

EUROPEES RECHT

AAK20188702

Valentin Vandendaele**Europees mededingingsrecht**

Gedurende de eerste helft van het jaar 2018 heeft het Hof van Justitie (hierna: Hof) alweer een heleboel arresten uitgesproken over het mededingingsrecht. Een snelle blik op de relevante blogs leert ons dat er een zekere consensus bestaat over het belang van minstens twee daarvan. Het gaat om de arresten *F. Hoffmann-La Roche e.a.* (van 23 januari 2018, C-179/16, ECLI:EU:C:2018:25) en *Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia* (van 19 april 2018, C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270). Hierna volgt een overzicht.

F. Hoffmann-La Roche e.a.

Het arrest *F. Hoffmann-La Roche e.a.* beantwoordt een hele resem interessante prejudiciële vragen over artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Dat is de bepaling waarvan het eerste lid ondernemingen verbiedt hun marktgedrag te coördineren wanneer dat ‘de handel tussen lidstaten ongunstig [kan] beïnvloeden en ertoe [strekt] of ten gevolge [heeft] dat de mededinging binnen de interne markt wordt [beperkt]’.

De feiten van de zaak waren als volgt. Genentech gaf haar moederonderneming *F. Hoffmann-La Roche* en *Novartis* respectievelijk het recht de geneesmiddelen *Avastin* en *Lucentis* buiten de VS in de handel te brengen. *Novartis* sloot daartoe een licentieovereenkomst met *Genentech*. Vervolgens verleende de Commissie vergunningen voor het in de handel brengen (hierna: VHB's) van de geneesmiddelen. De VHB van *Lucentis* dekte de behandeling van oogziekten. Hetzelfde gold niet voor de VHB van *Avastin*, hoewel dit geneesmiddel toch ook voor dezelfde behandeling werd gebruikt (hierna: off-labelgebruik). Daarop zouden *F. Hoffmann-La Roche* en *Novartis* een regeling zijn aangegaan ter verspreiding van onzekere informatie over de bijwerkingen van dit off-labelgebruik teneinde het te ontmoedigen.

Een eerste vraag was of een nationale mededingingsautoriteit tot het besluit kon komen dat geneesmiddelen met een VHB voor de behandeling van bepaalde aandoeningen en een ander geneesmiddel dat off-label voor dezelfde

behandeling werd gebruikt, tot dezelfde relevante markt konden behoren. Alvorens te antwoorden, frist het Hof ons geheugen op over het concept ‘relevante markt’. Zijn afbakening, zo stelt het Hof, is van belang ‘om uit te maken of de betrokken overeenkomst de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de interne markt wordt [beperkt]’. De relevante markt omvat alle goederen en diensten die onderling uitwisselbaar zijn.

Vervolgens gaat het Hof over tot het beantwoorden van de vraag. In beginsel, aldus het Hof, kunnen illegaal vervaardigde of verkochte geneesmiddelen niet uitwisselbaar zijn. Geneesmiddelen voor off-labelgebruik voorschrijven of ompakken is echter toegelaten zolang de relevante Unieregelgeving is geëerbiedigd. Of dat inderdaad het geval is, behoren de daartoe bevoegde autoriteiten of rechters en niet de nationale mededingingsautoriteiten te beoordelen. In dit geval was er geen vaststelling van strijdigheid met de Unieregelgeving.

‘In die omstandigheden stond de onzekerheid omtrent de toelaatbaarheid van het ompakken en voorschrijven van Avastin voor de behandeling van oogandoeningen er niet aan in de weg dat de [nationale mededingingsautoriteit] tot de bevinding kwam dat dit product behoorde tot [de relevante] markt.’

In tweede instantie vroeg de nationale rechter zich af of mededingingsbeperkingen konden ontsnappen aan het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU indien ze ‘zijn overeengekomen door de partijen bij een licentieovereenkomst, ook al zijn zij niet in deze overeenkomst opgenomen, op grond dat zij ondergeschikt zijn aan die overeenkomst’. Opnieuw herinnert het Hof ons eerst aan zijn eerdere rechtspraak. Deze stelt ‘dat wanneer een bepaalde transactie of activiteit niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt omdat zij geen invloed of een positieve invloed heeft op de mededinging, een beperking van de commerciële autonomie van een of meer [betrokken] partijen [...] evenmin onder dit verbod valt’. Op voorwaarde althans dat ‘die beperking objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die transactie of activiteit en evenredig is met de doelstelling ervan’.

In dit geval, aldus het Hof, kan de mededingingsregeling niet aan het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU ontsnappen op grond van deze rechtspraak. En dit om twee redenen. Ten eerste ‘[strekke] de verspreiding van beweerdelijk misleidende informatie [...] niet [...] tot beperking van de commerciële autonomie van de partijen bij de licentieovereenkomst betreffende Lucentis, maar van het gedrag van derden’. Ten tweede ‘kan [er] niet van worden uitgegaan dat [dat] gedrag [...] objectief noodzakelijk was voor de uitvoering van die overeenkomst’.

De partijen verbonden er zich immers pas jaren na het sluiten van die overeenkomst toe. Bovendien was het uiteindelijke doel van dat gedrag slechts het winstgevender maken van de commerciële exploitatie van Lucentis.

Een derde vraag ging over de voorwaarde onder artikel 101 lid 1 VWEU dat de coördinatie ertoe strekt of ten gevolge heeft de mededinging te beperken. In dit geval betrof de coördinatie een mededingingsregeling tussen twee

ondernemingen ter verspreiding van onzekere informatie over de bijwerkingen van het off-labelgebruik van het geneesmiddel van een van de ondernemingen. Dit om een concurrentievoordeel uit te lokken voor het geneesmiddel van de andere onderneming. De vraag was dan of een dergelijke regeling een mededingingsbeperking ‘naar strekking’ vormde. Dit begrip, zo herhaalt het Hof zijn eerdere rechtspraak, dekt ‘bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet hoeven te worden onderzocht’. Of een mededingingsregeling onder dit begrip valt, hangt af van haar bewoordingen, doelstellingen en economische en juridische context.

Het Hof stelt dat het betrokken gedrag inderdaad een mededingingsbeperking ‘naar strekking’ is. In de eerste plaats gelden

‘de vereisten [die betrekking hebben op] de verspreiding van informatie over de risico’s in verband met het off-labelgebruik van een geneesmiddel [...] alleen [...] voor de houder van de VHB van het betrokken geneesmiddel, en niet voor een onderneming die een concurrerend geneesmiddel in de handel brengt [...] De omstandigheid dat [beide] ondernemingen [...] afstemmen over de verspreiding van [dergelijke] informatie [...] kan derhalve een aanwijzing vormen dat met die verspreiding doelstellingen worden nagestreefd die niets van doen hebben met de geneesmiddelenbewaking.’

In de tweede plaats en in de mate dat de betrokken informatie misleidend is, is het ‘voorspelbaar dat de verspreiding van dergelijke informatie de artsen ertoe aanzet om van het voorschrijven van dat geneesmiddel af te zien, met de verhoopde afname van de vraag voor [off-label]gebruik tot gevolg’.

Als antwoord op een vierde vraag, stelt het Hof ten slotte dat de vrijstelling onder artikel 101 lid 3 VWEU hier niet geldt. Een van de voorwaarden voor haar toepassing is dat de mededingingsregeling onmisbaar is voor ‘de verbetering van de productie of de distributie van de betrokken producten of diensten dan wel [de bevordering van] de technische of economische vooruitgang’. Het Hof verduidelijkt echter ‘dat het verspreiden van misleidende informatie over een geneesmiddel niet kan worden geacht “onmisbaar” te zijn in [die] zin’.

Meo – Serviços de Comunicações e Multimédia

Prijdiscriminatie kan uiteraard leiden tot een ‘nadeel bij de mededinging’ in de zin van artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU. Dergelijke vaststelling moet echter wel steunen op een onderzoek van alle relevante omstandigheden. Dat volgt uit het arrest *MEO*.

Volgens artikel 102, eerste alinea, VWEU mogen ‘een of meer ondernemingen [geen] misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan’. Althans ‘voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed’. De tweede alinea geeft een aantal voorbeelden van wat misbruik kan uitmaken. Zo verwijst artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU naar ‘het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging’.

Er is sprake van een dergelijk 'nadeel bij de mededinging' wanneer de onderneming met een machtspositie de mededinging tussen haar handelspartners vervalst. Het discriminerende gedrag van die onderneming moet dergelijke verstoring dan tot doel hebben opdat artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU van toepassing zou zijn. Om vast te stellen of dat inderdaad het geval is, moet worden gelet op alle omstandigheden van het concrete geval. Het is evenwel niet nodig 'dat bovendien het bewijs wordt geleverd van een daadwerkelijke en kwantificeerbare verslechtering van de mededingingspositie van de handelspartners'. Een en ander volgt, zoals het Hof aangeeft, uit het arrest *British Airways/Commissie* (van 15 maart 2007, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166).

In het *MEO*-arrest rees dan de vraag hoe de rechter onder artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU moest vaststellen of prijsdifferentiatie een nadeel bij de mededinging met zich meebracht. Meer bepaald had de betrokken onderneming verschillende tarieven opgelegd aan haar afnemers. Het directe nadeel dat sommige handelspartners door zo'n prijsdiscriminatie ondervinden, volstaat alvast niet om een (mogelijke) vervalsing van de mededinging aan te tonen, aldus het Hof. Het is daarentegen van belang 'om alle relevante omstandigheden te onderzoeken teneinde vast te stellen of een prijsdiscriminatie leidt tot, of kan leiden tot, een nadeel bij de mededinging'.

Vormen dergelijke relevante omstandigheden:

'de machtspositie van de onderneming, de onderhandelingsmacht met betrekking tot de tarieven, de voorwaarden en de modaliteiten waaronder deze worden opgelegd, hun duur en hun hoogte, [...] alsmede het eventuele bestaan van een strategie die erop gericht is een van haar handelspartners, die minstens zo efficiënt is als zijn concurrenten, uit de stroomafwaartse markt te verdrijven (zie naar analogie arrest van 6 september 2017, *Intel/Commissie*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punt 139 en aldaar aangehaalde rechtspraak)'.

Een bijkomende vraag was of het nadeel bij de mededinging een zekere ernst moest vertonen opdat artikel 102, tweede alinea, onder c), VWEU van toepassing zou zijn. Daarop antwoordt het Hof kort dat er voor het vaststellen van misbruik van een machtspositie geen merkbaarheids- of de-minimisdrempel is. Daarmee bevestigt het zijn eerdere arrest *Post Danmark* (van 6 oktober 2015, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651).