formål eller virkning å innskrenke konkurransen. I den videre analysen under artikkel 101 (1) har jeg derfor funnet det hensiktsmessig å først analysere Rettens tilnærming, før jeg går over til Domstolens avgjørelse, og til slutt ser på Domstolens resultat med særlig fokus på hensynet til markedsintegrasjon kontra hensynet til forbrukervelferden og effektiv allokering av ressurser.

5.3.2 Rettens resultat: Utgangspunktet - avtaler som begrenser parallellhandel har i prinsippet et konkurransebegrensende formål - gjelder ikke i lys av den juridiske og økonomiske konteksten på legemiddelsektoren, fordi man ikke kan anta at avtalen nødvendigvis fratar forbrukerne fordeler

Retten startet med å fastslå at reguleringssituasjonen på legemiddelsektoren ikke gjorde artikkel 101 (1) uanvendelig. Bare i de tilfeller der reguleringene var så omfattende at de utelukket en hver form for konkurranse, ville dette være tilfelle. På legemiddelsektoren ville det derimot være konkurranse mellom produsenter, samtidig som det kunne være konkurranse mellom distributører og fra paralleldistributører. Artikkel 101 (1) ville derfor få anvendelse. Retten presiserte at den oppfattet det slik at ”konkurranse” under

dagjeldende EF artikkel 3 (1)(g) og 81 (1) (nå TEUF artikkel 101), var å forstå som effektiv konkurranse, eller den grad av konkurranse for å sikre at traktatens mål kunne oppnås. Slik kunne intensiteten i konkurransen variere med hvilket produkt det var snakk om og markedsstrukturen, samt at priskonkurranse ikke var den eneste formen for effektiv konkurranse, eller alltid måtte gis absolutt prioritet, jfr. *Metro I*.²⁵⁴ Etter å ha slått fast at enhver mulig konkurransebegrensning måtte vurderes under hensyn til det faktiske rammeverket rundt den, altså den juridiske og økonomiske konteksten der den får virkning, uttalte Retten at praksis fra Domstolen stadfestet at avtaler som søkte å hindre parallellhandel, eller behandle slik handel ufordelaktig, i utgangspunktet havnet under definisjonen konkurransebegrensende formål. Imidlertid mente Retten at tatt i betraktning den juridiske og økonomiske konteksten på legemiddelsektoren, kunne ikke Kommisjonen anta at salgsbetingelsenes punkt 4 hadde som formål å innskrenke konkurransen utelukkende på det grunnlag at de oppstilte differensierte priser for å begrense parallellhandel. Retten la til grunn at artikkel 101 (1)'s formål er å forhindre at foretak, gjennom å innskrenke konkurransen, reduserer forbrukervelferden i forhold til produktene saken gjelder. Anvendelsen av artikkel 101 (1) kunne da ikke bare avhenge av at avtalen søkte å begrense parallellhandel eller å oppdele markedet, men måtte analyseres ut ifra om den begrenset konkurransen til skade for forbrukerne. Retten gjentok Domstolens tidligere uttalelse²⁵⁵ om at parallellhandel nøytt en viss beskyttelse under konkurransereglene, ikke som sådan, men for så vidt som den 1) fremmer utvikling av handel og 2) stimulerer konkurransen. Retten la så til:

*“(…) in this second respect, in so far as it gives final consumers the advantages of effective competition in terms of supply or price. Consequently, while it is accepted that an agreement intended to limit parallel trade must in principle be considered to have as its object the restriction of competition, that applies in so far as the agreement may be presumed to deprive final consumers of those advantages.”*²⁵⁶

²⁵⁴ *Metro I* – premiss 20-21.

²⁵⁵ Sak C-373-90 – X, premiss 12.

²⁵⁶ *GlaxoSmithKline* (Retten), premiss 121.

Retten mente at i lys av den regulatoriske og økonomiske konteksten på legemiddelsektoren kunne det ikke antas at forbrukerne ble fratatt fordeler ved implementeringen av salgsbestemmelsenes punkt 4. Retten gikk deretter i gjennom denne regulatoriske og økonomiske konteksten på en grundig måte. Det ble først poengtert at paralleldistributører kan komme til å beholde hele mellomlegget selv, uten å videreføre noe av fordelene til forbrukerne. Under de forholdene som rådet på legemiddelsektoren, kunne det ikke antas at paralleldistribusjon hadde en innvirkning på prisene som ble avkrevd forbrukere, på samme måte som dersom prisene hadde vært gjenstand for den normale tilbud/etterspørsel-mekanismen. Retten mente i lys av dette at Kommisjonen ikke kunne dra paralleller til tidligere avgjørelser som omhandlet avtaler den mente liknet salgsbetingelsenes punkt 4, fordi

”Such an approach ultimately ignores the elements of legal and economic context described above, which are not present in the decisions adopted pursuant to Article [101] (1) EC to which the Commission referred.”²⁵⁷

En analyse av salgsbetingelsenes punkt 4 i denne konteksten tillot ikke en formodning om at denne avtalebestemmelsen var tilbøyelig til å redusere forbrukervelferden. Avtalen kunne derfor ikke regnes for å ha som formål å innskrenke konkurransen; det måtte i stedet vurderes om den hadde en slik virkning. Dette mente imidlertid Retten etter en nærmere vurdering at Kommisjonen hadde gjort i tilstrekkelig grad, fordi Kommisjonen hadde funnet at salgsbetingelsene kunne forsterke den allerede eksisterende prisstivheten på markedet, noe som kunne føre til at sluttforbrukere eller helseforsikringsordninger gikk glipp av fordeler, og dette ville være i strid med artikkel 101 (1). Retten la dermed til grunn Kommisjonen var berettiget til å finne at salgsbetingelsenes punkt 4 hadde en konkurransebegrensende virkning, og at artikkel 101 (1) således var overtrådt.

²⁵⁷ Ibid, premiss 138.

Rettens avgjørelse fikk blandet mottagelse og til dels sterk kritikk da den kom ut. Whish kommenterte at avgjørelsen ”grumset til”²⁵⁸ den til da konsekvente tilnærmingen fra EU-domstolene om at avtaler som representerte en form for eksportforbud ble funnet å ha konkurransebegrensende formål, men konstaterte at avgjørelsen uten tvil var preget av den spesielle økonomiske situasjonen på legemiddelsektoren.²⁵⁹ Goyder mente avgjørelsen satt ”ubekvemt” sammen med tidligere avgjørelser som klart definerte begrensninger på parallellhandel i formålskategorien.²⁶⁰ Junod kritiserte avgjørelsen²⁶¹, som etter hennes syn måtte leses som at Retten oppstilte en regel der i tilfelle avtalen tilsynelatende ikke hadde en konkurransebegrensende virkning overfor forbrukere (men bare et konkurransebegrensende formål), så kunne avtalen bare være i strid med artikkel 101 (1) dersom konkurransemyndighetene allikevel demonstrerte en konkurransebegrensende virkning. Etter hennes mening hadde avtalen åpenbart et konkurransebegrensende kontraktuelt formål gjennom å gjøre parallellhandel økonomisk uinteressant. Hun framholdt at ingenting i tidligere rettspraksis la opp til at dette var utilstrekkelig for å konstatere at avtalen var i strid med artikkel 101 (1), på det grunnlag at omstendighetene for øvrig ikke lot formode en konkurransebegrensende virkning. Etter hennes syn ville Rettens tolkning medføre et brudd med tidligere domspraksis, og den burde unngått et slik anstrengt resonnement og heller bare konstatert at avtaler ikke ble rammet av bestemmelsen med mindre de hadde en konkurransebegrensende virkning. Kolstad²⁶² mente Rettens avgjørelse i realiteten ikke innebar noe mer enn at avtalen måtte vurderes i lys av sin økonomiske og juridiske kontekst også når det skal fastslås hvorvidt avtalen har et konkurransebegrensende formål, og at Retten dermed understreket realiteten i Domstolens uttalelser om at alle avtaler måtte vurderes i lys av den konteksten de fikk

²⁵⁸ Whish (2008), s. 120, Whish bruker ordet “muddied”.

²⁵⁹ Ibid, s. 122.

²⁶⁰ Goyder og Albors-Llorens – *Goyder’s EC Competition Law (2009)*, s. 120

²⁶¹ Junod – *An end to Parallel Imports of Medicines? Comments on the Judgment of the Court of First Instance in GlaxoWellcome*, *World Competition* 30 (2) (2007), s. 291-306.

²⁶² Kolstad – *Object contra effect in Swedish and European competition law*.

anvendelse. På denne måten medførte ikke avgjørelsen noen drastisk endring av den tidligere rettssituasjonen.

Jeg kan se hva Kolstad mener i sin vurdering om at avgjørelsen kan anses som at den rett og slett bare innebar en reell og individuell vurdering av avtalen i sin juridiske og økonomiske kontekst, også i de tilfeller avtalen begrenset parallellhandel. Sett på denne måten kan Retten tolkes dit hen at det den mener å forklare, om enn noe innviklet, er at i lys av omstendighetene på legemiddelsektoren så kan ikke en avtale som tar sikte på å begrense parallellhandel *presumeres* å redusere forbrukervelferden. Slik sett ville avgjørelsen bare bety at på akkurat denne sektoren kan man ikke anta at det normale utgangspunktet med at forsøk på å hindre parallellhandel har et så høyt potensiale til å medføre negative konkurransemessige virkninger at det ikke er nødvendig å fastslå faktiske virkninger.²⁶³ Imidlertid lå det allikevel noe mer interessant bak Rettens resonnement i *GlaxoSmithKline*, nemlig at den presumerte negative innvirkningen på konkurransen måtte defineres utelukkende ut ifra hensynet til forbrukervelferden. Det kan være relativt uproblematisk isolert sett å hevde at innenfor den juridiske og økonomiske konteksten på legemiddelsektoren kan ikke forsøk på å begrense parallellhandel *presumeres* å ha en negativ innvirkning på forbrukervelferden. I forkant av den vurderingen ser Retten imidlertid ut til å ha lagt til grunn at hensynet til forbrukervelferden er det eneste relevante hensynet under artikkel 101 (1):

“In effect, the objective assigned to Article [101] (1) EC, which constitutes a fundamental provision indispensable for the achievement of the missions entrusted to the Community, in particular for the functioning of the internal market (...), is to prevent undertakings, by restricting competition between themselves or with third

²⁶³ *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, premiss 21 om konkurransebegrensende formål.

parties, from reducing the welfare of the final consumer of the products in question.”²⁶⁴

Dette utsagnet er heller ikke knyttet opp til legemiddelsektorens særegenheter, men fremstår som en generell tolkningsuttalelse om formålet med artikkel 101 (1). I neste premiss gikk Retten så videre, og uttalte at det ikke er tilstrekkelig at avtalen har en intensjon om å begrense parallellhandel eller oppdeler fellesmarkedet for å rammes av artikkel 101 (1), men at det også må påvises en innskrenkning i konkurransen som er til skade for forbrukerne. Ingen av de tre sakene Retten trakk fram til støtte for dette synet legger imidlertid opp til en slik tolkning av artikkel 101 (1). I *Österreichische Postsparkasse* uttalte Retten av det endelige målet med konkurransereglene var å øke forbrukervelferden og det henvises spesielt til artikkel 101 (3) der det kreves at forbrukere får en rimelig andel av fordelene som oppnås.²⁶⁵ Referansen til *Consten & Grundig* ser ut til å være feil oppgitt, men i denne saken uttalte Domstolen blant annet at et av formålene med artikkel 101 (1) er å avskaffe handelsbarrierer mellom medlemsstatene.²⁶⁶ I *Tepea* ble det lagt til grunn at avtalen førte til at forbrukere ble berøvet fordeler fra parallellhandel, og at avtalen derfor var i strid med artikkel 101 (1).²⁶⁷ Det å si at negative følger for forbrukere er tilstrekkelig for å konstatere en overtredelse av artikkel 101 (1), er imidlertid ikke det samme som å si at negative følger for forbrukere er nødvendig for å konstatere en overtredelse av artikkel 101 (1). Når Retten i *GlaxoSmithKline* definerer det som et vilkår at man må kunne presumere en skade på forbrukervelferden for at en avtale i det hele tatt skal falle inn under artikkel 101 (1) representerer dette en ny måte å tolke bestemmelsen på i forhold til tidligere domspraksis, der Domstolen i for eksempel *Consten & Grundig*

²⁶⁴ *GlaxoSmithKline* (Retten), premiss 118. Retten viste til forente saker T-213-214/01 – *Österreichische Postsparkasse* i premiss 115, *Consten & Grundig* på side 493 og *Tepea v Commission* i premiss 56 for å hente støtte til en slik tolkning av artikkel 101 (1).

²⁶⁵ *Österreichische Postsparkasse*, premiss 115.

²⁶⁶ *Consten & Grundig*, s. 340.

²⁶⁷ *Tepea v Commission*, premiss 56.

uttrykkelig definerte avskaffelsen av handelsbarrierer mellom medlemsstatene – altså markedsintegrasjon – som en målsetning artikkel 101 (1).

Siden deling av markeder antas å ha negative konsekvenser for forbrukere, vil ivaretagelse av hensynet til markedsintegrasjon vanligvis anses å samtidig ivareta hensynet til forbrukervelferden. Først i tilfeller der disse hensynene kan komme til å trekke i hver sin retning – noe som kan være tilfelle for eksempel på legemiddelsektoren – vil en slik tolkning av artikkel 101 (1) som det Retten la opp til i *GlaxoSmithKline* komme på spissen. Selv om Rettens argumentasjon var tett knyttet opp til særegenhetene på legemiddelsektoren når de mente en slik avtale i dette tilfellet ikke kunne antas å ha et konkurransebegrensende formål, måtte Retten samtidig foreta en ny tolkningsavri angående hvilke hensyn som var relevante for å finne en avtale i strid med artikkel 101 (1) generelt. Samme hvor sektorspesifikk Rettens avgjørelse var, så ville den etter min mening medført, som Junod hevder, en noe merkelig situasjon der et konkurransebegrensende formål bare kunne finnes dersom man allikevel måtte anta en konkurransebegrensende virkning. Dessuten ville en konkurransebegrensende virkning i så måte i følge Retten måtte innebære en skadelig virkning *for forbrukerne*.

Rettens resultat brøt altså med tidligere domspraksis, og la opp til en noe anstrengt argumentasjon for å sortere avtalen inn under virkningsdefinisjonen i artikkel 101 (1), i stedet for under formålsdefinisjonen som slike typer avtaler etter tidligere praksis har falt inn under. Det kan spekuleres i om Retten stilte seg sympatisk til GSKs argumenter, og ønsket å sortere avtalen inn under virkningsdefinisjonen for å legge til rette for et mulig fritak under artikkel 101 (3). Dette ville imidlertid strengt tatt vært unødvendig, da det formelt sett ikke er noe som hindrer en avtale med konkurransebegrensende formål å fritas under artikkel 101 (3), så lenge det godtgjøres at den oppfyller de kumulative vilkårene i sistnevnte bestemmelse.²⁶⁸ Antakelig var avgjørelsen et resultat av at Retten ønsket å tolke avtalen i sin reelle kontekst også hva gjelder å avgjøre om en avtale har et

²⁶⁸ *Matra SA Hachette v Commission*, premiss 85 og *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, avsnitt 20. Se også punkt 3.2.3.3 ovenfor.

konkurransbegrensende formål eller en slik virkning, men Rettens argumentasjon kunne med fordel ha vært klarere i så måte, ved å si rett ut at den ville opprette et særskilt regime for legemiddelsektoren. Særlig forankringen Retten gjorde til tidligere domspraksis i sitt forbrukervelferdsargument fremstår som svakt begrunnet, og må etter det jeg kan se leses som en generell og ikke sektorspesifikk tolkningsuttalelse.

Dersom resultatet fra Retten hadde fått stå, ville det vært et klart signal om at markedsintegrasjonshensynet er underordnet hensynet til forbrukervelferden, slik at det ikke er tilstrekkelig å konstatere en oppdeling av markeder for at artikkel 101 (1) skal komme til anvendelse, men at skade på forbrukervelferden er en nødvendig forutsetning for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

5.3.3 Domstolen: Utgangspunktet gjelder også på legemiddelsektoren

Både Generaladvokaten og Domstolen konkluderte med at Retten hadde begått en lovtolkningsfeil da den fant at et konkurransbegrensende formål forutsatte negative følger for forbrukere. Imidlertid konkluderte Domstolen samtidig med at den operative delen av Rettens resultat – at salgsbetingelsene var i strid med artikkel 101 (1) som sådan – allikevel var basert på en gyldig lovanvendelse og resultatet trengte derfor ikke settes til side.

Domstolens avgjørelse i *GlaxoSmithKline* falt 6. oktober 2009, og var kortfattet og konsis hva gjaldt vurderingen av Rettens resultat under artikkel 101 (1). Innledningsvis bekreftet Domstolen utgangspunktet etter tidligere domspraksis; at ”formål” og virkning” var alternative vilkår, og at virkningen av avtalen ikke behøvde nærmere overveielse når formålet var slått fast. Domstolen la videre til grunn at den tidligere hadde funnet at avtaler som begrenser parallellhandel faller inn under formålsdefinisjonen, jfr. *Miller International*²⁶⁹ og *BMW Belgium*,²⁷⁰ og at dette prinsippet også gjaldt på

²⁶⁹ *Miller International*, premiss 7 og 18.

²⁷⁰ Forente saker 32/78, 36/78 og 82/78 – *BMW Belgium and Others v Commission*, premiss 20-28 og 31.

legemiddelsektoren slik Generaladvokaten fant i sitt forslag til avgjørelse.²⁷¹ Domstolen viste i denne forbindelse også til plenumsdommen i *Sot. Lélos kai*²⁷² avsagt et år i forveien, og uttalte:

*“an agreement between producer and distributor which might tend to restore the national divisions in trade between Member States might be such as to frustrate the Treaty’s objective of achieving the integration of national markets through the establishment of a single market. Thus on a number of occasions the Court has held agreements aimed at partitioning national markets according to national borders or making the interpenetration of national markets more difficult, in particular those aimed at preventing or restricting parallel exports, to be agreements whose object is to restrict competition within the meaning of that article of the Treaty.”*²⁷³

Domstolen uttalte videre at Rettens tolkning, som gikk ut på at en avtale bare kunne anses å ha et konkurransebegrensende formål dersom man kunne anta at den berøvet forbrukere for fordeler, ikke hadde støtte i verken ordlyden til artikkel 101 (1) eller domspraksis. Den bemerket også at i likhet med de øvrige konkurransereglene i traktaten beskyttet artikkel 101 ikke bare konkurrentenes eller forbrukernes interesser, men også markedsstrukturen og dermed konkurransen som sådan, og viste analogisk til *T-Mobile Netherlands*.²⁷⁴ På grunnlag av dette hadde Retten lagt til grunn en uriktig rettsanvendelse da den stilte opp

²⁷¹ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak i *GlaxoSmithKline* (30. juni 2009), premiss 155.

Generaladvokaten støttet seg på avgjørelsen fra Domstolen i *Sot. Lélos kai*, premiss 65 og 66, der Domstolen brukte eksemplet om at avtaler som begrenset parallellhandel hadde blitt funnet å ha konkurransebegrensende formål ut ifra et markedsintegrasjonssynspunkt, og at dette prinsippet overført til artikkel 102 gjorde at man ikke kom unna utgangspunktet om at ensidig atferd som oppdelte nasjonale markedet, og nøytraliserte konkurransefordelene fra parallellhandel i form av priser, var i strid med artikkel 102.

²⁷² *Sot. Lélos kai*, premiss 65-66.

²⁷³ *GlaxoSmithKline* (Domstolen), premiss 61.

²⁷⁴ *T-Mobile Netherlands*, premiss 38 og 39. Domstolen uttalte i en forhåndsuttalelse at det ikke behøvde å være en sammenheng mellom avtalen og forbrukerpriser for at en avtale skal ha et konkurransebegrensende formål.

som vilkår at ufordelaktige følger for forbrukerne var en forutsetning for å finne et konkurransebegrensende formål

Domstolens avgjørelse var på dette området å forvente i lys av den nyere avgjørelsen i *T-Mobile Netherlands* fra 4. juni 2009, der Domstolen fastslo at for å finne et konkurransebegrensende formål er det:

“sufficient that it [den samordnede opptreden] has the potential to have a negative impact on competition. In other words, the concerted practice must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market”,²⁷⁵

og at det ikke behøvde å være en sammenheng mellom den samordnede opptreden og forbrukerpriser for at en avtale skal ha et konkurransebegrensende formål. Generaladvokat Trstenjak forklarte det slik i sitt forslag til avgjørelse i *GlaxoSmithKline* at selv om dagjeldende EF artikkel 3 (1) (g) skulle garantere best mulig tilbud til forbrukerne betydde ikke dette at eventuelle skadevirkninger for forbrukerne skulle få betydning for formålsvurderingen. Tvert imot beskytter artikkel 101 (1) konkurransen på alle nivåer av markedet, også den intramerkekonkurransen som måtte eksistere fra parallellimportørene, fordi:

*“(..) because not only the restriction of competition in a market in which the final consumer acts as the customer, but also the restriction of competition at an upstream market level, is in principle capable of adversely affecting the final consumer.”*²⁷⁶

²⁷⁵ Ibid, premiss 31.

²⁷⁶ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak i *GlaxoSmithKline*, premiss 112.

I dette henseende pekte også Generaladvokaten på et viktig poeng, nemlig at i de tilfellene som her, der konkurransehindringen skjer på oppstrømsmarkedet sett fra forbrukernes synspunkt, vil det jo flere nivåer man beveget seg oppover fra sluttforbrukeren bli desto vanskeligere å vurdere hvilken skadevirkning konkurransehindringen hadde for forbrukerne. Jo flere nivåer man beveget seg oppover, jo mindre mulig ville et slikt prinsipp være mulig å understøtte uten å samtidig gjøre en fullstendig markedsanalyse. I ytterste konsekvens ville Rettens rettsanvendelse bety at:

”in the case of agreements which take place at a market level at a certain distance from the market level at which the final consumer asks for the end product, restrictions of competition by object would then hardly be possible, but only restrictions by effect”²⁷⁷

En slik tilnærming mente Generaladvokaten var uheldig, fordi den ville frata formålsalternativet under artikkel 101 (1) mye av sin praktiske betydning, en vurdering det er lett å si seg enig i.

Det interessante er at Domstolen på dette punktet, i motsetning til Retten, ikke går videre inn på de økonomiske og regulatoriske særegenhetene på legemiddelsektoren i det hele tatt. Denne tilnærmingen må sies å bekrefte antagelsen basert på tidligere praksis om at det er lite faktisk rom for å ta den juridiske og økonomiske konteksten med i betraktning også når det gjelder hvilke avtaler som har konkurransebegrensende formål, i alle fall hva gjelder avtaler som beviselig begrenser eller ønsker å begrense parallellhandel. Muligens vil konteksten i forhold til virkningen for forbrukerne i så fall kunne få betydning, som Generaladvokaten ser ut til å mene,²⁷⁸ bare i forhold til om det i det hele tatt eksisterer en

²⁷⁷ Ibid, premiss 116.

²⁷⁸ Ibid, premiss 107, med henvisning til sak 258/78 – *Nungesser and Eisele v Commission* premiss 57 og 58. Saken gjaldt hvorvidt en eksklusiv lisensavtale var i strid med artikkel 101 (1), og Domstolen understreket risikoen for at foretaket uten en slik eksklusiv lisensavtale ville bli avskrekket fra å tilby produktet i det hele tatt, med mindre det ble garantert at ikke rettighetshaveren ville utstede andre lisensavtaler i samme område

faktisk konkurransebegrensning. Dette er imidlertid bare en annen måte å si at artikkel 101 (1) bare får anvendelse så lenge det eksisterer en restkonkurranse på markedet overhodet, men ikke når det ikke er noen konkurranse igjen å beskytte. Generaladvokaten uttalte også, som referert ovenfor, at så lenge det eksisterer konkurranse overhodet på oppstrømsmarkedet, så er det en mulighet for at eventuelle fordeler fra slik konkurranse kan tilfalle sluttforbrukere. Etter en slik logikk må det bety at dersom man utelukker muligheten for en konkurransebegrensning på sluttforbrukernivå, så utelukker man samtidig en reell mulighet for konkurranse på oppstrømsmarkedet. I så fall er det den juridiske og økonomiske konteksten som sådan som utelukker konkurranse, og dette kan dermed bevises ved å fastslå at det skjer på sluttforbrukernivået.

Det Domstolens vurdering dermed gjorde, var å avvise at legemiddelsektoren, til tross for sine særegenheter, står i noen særstilling hva gjelder anvendelsen av artikkel 101 (1); Domstolen ønsker ikke å gjøre unntak fra de allerede etablerte tolkningsprinsippene om hva som utgjør et konkurransebegrensende formål kontra virkning under artikkel 101 (1), og bekrefter at artikkel 101 som sådan ikke kun beskytter forbrukerne, men også konkurransen og markedsstrukturen.

5.3.4 Særlig om betydningen markedsintegrasjonshensynet kontra forbrukervelferd under artikkel 101 (1) i Retten og Domstolens avgjørelser

Det Retten tydeligvis ønsket, var å gjøre skade på forbrukervelferden til det egentlige vurderingstemaet under artikkel 101 (1), og derifra vurdere den økonomiske og juridiske konteksten på legemiddelsektoren dit hen til at man ikke kunne anta en slik skade og definere salgsbetingelsene til å ha et konkurransebegrensende formål, men måtte gjøre en større analyse for å finne ut om salgsbetingelsene hadde en konkurransebegrensende

eller konkurrere selv i samme området. I motsatt fall ville det bety en risiko for at ny teknologi ikke ble utviklet, og dette ville kunne ha negativ innflytelse på konkurransen mellom nye og liknende eksisterende produkter. Imidlertid var resonnementet i denne saken tuftet på at den åpne eksklusive lisensen det var snakk om *ikke* vedrørte forholdet til tredjemenn som parallellimportører.

virkning. Dersom Rettens lovforståelse hadde blitt bekreftet av Domstolen ville dette ha medført en endelig bekreftelse på at markedsintegrasjonshensynet forfølges under artikkel 101 (1) kun for det formål og i den utstrekning det bidrar til en økning i forbrukervelferden. Under konteksten på legemiddelsektoren ville dette kunne bety en annerledes tolkning av hva som utgjør en konkurransebegrensning under denne bestemmelsen.

Domstolen avviste Rettens rettsanvendelse som uriktig, men det er samtidig interessant at det springende punktet for Domstolen ikke nødvendigvis så ut til å være hensynet til markedsintegrasjon spesielt. Riktignok ble traktatens målsetning om å oppnå integrasjon mellom de nasjonale markedene nevnt i Domstolens premisser, men dette var snarere som et ledd i oppsummeringen av tidligere praksis som har ledet til at hindringer på parallellhandel regnes under formålsdefinisjonen i artikkel 101 (1). Domstolen ser derimot heller ut til å være opptatt av at verken ordlyden i bestemmelsen eller tidligere domspraksis åpner for å gjøre det til et vilkår for denne formålsdefinisjonen at det må antas at avtalen skader forbrukervelferden. Domstolens resultat virker i så måte like mye motivert av et hensyn til system og forutsigbarhet under artikkel 101 (1) hva gjelder hvilke typer avtaler som på grunn av sine forsøk på å begrense parallellhandel. Særegenhetene på legemiddelsektoren ser ikke ut til å ha hatt noen innvirkning på Domstolens resultat overhodet; de blir ikke nevnt av Domstolen annet enn at den fastslår at særegenhetene ikke medfører at en annen tilnærmingen gjelder legemiddelsektoren. Generaladvokat Trstenjak mente markedsintegrasjonshensynet ikke var et avgjørende hensyn i akkurat denne saken men derimot at:

”Article [101] (1) EC protects competition even when the latter leads in only limited measure to market integration”²⁷⁹

Avgjørelsen bekrefter således at artikkel 101 (1) fremdeles ivaretar hensynet til markedsintegrasjon ved at avtaler som tar sikte på å oppdele nasjonale markeder og særlig

²⁷⁹ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak i *GlaxoSmithKline*, premiss 161.

de som vil hindre parallellhandel rutinemessig regnes for å ha et konkurransebegrensende formål. Avveilingen opp imot eventuelle fordeler for forbrukere må i så fall også på legemiddelsektoren presumptivt bedømmes under artikkel 101 (3).²⁸⁰ Domstolen sa ikke noe spesifikt i så måte, men avvisningen av at formålsdefinisjonen krever en antakelse om skade på forbrukerne må legges til grunn som en avvisning av at forbrukerhensyn skal avveies mot andre hensyn allerede under artikkel 101 (1)-vurderingen.

5.4 Spørsmålet om hvorvidt salgsbetingelsenes punkt 4A og 4B kan oppnå individuelt fritak under artikkel 101 (3) EF

5.4.1 Innledende bemerkninger

Retten opphevet Kommisjonens beslutning hva gjaldt artikkel 101 (3) fordi GSKs argumenter og relevansen av disse etter Rettens mening ikke var undersøkt tilstrekkelig av Kommisjonen. Under behandlingen av 101 (3) går jeg først gjennom Rettens begrunnelse for dette, før jeg presenterer noen synspunkter om hvorvidt avtaler som medfører en absolutt områdebeskyttelse på legemiddelsektoren etter dette kan tenkes å aksepteres av Kommisjonen.

5.4.2 Resultatet i *GlaxoSmithKline* – Kommisjonen må undersøke alle relevante argumenter fra klageren hva gjelder mulige fordeler ved avtalen på en tilstrekkelig grundig måte

Kommisjonen gjorde det i sin avgjørelse klart²⁸¹ at de anså salgsbetingelsenes prissystem for å utgjøre et særlig alvorlig forsøk på å oppdele det indre markedet, og mente GSK ikke hadde forelagt tilstrekkelig dokumentasjon på at avtalen kunne få fritak under artikkel 101 (3). Kommisjonen kunne ikke se hvordan salgsbetingelsene skulle bidra til den tekniske utviklingen, fordi de mente det ikke var noen direkte årsakssammenheng mellom parallellhandel og reduksjoner i FoU-budsjettet. Tvert imot hadde innsatsen til FoU gått opp til tross for at parallellhandel med legemidler hadde foregått i flere år. Dessuten hadde

²⁸⁰ Ibid, premiss 106.

²⁸¹ *Glaxo Wellcome (Kommisjonen)*, premiss 147 flg.

GSKs eventuelle tap som følge av parallellhandel vært ubetydelig i forhold til selskapets FoU-utgifter. Kommisjonen mente heller ikke det var noe som tilsa at parallellhandel hadde en negativ virkning på distribusjonssystemet til GSK. Det første vilkåret i artikkel 101 (3) var dermed ikke oppfylt. Kommisjonen kommenterte allikevel kort bestemmelsens andre vilkår om at forbrukerne måtte sikres en rimelig andel av fordelene. GSK mente forbrukerne ville nyte direkte fordeler av salgsbetingelsene i form av større innovasjonsinnsats og bedre distribusjon. Kommisjonen framholdt imidlertid at dette bare var en gjentakelse av GSKs argumenter under det første vilkåret i artikkel 101 (3), og siden den allerede hadde tilbakevist dette, trengte den ikke undersøke videre hvorvidt dette andre vilkåret kunne oppfylles, og heller ikke de to siste vilkårene.

Retten opphevet Kommisjonens resultat om at GSKs salgsbetingelser ikke kunne fritas under artikkel 101 (3). GSKs argumenter og relevansen av disse var etter Rettens mening ikke undersøkt tilstrekkelig av Kommisjonen. Retten mente at det relevante spørsmålet under det første vilkåret artikkel 101 (3) var hvorvidt avtalen medførte en merkbar objektiv fordel som ville veie opp for skaden på konkurransen og at i denne analysen måtte det vurderes, i lys av de faktiske opplysninger og beviser tilgjengelig, hvorvidt det var mer sannsynlig at avtalen medførte slike fordeler enn at den ikke gjorde det. Retten mente at GSK for å understøtte påstanden om at parallellimport fra Spania ville medføre et effektivitetstap hadde lagt fram dokumenter som framhevet blant annet sektorens innovasjonspreg, utgiftene til FoU og følgen parallellhandel hadde for omsetning, samt at parallellimportører beholdt mesteparten av profitten og forbrukerne tjente begrenset på priskonkurransen fra disse fordi de i liten grad satte prisene under prisreguleringenes nivå. GSK hadde også lagt fram dokumenter som argumenterte for at salgsbetingelsene ville medføre en økning i effektivitet, fordi de kunne gjenvinne sine globale kostnader, sikre at kundenes preferanser ble ivaretatt ved at Spanias lavere prispreferanser ikke ble eksportert til det britiske markedet, samt at GSK som en rasjonell aktør på markedet ville bruke overskudd til FoU i en bransje der dynamisk konkurranse på innovasjon var et sterkt konkurranseparameter. På bakgrunn av både relevansen av disse faktiske argumentene og bevisene GSK hadde forelagt, kunne Kommisjonen dermed ikke nøye seg med å avfeie

dette med en henvisning til at parallellhandel med legemidler ikke medførte noe effektivitetstap, helt uten å undersøke hvorvidt salgsbetingelsene kunne lede til en effektivitetsgevinst. Retten henviste til Kommisjonens egen *Communication on the Single Market in Pharmaceuticals* fra 1998 for å belyse relevansen i GSKs argumenter. Retten mente dermed at Kommisjonen hadde

“failed to undertake a rigorous examination of the factual arguments and the evidence submitted by GSK concerning the nature of the investments in R & D, the characteristics of the financing of R & D, the impact of parallel trade on R & D and the applicable regulations, but confined itself, as indicated at recital 155 to the Decision, to observations which, to say the least, are fragmentary and, as GSK rightly claims, of limited relevance or value.

Such an omission is particularly serious where the Commission is required to determine whether the conditions for the application of Article [101] (3) EC are satisfied in a legal and economic context, such as that characteristic of the pharmaceutical sector, where competition is distorted by the presence of national regulations. That circumstance obliges the Commission to examine with particular attention the arguments and evidence submitted to it by the person relying on Article [101] (3) EC.”²⁸²

Retten mente altså at Kommisjonen ikke tilstrekkelig hadde undersøkt verken effektivitetstapet i forbindelse med parallellhandel fra Spania til Storbritannia, selve omfanget av dette tapet, eller den påståtte effektivitetsgevinsten som kunne følge av salgsbetingelsenes punkt 4. Alle disse punktene skulle Kommisjonen så konkret som mulig ha undersøkt for å avgjøre om det var sannsynlighetsovervekt for at de påståtte fordelene GSK beskrev ville resultere av salgsbetingelsene. Så lenge Kommisjonen ikke hadde foretatt denne nødvendige analysen, kunne den heller ikke foreta balanseøvelsen mellom de

²⁸² *GlaxoSmithKline Services* (Retten), premiss 275 og 276.

mulige fordelene og den skaden på konkurransen som var blitt identifisert under artikkel 101 (1). Kommisjonens konklusjon om at det var unødvendig med en slik avveining måtte derfor avvises, og beslutningen på dette punktet oppheves fordi Kommisjonen ikke i tilstrekkelig grad hadde vurdert GSKs faktiske argumenter og bevis.

Domstolen avviste alle Kommisjonens ankegrunner og mente Retten ikke hadde gjort noen feil ved tolkningen av artikkel 101 (3). Domstolen bekreftet at undersøkelsen av en avtale for å avdekke om denne oppfyller det første vilkåret i denne bestemmelsen – at den bidrar til å bedre produksjon eller distribusjon eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling – måtte foretas i lys av alle de faktiske omstendigheter og beviser framlagt i forbindelse med anmodningen av fritaket:

“Such an examination may require the nature and specific features of the sector concerned by the agreement to be taken into account if its nature and those specific features are decisive for the outcome of the analysis. Taking those matters into account, moreover, does not mean that the burden of proof is reversed, but merely ensures that the examination of the request for exemption is conducted in the light of the appropriate factual arguments and evidence provided by the party requesting the exemption.”

Domstolen understreket dermed at en slik tilnærming ikke var å sne om på bevisbyrden under artikkel 101 (3) slik Kommisjonen hevdet. Foretaket har fremdeles bevisbyrden for at avtalen oppfylte vilkårene i artikkel 101 (3), men når foretaket hadde forelagt sine argumenter og bevis måtte Kommisjonen gjennomgå disse på en tilstrekkelig måte, og kunne være forpliktet til å gi en forklaring på hvorfor den mente foretaket ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde i så måte. Domstolens avgjørelse bekrefter at man ikke nødvendigvis kan gjøre en automatisk antakelse om at avtaler som har konkurransebegrensende formål ikke samtidig kan oppfylle vilkårene i artikkel 101 (3). Derimot også avtaler som har konkurransebegrensende formål vurderes i lys av sin faktiske kontekst under artikkel 101 (3).

5.4.3 Kan avtaler som begrenser parallellhandel kvalifiseres til fritak under artikkel 101 (3), med bakgrunn i den økonomiske og regulatoriske konteksten på legemiddelsektoren?

Rettens avgjørelse i *GlaxoSmithKline* bekrefter at særegenhetene på legemiddelsektoren, herunder betydningen av disse i den enkelte sak, er omstendigheter som må tas med i betraktning når man vurderer hvilke fordeler en avtale kan medføre når det første vilkåret i artikkel 101 (3) vurderes. Etter den til dels omfattende gjennomgangen av GSKs argumenter som Retten gjør, er det tydelig at i hvert fall én av EUs domstoler er lydhør for de argumentene legemiddelprodusentene fremsetter når de hevder parallellhandel skader deres innovasjonskapasitet og at salgsbetingelsenes punkt 4 muligens kunne føre til innsparinger og fremme teknisk utvikling. Også Domstolen la opp til at Kommisjonen under behandlingen av artikkel 101 (3) måtte hensynta de spesifikke omstendighetene på sektoren dersom disse var avgjørende for resultatet av analysen.

På bakgrunn av dette kan man stille spørsmål om det finnes grunnlag for at avtaler som legger om til total områdebeskyttelse gjennom indirekte eksportforbud allikevel kan fritas under artikkel 101 (3), når man tar hensyn til den regulatoriske og økonomiske konteksten på legemiddelsektoren. For at slike avtaler skal godtas må de involverte foretakene godtgjøre at de fire kumulative vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Dette vil etter min mening by på vanskeligheter, også når man tar legemiddelsektorens særegenheter med i betraktning.

Under det første vilkåret må avtalen kunne bidra til bedring av produksjon eller distribusjon, eller fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen. Det er tvilsomt at legemiddelforetakene vil nå fram med en påstand om at begrensninger på parallellhandel bidrar til bedring av distribusjon; for eksempel la Domstolen i *Sot. Lelos kai* til grunn at dersom parallelleksport ledet til eventuell vareknapphet på visse nasjonale markeder var

dette en situasjon som det var opp til de nasjonale myndigheter å løse.²⁸³ Det avgjørende punktet ser dermed ut til å være om det kan godtgjøres at avtalen kan gi objektive fordeler i form av å fremme den tekniske utvikling, gjennom å sikre overskudd som vil kunne investeres i FoU og bidra til økt dynamisk effektivitet. Økonomisk teori tilsier at dette vil være tilfellet på en innovasjonstung sektor slik som legemiddelsektoren,²⁸⁴ men samtidig vil vurderingen måtte baseres på en sammensatt økonomisk analyse i det konkrete tilfellet og det er vanskelig å foreta en gjetning på hvordan utfallet skulle bli generelt for legemiddelsektoren. Dersom det godtgjøres at det finnes en slik fordel, vil denne måtte kunne oppheve de negative følgene av avtalen. Hva gjelder denne balanseringsøvelsen, ser det i alle fall ut til at Kommisjonen i utgangspunktet stiller seg negativ. I *Glaxo Wellcome* uttalte Kommisjonen at topprisingssystemet under salgsbetingelsene utgjorde et særlig alvorlig forsøk på å oppdele det indre markedet, og at de negative følgene for markedsintegrasjonen uansett ville oppheve eventuelle positive følger det kunne godtgjøres at avtalen ville generere.²⁸⁵ Kanskje modereres dette utgangspunktet av Domstolens avgjørelse i *Sot. Lélos kai*, der Domstolen i alle fall har gitt tegn om at hensynet til den ”umiddelbare” markedsintegrasjonen vil kunne vike plass for et mer langsiktig perspektiv, i tilfelle mer alvorlige trusler mot forbrukervelferden (og i ytterste konsekvens også markedsintegrasjonen) kan antas i form av risikoen for at produkter til slutt ikke blir plassert på markedet, og at konkurransereglene i lys av sitt formål ikke kan tolkes dit hen at en slik situasjon blir resultatet.²⁸⁶ Samtidig har Retten tidligere uttrykt i *Bayer AG*²⁸⁷ at den ikke anser påstanden om at ytterligere integrasjon i form av prisharmonisering vil oppnås gjennom parallellhandel på denne sektoren, som et gyldig argument, og den får i så måte støtte fra Generaladvokaten i *GlaxoSmithKline*²⁸⁸ som ikke egentlig anså markedsintegrasjonshensynet som det avgjørende i denne saken, men vernet for selve

²⁸³ *Sot. Lélos kai*, premiss 75.

²⁸⁴ Se punkt 2.2.4.2 ovenfor.

²⁸⁵ *Glaxo Wellcome (Kommisjonen)*, premiss 152-153.

²⁸⁶ *Sot. Lélos kai*, premiss 68.

²⁸⁷ *Bayer AG*, premiss 179 (se også til sammenlikning premiss 177).

²⁸⁸ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak i *GlaxoSmithKline*, premiss 161.

konkurransen. Begge disse synspunktene vitner om at Kommisjonens holdninger om at parallellhandel er viktig for å oppnå prisharmonisering antageligvis ikke vil aksepteres av EU-domstolene. Dersom balanseøvelsen mellom avtalens ulemper og fordeler reduseres til et spørsmål om ulempene ved fraværende priskonkurranse mot fordelene ved økt innovasjon, og markedsintegrasjon som harmoniseringsfaktor holdes utenfor vurderingen, vil det nok være større sannsynlighet for at fordelene vil kunne anses å oppveie ulempene. Det skal herunder bemerkes at EU-domstolene i de tilfeller Kommisjonen har foretatt sammensatte økonomiske vurderinger vil begrense seg til å vurdere om de prosessuelle regler er overholdt, om begrunnelsen er tilstrekkelig, om de faktiske omstendigheter er riktige, samt om det foreligger et åpenbart uriktig skjønn eller maktmisbruk.²⁸⁹ EU-domstolene vil imidlertid fullt ut vurdere det juridiske grunnlaget for Kommisjonens beslutninger, herunder hvilke hensyn som bør og skal ivaretas under konkurransereglene.

Svaret på spørsmålet om hvorvidt avtaler som hindrer parallellhandel kan oppfylle det første vilkåret i artikkel 101 (3) står dermed fremdeles åpent. Det som er helt klart er at denne vurderingen må foretas på en grundig måte der de konkrete omstendighetene i den enkelte saken og den juridiske og økonomiske konteksten på sektoren hensyntas, og at det må foretas en reell balanseøvelse mellom skaden på konkurransen og fordelene ved avtalen. Det blir interessant å se hvordan særlig Kommisjonen i fremtiden vil vurdere eventuelle avtaler som har som formål å begrense parallellhandel på legemiddelsektoren under artikkel 101 (3), ikke minst hvordan den definerer betydningen av markedsintegrasjonshensynet sammenliknet med Kommisjonens tidligere generelle uttalelser om at dette bare er et virkemiddel for å oppnå forbrukervelferd og effektiv ressursallokering kontra dens mer sektorspesifikke uttalelser om at parallellhandel er en viktig bidragsyter til integrasjon og prisharmonisering på sektoren.

For at en slik avtale skal kunne aksepteres må den imidlertid også oppfylle de tre andre vilkårene i artikkel 101 (3). Også her er det vanskelig å forutse noe om hvordan utfallet vil

²⁸⁹ *Aalborg Portland and others*, premiss 279

bli generelt for sektoren. Dersom det godtgjøres at fordelene ved avtalen er større bidrag til innovasjon under det første vilkåret, vil det antakelig ikke være vanskelig å hevde at forbrukere får en rimelig andel av fordelen. Økt innovasjon vil presumptivt gagne forbrukere ved at nye og forbedrede produkter gjøres tilgjengelig. Vilkaåret om at avtalen må være nødvendig er kanskje heller ikke det vanskeligste å bevise. Dersom det først erkjennes i forbindelse med behandlingen av det første vilkåret at parallellhandel er selve problemet og at begrensninger på slik handel fører til fordeler, vil nødvendighetskriteriet bare være et spørsmål om hvor langt avtalen går. Muligens vil reelle eksportforbud, som trykningen av "export prohibited" som ble gjort i *Sandoz* være å gå for langt, mens et topprisingssystem som i *GlaxoSmithKline* som ikke forhindrer all parallellhandel, men bare bremses omfanget ved å gjøre den noe mindre økonomisk attraktiv vil kunne aksepteres som nødvendig for å oppfylle avtalens formål.

Det vanskeligste vilkåret å godtgjøre vil etter min mening trolig være det siste: at avtalen ikke må kunne eliminere konkurransen for en vesentlig del av produktene den gjelder. For eksempel, i *Sot. Lélos kai*, når Domstolen behandlet spørsmålet om forsyningsnektelsen kunne eliminere handelspartneren som konkurrent, så Domstolen nærmest bare ut til å legge til grunn at begrensninger i forsyninger til distributører som drev med parallellimport ville kunne eliminere effektiv konkurranse fra dem både i eksportstaten og i andre medlemsstater. Domstolen nevnte også at når medisiner var beskyttet av patent, så ville mulig priskonkurranse mellom produsenten og dens distributører, eller mellom nasjonale distributører og parallellimportører, utgjøre den eneste formen for konkurranse som kunne forestilles. Jeg tror nok i hvert fall Kommissjonen vil anse disse argumentene for å være lett overførbare til spørsmålet om eliminering av konkurransen under artikkel 101 (3). Imidlertid mener jeg som drøftet ovenfor at Domstolen i *Sot. Lélos kai* på dette punktet gjennomførte en noe overfladisk vurdering av spørsmålet, og at realiteten i hva som faktisk utgjør eliminering av effektiv konkurranse for en vesentlig del av varene også bør være gjenstand for en grundigere gjennomgang under artikkel 101 (3).

Etter min mening vil det altså kunne foreligge en mulighet for at også avtaler som har som formål å begrense parallellhandel på legemiddelsektoren vil kunne falle inn under artikkel 101 (3). Terskelen vil nok imidlertid ligge meget høyt og det vil antakelig være vanskelig å få gjennomslag for at alle de fire vilkårene er oppfylt.

5.5 Oppsummering av rettstilstanden for avtaler som begrenser parallellhandel med legemidler etter *GlaxoSmithKline*

Dommen i *GlaxoSmithKline* bekrefter, som dommen i *Sot. Lélos kai*, at legemiddelsektoren har visse særegenheter som må hensyntas, fordi avtaler skal vurderes konkret i sin juridiske og økonomiske kontekst.

Disse særegenhetene er ikke nok til å unnta en avtale som begrenser parallellhandel fra å anses for å ha et konkurransebegrensende formål. Slik sett er Domstolens vurderinger fremdeles ganske formalistiske heller enn egentlig økonomiske hva gjelder å sortere typer avtaler under formåls- eller virkningsdefinisjonen, og avgjørelsen bekrefter tidligere praksis om at det er begrenset rom for å gjøre en reell vurdering av den juridiske og økonomiske konteksten i så måte. Domstolens avgjørelse viser imidlertid at selv om den inntar en noe formalistisk tilnærming til ordlyden i artikkel 101 (1), så må en tilsvarende formalistisk håndhevelse av 101 (3) unngås. I stedet må det under vurderingen av hvorvidt også avtaler som har et konkurransebegrensende formål allikevel oppfyller vilkårene i artikkel 101 (3), gjøres en grundig økonomisk vurdering og en ordentlig konkret bevisvurdering i det enkelte sak, der sektorens natur og særegne trekk hensyntas der disse får betydning for resultatet.

Domstolen har i *GlaxoSmithKline* gitt klart uttrykk for at markedsintegrasjon fremdeles er et viktig hensyn å ivareta generelt under artikkel 101 som helhet. Men integrasjonsimperativets reelle betydning på legemiddelsektoren er fremdeles usikker. Kommisjonen har inntatt den holdningen at parallellhandel er viktig for prisharmonisering, men dette argumentet har blitt avvist av Retten også tidligere i *Bayer AG*, og Generaladvokaten ga uttrykk for at hun delte Rettens skepsis på dette punktet. Domstolen

uttalte seg ikke konkret om integrasjonsimperativet på legemiddelsektoren, men bekreftet Rettens avgjørelse vedrørende artikkel 101 (3), og holder dermed døren åpen for at denne kan anvendes.

Etter at Rådsforordning 1/2003 trådte i kraft, har prosedyren for selve håndhevingen av konkurransereglene endret seg. Der alle avtaler tidligere måtte meldes Kommisjonen som innvilget individuelle fritak under 101 (3), er situasjonen nå slik at hele artikkel 101 får direkte anvendelse. Kommisjonen kan da velge å sette i gang undersøkelser dersom den mistenker at en avtale er i strid med artikkel 101. Det er dermed ikke slik at Kommisjonen etter Domstolens resultat i *GlaxoSmithKline* skal vurdere muligheten for fritak på nytt igjen, men avgjørelsen vil imidlertid få følger for Kommisjonens vurderinger rundt anvendelsen av artikkel 101(3) i fremtiden.

6 AVSLUTTENDE KOMMENTARER

6.1 Anerkjennelse av de spesielle omstendighetene som preger konkurransen på sektoren

Sot. Lélos kai-saken og *GlaxoSmithKline*-sakene illustrerer at EU-domstolene anerkjenner at de særegne regulatoriske og økonomiske omstendighetene på legemiddelsektoren vil få betydning for tolkningen av konkurransereglene. Dommene viser også at selv konkurransebegrensende avtaler eller atferd som hindrer parallellhandel med legemidler og som har som formål å innføre total områdebeskyttelse har en viss mulighet for å gå klar av forbudene konkurransereglene stiller opp. *Sot. Lélos kai* illustrerer at dette helt klart gjelder for tolkningen av hva som utgjør et konkurransebegrensende misbruk under artikkel 102. *GlaxoSmithKline* på sin side viser at sektorens særegenheter ikke får betydning for skillet mellom formåls- og virkningsdefinisjonen i artikkel 101 (1); denne baseres fremdeles i stor grad på formalistiske kriterier. Derimot bekrefter Domstolen at ved vurderingen av hvorvidt vilkårene i artikkel 101 (3) er oppfylt, må sektorens karakter og eventuelle særegenheter hensyntas når disse omstendighetene er avgjørende for resultatet. Rettens

resultat bekrefter at Kommisjonen under slike omstendigheter må vurdere de faktiske omstendigheter og beviser foretaket påberoper seg på en tilstrekkelig grundig måte.

Det er først og fremst betydningen av nasjonale prisreguleringer som har blitt akseptert som en relevant faktor som får betydning for tolkningen av konkurransereglene i så måte, noe Domstolen i klartekst illustrerte i sin vurdering i *Sot. Lélos kai*, da den fant at forretningsnektelse for å forhindre parallellhandel kunne være objektivt begrunnet i legitime handelsinteresser.

Betydningen av parallellhandel for legemiddelforetakenes innovasjonsinnsats har ennå ikke fått noen klar anerkjennelse, men Rettens avgjørelse i *GlaxoSmithKline* illustrerer at i hvert fall Retten langt på vei er villig til å akseptere en slik argumentasjon. Domstolens dom viser i det minste at slike argumenter fortjener en reell vurdering, og åpner for at de må hensyntas dersom de kan ha betydning for resultatet i saken.

Med *Sot. Lélos kai* har legemiddelforetakene i alle tilfeller fått en reell mulighet til å forsvare seg mot overdrevne mengder parallellhandel uten at dette anses som et misbruk. Dette betyr at alle legemiddelforetak, også de som er dominerende, kan adoptere en leveringsstrategi for å hindre at priser fra lavkostland blir eksportert i urimelig grad og forringer høykostlandenes mer FoU-vennlige prisnivå. *Sot. Lélos kai* tilbyr dermed en pragmatisk løsning på et innviklet problem på en spesiell sektor. Det var dermed strengt tatt ikke nødvendig med et positivt resultat for Glaxo i *GlaxoSmithKline*-saken, med en anerkjennelse av parallellhandelens betydning for innovasjon, for å løse ”problemet” med parallellhandel på legemiddelsektoren. Imidlertid blir det spennende å se hvordan liknende atferd som har som formål å begrense parallellhandel på legemiddelsektoren i fremtiden vil bli vurdert av Kommisjonen, når den nå har fått klar beskjed om at slike argumenter i alle fall må undersøkes grundigere enn det den til nå har vært villig til å gjøre.

6.2 Konkurransereglens formål – forbrukervelferd, effektiv ressursallokering og markedsintegrasjon og betydningen av disse hensynene på legemiddelsektoren

Domstolens konklusjon i *GlaxoSmithKline* om at avtaler som oppdeler nasjonale markeder også på legemiddelsektoren er avtaler som har som sitt formål å innskrenke konkurransen, og at artikkel 101 også beskytter selve markedsstrukturen og med det konkurransen som sådan illustrerer at integrasjonsimperativet ikke kan ses fullstendig bort ifra, heller ikke på legemiddelsektoren. Påstander om at integrasjonsimperativet på generell basis har mistet sin status som konkurransepolitisk mål ved håndhevelsen av konkurransereglene, må sies å være avvist av Domstolen.

Imidlertid er det klart forskjellige tilnærminger som inntas av Kommisjonen og av EU-domstolene hva gjelder den reelle betydningen av integrasjonsimperativet på legemiddelsektoren. Kommisjonen har gjentatte ganger gitt uttrykk for at den anser parallellhandel med legemidler som et viktig middel for harmonisering eller avbalansering av prisforskjeller mellom ulike medlemsstater, og at parallellhandel på denne måten bidrar til å skape et indre marked for legemidler. Dette synspunktet ble avvist at Retten allerede i *Bayer AG*, og igjen av både Retten og Generaladvokaten i *GlaxoSmithKline*. Basert på dette, samt at empiriske undersøkelser til nå også avviser at en slik prisharmonisering vil resultere av parallellhandel, er det etter min mening tvilsomt at dette integrasjonsargumentet vil stå seg i fremtiden overfor EU-domstolene.

I *GlaxoSmithKline* legger Domstolen opp til at det er markedsstrukturen som beskyttes, og at det er privates forsøk på å rekonstruere nasjonale oppdelinger som kan true traktatens formål om et indre marked. Slike formuleringer tyder på konkurransereglene generelt skal beskytte den integrasjonen som er allerede oppnådd gjennom etableringen av den frie varebevegelsen, men betyr ikke at Domstolen nødvendigvis ser konkurransereglene som et harmoniseringsredskap på ikke-harmoniserte sektorer. Sammenholdt med dommen i *Sot. Lélos kai* legger Domstolen dessuten opp til at parallelleksport fra lavkostland i realiteten kan stanses bortimot fullstendig fordi det i motsatt fall kan være en fare for at produkter

blir forsinket eller ikke plassert på markedet i disse landene av legemiddelforetakene. At Domstolen i denne saken tillater en form for de facto markedsdeling viser at integrasjonsimperativet allikevel ikke er av avgjørende betydning på legemiddelsektoren, dersom mer alvorlige følger for forbrukerne er resultatet av ensidig fokus på integrasjon. Det kan dermed postuleres at integrasjonsimperativet i noen grad har mistet sin status som selvstendig konkurransepolitisk målsetning. Domstolens resultat i *Sot Lélos kai* kan således tas til inntekt for at hensynet til markedsintegrasjon har mindre vekt enn hensynet til forbrukervelferden. En slik tilnærming støtter også opp under idéen om at forbrukervelferd og allokeringseffektivitet er de egentlige målsetningene med konkurransereglene.

I lys av dette blir det meget interessant å følge med på den videre utviklingen hva gjelder konkurransereglenes beskyttelse av parallellhandel. Spesielt interessant hadde det vært om enten *GlaxoSmithKline*-saken eller en liknende avtale som forhindrer parallellhandel med legemidler vurderes av Kommisjonen under artikkel 101 (3). Avhengig av hvorvidt legemiddelforetakene kan klare å legge fram tilstrekkelige beviser for å godtgjøre at vilkårene i artikkel 101 (3) er oppfylt, ville dette blitt selve lakmustesten på om konkurransereglene virkelig har som formål å beskytte forbrukere og en effektiv allokering av ressurser – og at markedsintegrasjon heller beskyttes i den utstrekning den fungerer som et middel mot dette målet. Det er nemlig bare i de ganske sjeldne tilfellene at disse hensynene vil trekke i fullstendig motsatt retning, som kan være tilfellet på en sektor som legemiddelsektoren, at dette spørsmålet om konkurransereglenes *egentlige* formål blir satt på spissen.

7 LITTERATURLISTE

Bøker:

Baquero Cruz, Julio – *Between Competition and free movement: The Economic Constitutional law of the European Community* (2002)

Goyder, Joanna og Albors-Llorens, Albertina – *Goyder's EC Competition Law* (2009)

Hartig Danielsen, Jens – *Parallelhandel og varenes frie bevegelse* (2005)

Hays, Thomas – *Parallel Importation under European Union Law* (2004)

Jones, Alison og Sufirin, Brenda – *EC Competition Law* (2004)

Kolstad [red.] – *Misbruk av dominerende stilling: Studier i konkurranserett* (2007)

Sejersted, Fredrik; Arnesen, Finn; Rognstad, Ole Andreas; Foyn, Sten og Kolstad, Olav – *EØS-rett, 2. utgave* (2004)

Sothers – *Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law* (2007)

Townly – *Article 81 EC and Public policy* (2009)

Van den Bergh, Roger J. og Camesasca, Peter D. – *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective* (2006)

Whish, Richard – *Competition Law* (2008)

Artikler:

Danzon, Patricia M. – *The Economics of Parallel Trade*, *Pharmaeconomics* (1998) Mar; 13 (3): 293-304.

Danzon, Patricia M. og Towse, Adrian - *Differential Pricing for Pharmaceuticals: Reconciling Access, R&D and Patents*, *International Journal of Health Care Finance and Economics* 3 (2003).

DiMasi, Joseph A et al. – *The price of innovation: new estimates of drug development costs*, *Journal of Health Economics* 22 (2003) 151–185.

Herrenschmidt, Fleur – *The French Competition Council and Parallel trade in the Pharmaceutical Industry: A Step Ahead of EU Case Law?*, *World Competition* 31(2): 235-257, 2008

Junod – *An end to Parallel Imports of Medicines? Comments on the Judgment of the Court of First Instance in GlaxoWellcome*, *World Competition* 30 (2) (2007), s. 291-306.

Kanavos og Costa-Font – *Pharmaceutical parallel trade in Europe: stakeholder and competition effects*, *Economic Policy* October 2005.

Kolstad – *Object contra effect in Swedish and European competition law* (Utkast til utredning for Konkurrentverket).

Monti - *Article 81 and Public Policy*, Common Market Law Review (2002) vol. 39 nr. 5, s. 1063.

Nguyen, Tu Thanh; Missen, Timo og Groussot, Xavier – *The Rule of Reason under Article 82 EC After Sot Lelos kai Sia* (Working Paper – Lund University) (2009).

O'Donoghue og Macnab – *Dominant firms' duties to deal with pharmaceutical parallel traders following Glaxo Greece*: Competition Policy International vol. 5, nr. 1, Spring 2009, s. 153 flg.

Rey og Venit – *Parallel trade and pharmaceuticals: A policy in search of it self*, European Law Review (2004).

Meddelelser fra Kommisjonen:

Green Paper on Vertical Rrestraints in Competiton Policy (COM(96)721 final)

Commission Communication on the Single Market in Pharmaceuticals (COM(98)588)

Guidelines on Vertical Restraints (2000/C 291/01)

Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08)

Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to exclusionary conduct by dominant undertakings (C(2009) 864 final)

White Paper on the modernisation of the rules implementing articles 85 and 86 of the EC treaty (COM(99)101 (final))

Proposal for a Council Regulation on the Community patent (COM(2000)412 (final)

DG COMP – Discussion Paper on the application of Article 82 on the Treaty to
exclusionary abuses (2005)

*Draft Commission Regulation on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories
of vertical agreements and concerted practices* (foreslått i 2009 som gjeldende fom.
1. juni 2010 tom. 31. mai 2020)

Kommisjonens XXVII beretning om konkurransepolitikken (1997)

Kommisjonens XXI beretning om konkurransepolitikken (1991)

Kommisjonens beretning om konkurransepolitikken 2005

Rettsakter:

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 håndheving av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel
81 og 82

Forordning (EF) nr. 2790/1999 av 22. desember 1999 om anvendelse av EF-traktatens
artikkel 81 (3) på kategorier av vertikale avtaler og samordnet opptreden

Rådsdirektiv 89/105/EØF (Council Directive 89/105/ EEC relating to the transparency of measures regulating the pricing of medicinal products for human use and their inclusion in the scope of national health insurance systems)

Direktiv 2001/83/EF (Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council on the Community code relating to medicinal products for human use)

Nevnt i fotnoter 29-33 under avhandlingens punkt 2.1.3 :

Direktiv 89/104/EØF og forordning 40/94/EF ang. varemerker, direktiv 96/91/EF vedr. databaser, direktiv 98/71/EF vedr. design, direktiv 2001/29/EF vedr. opphavsrett og direktiv 2006/115/EF vedr. beslektede rettigheter til opphavsrett

Andre Publikasjoner fra Kommisjonen:

SPEECH/05/512 – “European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”

SPEECH/05/537 – “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”

Rapporter m.v. (EU)

Rapport des Chefs de Delegation aux Ministres des Affaires Etrangeres (1956)
(Spaakrapporten)

Report by the EAGCP (Commissions Economic Advisory Group for Competition Policy) –
“An economic approach to Article 82 (2005)

DGCOMP - Discussion paper on exclusionary abuses (des. 2005)

Innovation in the pharmaceutical sector – studie for Kommissjonen av Charles River Associates (2004)

DGCOMP - Pharmaceutical Sector Inquiry - Preliminary Report (nov. 2008)

DG Health and Consumers - *PPRI (Pharmaceutical Pricing and Reimbursement Information)* (2008)

Andre rapporter:

Brekke [et al.], SNF-rapport nr. 05/08 – *Er legemidler billig i Norge?*

Avgjørelser fra Domstolen:

Forente saker 56/64 og 58/64 – *Consten and Grundig v Commission*. Inntatt i European Court Reports (ECR) 1965 s. 00299 (engelsk spesialutgave)

Sak 56/65 – *Société Technique Minière*. Inntatt i ECR 1966 s. 00235 (engelsk spesialutgave)

Sak 32/65 – *Italy v Council and Commission*. Inntatt i ECR 1966 s. 00389 (engelsk spesialutgave)

Sak 5/69 – *Völk v Vervaecke*. Inntatt i ECR 1969 s. 00295

Sak 78/70 – *Deutsche Grammophon v Metro SB*. Inntatt i ECR 1971 s. 00487

Forente saker 6 og 7/73 - *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission*. Inntatt i ECR 1974 s. 00223

Sak 26/75 - *General Motors Continental NV v Commission*. Inntatt i ECR 1975 s. 01367

Sak 26/76 – *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission (Metro I)*. Inntatt i ECR 1977 s. 01875

Sak C-19/77 – *Miller International Schallplatten GmbH v Commission*. Inntatt i ECR 1978 s. 00131

Sak 27/76 – *United Brands og United Brands Continentaal v Commission*. Inntatt i ECR 1978 s. 00207

Sak 28/77 – *Tepea v Commission*. Inntatt i ECR 1978 s. 01391

Sak 77/77, *Benzine en Petroleum handelsmaatschappi BV and others v Commission*. Inntatt i ECR 1978 s. 01513

Forente saker 32/78, 36/78 og 82/78 – *BMW Belgium and Others v Commission*. Inntatt i ECR 1979 s. 02435

Sak 258/78 – *Nungesser and Eisele v Commission*. Inntatt i ECR 1982 s. 02015

Forente saker 96-102,104,105,108 og 110/82 - *NV IAZ International Belgium and others v Commission*. Inntatt i ECR 1983 s. 03369

Forente saker 25-26/84 – *Ford mot kommisjonen*. Inntatt i ECR 1985 s. 02725

Sak 311/84 – *CBEM mot CLT "Telemarketing*. Inntatt i ECR 1985 s. 03261

Sak 31/85 – *ETA Fabriques d'Ebauches v SA DK Investment*. Inntatt i ECR 1985 s. 03933

Sak 161/84 – *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Imgard Schilgallis*. Inntatt i ECR 1986 s. 00353

Sak 226/84 – *British Leyland*. Inntatt i ECR 1986 s. 03263

sak C-277/87 – *Sandoz v Commission*. Inntatt i ECR 1990 s. I-00045

Sak C-373/90 – *X*. Inntatt i ECR 1992 s. I-00131

Sak C-241-242/91P – *Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill)* . Inntatt i ECR 1995 s. I-00743

Sak C-70/93 – *Bayerische Motorenwerke mot kommisjonen*. Inntatt i ECR 1995 s. I-03439

Forente saker C-427/93, 429/93 og 436/93 – *Bristol-Myers Squibb v Paranova*. Inntatt i ECR 1996 s. I-03457

Sak C-71-73/94 – *Eurim-pharm Arzneimittel v Berersdorf*. Inntatt i ECR 1996 s. I-03603

Sak C-232/94 – *MPA Pharma v Rhône-poulenc Pharma*. Inntatt i ECR 1996 s. I-03671

Forente saker C-267-268/95 – *Merck and Beecham*. Inntatt i ECR 1996 s. I-06285

Sak C-7/97 – *Oscar Bronner v Mediaprint and others*. Inntatt i ECR 1998 s. I-07791

Sak C-180/98 – *Pavel Pavlov v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*. Inntatt i ECR 2000 s. I-06451

Forente saker C-204-205, 211, 213, 217 og 219/00 – *Aalborg Portland and others*. Inntatt i ECR 2004 s. I-00123

Sak C-418/01 – *IMS Health v NDC Health*. Inntatt i ECR 2004 s. I-05039

Sak C-53/03 – *Syfait and others*. Inntatt i ECR 2005 s. I-04609

Sak C-551/03 P – *General Motors BV v Commission*. Inntatt i ECR 2006 s. I-03173

Forente saker C-468/06-478/06 (Store avdeling) - *Sot. Lélos kai and others v GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikom Proiton*. Inntatt i ECR 2008 s. I-07139

Sak C-209/07 – *Beef Industry*. Inntatt i ECR 2008 s. I-08637

Sak C-8/08 – *T-Mobile Netherlands and others*. Inntatt i ECR 2009 s. 0000

Forente saker C-501, 513, 515 og 519/06 P – *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission and others*. Inntatt i ECR 2009 s. 00000

Avgjørelser fra Retten:

Sak T-30/89 – *Hilti v Commission*. Inntatt i ECR 1991 s. II-01439

Sak T-43/92 – *Dunlop Slazenger International v Commission*. Inntatt i ECR 1994 s. II-00441

Sak T-77/92 – *Parker Pen Ltd. v Commission*. Inntatt i ECR 1994 s. II-00549

Sak T-17/93 – *Matra Hachette v Commission*. Inntatt i ECR 1994 s. II-00595

Sak T-504/93 – *Tiercé Landbroke*. Inntatt i ECR 1997 s. II-00923

Sak T-62/98 – *Volkswagen v Commission*. Inntatt i ECR 2000 s. II-02707

Sak T-41/96 – *Bayer AG v Commission*. Inntatt i ECR 2000 s. II-03383

Sak T-139/98 – *Amministrazione Autonoma dei Monopoli dello Stato v. Commission*.
Inntatt i ECR 2001 s. II-03413

Forente saker T-213-214/01 *Österreichische Postsparkasse and Bank für Arbeit und
Wirtschaft v Commission*. Inntatt i ECR 2006 s. II-01601

Sak T-168/01 – *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*. Inntatt i ECR 2006 s.
II02969

Sak T-201/04 – *Microsoft v Commission*. Inntatt i ECR 2007 s. II-03601

Sak T-450/05 – *Automobiles Peugeot SA och Peugeot Nederland NV mot Europeiska
kommissionen*. Inntatt i ECR 2009 s. 0000

Sak T-228/97 – *Irish Sugar v Commission*. Inntatt i ECR 1999 s. II-02969

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten:

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jacobs i *Syfait* (28. oktober 2004). Inntatt i ECR
2005 s. I-04609

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i *Sot. Lélos kai* (1. april
2008). Inntatt i ECR 2008 s. I-07139

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Trstenjak i *GlaxoSmithKline* (30. juni 2009).
Inntatt i ECR 2009 s. 00000

Avgjørelser fra Kommisjonen:

Beslutning 64/566 – *Grundig-Consten*. Inntatt i Official Journal (OJ) 161, 20.10.1964, s. 2545

Beslutning 72/479 – *GISA*. Inntatt i OJ L 303, 31.12.1972, s. 45

Beslutning 72/480 - *WEA-Filipacchi Music SA*. Inntatt i OJ 303, 31.12.1972 s. 52

Beslutning 76/353 – *Chiquita*. Inntatt i OJ L 95, 09.04.1976, s. 1-20

Beslutning 78/163 – *The Distillers Company Limited, Conditions of Sale and Price Terms*.
Inntatt i OJ L 50, 22.20.1978, s. 16-33

Beslutning 82/203 – *Möet et Chandon (London)*. Inntatt i OJ L 94, 08.04.1982, s. 7-11

Beslutning 88/138, *Eurofix-Bauco mot Hilti*. Inntatt i OJ L 65, 11.03.1988, s. 19-44

Beslutning 91/335 – *Gosme/Martell*. Inntatt i OJ L 185, 11.07.1991, s. 23

Beslutning 93/46- *Ford Agricultural*. Inntatt i OJ L 020, 28.01.1993, s. 1

Beslutning 2001/791/EEC – *Glaxo Wellcome*. Inntatt i OJ L 302, 17.11.2001, s. 1

Beslutning i sak COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, av 24.03.2004

Utenlandsk rettspraksis:

Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004) (US Supreme Court)

Norske forskrifter:

FOR 1999-12-22 nr 1559: Forskrift om legemidler

Diverse kilder:

James Robinsons kommentar "*Implications for Competition Law following the enactment of the Lisbon Treaty*", tilgjengelig på:

https://www.eversheds.com/uk/home/articles/index1.page?ArticleID=templatedata\Eversheds\articles\data\en\Competition\Competition law following lisbon treaty_01Dec09

Kommentar til Lisboatraktatens inntreden og konkurransereglene av Gillian Sproul, partner og "head of antitrust and competition" hos Mayer Brown LLP, tilgjengelig på:

<http://www.mayerbrown.com/lawyers/profile.asp?hubbardid=S210994900>

The 2008 EU Industrial R&D Investment Scoreboard, side 6, tilgjengelig på:

http://iri.jrc.ec.europa.eu/research/scoreboard_2008.htm