

JOURNAL OF INTERNATIONAL DISTRIBUTION LAW
 JOURNAL DU DROIT DE LA DISTRIBUTION INTERNATIONALE

Volume 10 – N° 3-4

ISSN: 2151-8580

Contributors | Rédaction

E. Lippovitz, ed.

dr. J. Mandl, Esq.
 dr. M. Halmi
 dr. R. Takacs
 C. Blei, Esq.
 J.-M. Bournoville
 Z. Cohen, Esq.
 A. Hermon
 E. Klaiman, Esq.
 E. Sternberg, Esq.

Contents

- Limiting supply to combat parallel exports
- EU Communication n° COM(2003) 0839
- CJEC ruling n° C-468/06 to C-478/06 (*Lélos*)
- Bibliography
- Glossary

Contenu

- Limiter l'approvisionnement pour combattre l'exportation parallèle
- UE: Communication n° COM(2003) 0839
- CJCE: affaire n° C-468/06 à C-478/06 (*Lélos*)
- Bibliographie
- Lexique

Practice

“My distributors in country A export part of the contractual goods to country B where they are then resold more cheaply than by my distributors in country B. Couldn't I limit the quantities that I sell them in the first place, in order to thwart this export or to force them to concentrate on their assigned markets?”

In the last issue, we discussed combating parallel commerce and suggested some actions that one could take against unauthorized dealers. Limiting supply, on the other hand, seeks to reduce the quantity of contractual goods available to the members of the network itself.

Because this type of limitation hinders parallel commerce as well as the distributors' commercial freedom, competition authorities scrutinize it very closely. In general, they are less inclined to punish limitations imposed *a priori* by contractual means (I) than those resulting, *a posteriori*, from the supplier's decisions (II).

I. *A priori* limitation of supply

- **Fixed limitation.** Some manufacturers allow their distributors to place orders whenever they wish, only being limited by the quantities physically available. Although it inflates sales and embellishes accounted income, this practice is risky because, to a certain extent, the manufacturer loses control of one of the quantitative aspect of their own production. They would have difficulty in gauging current demands, let alone provisional estimates of that demand. A better solution is to specify, in the commercial framework contract, that the quantity sold will be determined periodically by the parties (perhaps within a given min./max. range). If the supplier notices that there is still parallel influx onto the local market (of reference), they could simply limit the quantity granted the next time around.

The main disadvantage of such a system is that each meeting – even a virtual one – implies the parties' consent. Multiple meetings proportionally increase the risk that the whole relationship becomes destabilized if the parties disagree on the quantity. In addition, one must be careful not to reduce the quantities granted too suddenly, in order to avoid the grievance of an abrupt (and partial) termination of an established commercial relationship, or to avoid being accused of abusing the right to negotiate (or set) the quantities (especially if the supplier is in a dominant market position, cf. *infra*).

- **Variable limitation.** Another possibility is for the parties to agree on an arrangement where the orders are automatically generated by a logistics system. The multiple implementation contracts would thus conform precisely to the demand, as communicated by

Pratique

“Mes distributeurs du pays A exportent une partie des produits contractuels vers un pays B où ils sont ensuite revendus moins chers que par mes distributeurs du pays B. Ne pourrais-je pas limiter les quantités que je leur vends en amont, pour contrecarrer cette exportation ou pour les obliger à se concentrer sur leurs marchés d'attribution?”

Dans le dernier numéro, nous avons discuté de la lutte contre le commerce parallèle et avons suggéré quelques actions que l'on pouvait diriger à l'encontre des revendeurs hors réseau. La limitation de l'approvisionnement, en revanche, tend à réduire la quantité de produit contractuel disponible aux membres du réseau lui-même.

Puisqu'une telle limitation entraverait le commerce parallèle ainsi que la liberté commerciale des distributeurs, les autorités de concurrence la surveillent de très près. De façon générale, elles seront moins enclines à sanctionner des limites imposées *a priori* par des moyens contractuels (I) que celles résultant, *a posteriori*, d'une pratique décisionnelle du fournisseur (II).

I. Limiter l'approvisionnement *a priori*

- **Limitation fixe.** Certains producteurs laissent leurs distributeurs passer commande quand bon leur semble, n'étant limités que par les quantités physiquement disponibles. Bien que dopant les ventes et enjolivant les résultats comptables, cette politique est risquée parce que, dans une certaine mesure, le fabricant perd le contrôle de l'un des aspects quantitatifs de sa propre production. Il ne pourrait que difficilement jauger la demande actuelle, sans parler d'une gestion prévisionnelle de cette demande. Une meilleure solution consiste à prévoir, dans le contrat-cadre, que la quantité achetée sera fixée périodiquement par les parties (éventuellement dans une fourchette min./max.). Si le fournisseur constate qu'il y a toujours un retour parallèle sur le marché local (de référence), il n'aura qu'à limiter la quantité consentie la prochaine fois.

Le principal inconvénient d'un tel système est que chaque réunion – même virtuelle – implique l'accord des parties. Des multiples réunions augmentent d'autant le risque que toute la relation soit déstabilisée en cas de désaccord sur la quantité. En plus, il faudrait faire attention à ne pas réduire trop subitement les quantités accordées, pour ne pas encourir le grief d'une rupture brutale (et partielle) des relations commerciales établies ou d'un abus dans le droit de négocier (ou fixer) ces quantités (notamment si le fournisseur est en position dominante, v. *infra*).

- **Limitation mobile.** Une autre possibilité consiste pour les parties à se mettre d'accord sur un système dans lequel les commandes sont générées automatiquement par l'intermédiaire d'un dispositif logistique. Les multiples contrats d'application sont ainsi

the computerized system.

This solution has the advantage of obtaining the parties' agreement once and for all (barring changes...), streamlining the logistics chain, and avoiding the accumulation of stock. However, it is not able to take into account the real recipient of the ordered products. The manufacturer will not know whether it was a consumer or a foreign distributor (doing business on the parallel market) who bought the ordered batch (or the last batch that triggered the ordering system). Even in selective distribution networks, in which the prohibition to resell outside the network is legitimate, a distributor could sell to an unauthorized foreign importer pretending to be a consumer, without the logistics system – or the manufacturer – noticing. This type of system is thus not absolutely watertight, but it manages overstock better than a completely open-ended system. Combined with lot number tracking (which carries its own risks in terms of competition law), an automated system can lead to a relatively acceptable level of market impermeability.

For various reasons (pertaining, for example, to the increased cost of such logistics or to the parties' contractual history), some businesses chose not to limit supplies in this way, and thus find themselves facing unscrupulous distributors and the “leaks” they create. The suppliers could then attempt to seal the cracks *a posteriori*, by making the subsequent decision to limit the quantities sold.

II. *A posteriori* limitation of supply

The decision to refuse a sale can concern either the quantity ordered, or the timeframe for delivering that quantity (if this delay is not determined contractually or by specific regulations; cf. “quota system” *infra*). In both cases, such a decision usually – but not always – has a negative effect on the market of the contractual goods.

• **Refusal to supply is generally anticompetitive.** Because it seeks to “limit or control production... [and] share... sources of supply” (EU Treaty, art. 101), refusal to fill an order placed by a distributor could be anticompetitive. If it is made in collaboration with other distributors of the network, it could reveal a prohibited (anticompetitive) agreement; if it is made by an undertaking acting alone (especially if it is in a dominant market position), it could be qualified as abusive. Everything depends on the circumstances of the refusal and on its motives. The competition authorities regulating free markets are generally hostile to trade practices restricting parallel imports, including those that limit supply to exporters (who operate on the parallel import market) without legitimate reasons.

• **Refusal to supply can, exceptionally, favour competition.** Sometimes, because of the specific constraints of an economic sector, supply quotas can benefit consumers and contribute to more efficient competition on the particular market in question. In the European Union, for example, supply quotas are authorized in the pharmaceutical products trade (cf. C-468/06, *infra*), a sector that is strictly regulated especially concerning pricing. Even in this case, the exception is admitted only if the supply limitation is strictly and objectively necessary.

calqués précisément sur la demande, telle qu'elle est communiquée par le système informatique.

Cette solution a l'avantage de récolter l'accord des parties une fois pour toutes (sauf évolution...), de bien lier les flux logistiques, et d'éviter l'accumulation des stocks. Toutefois, elle ne peut pas tenir compte de la réelle destinataire des produits commandés. Le producteur ne saura pas si c'était un consommateur ou un distributeur étranger (opérant sur le marché parallèle) qui a effectivement racheté le lot commandé (ou le dernier lot ayant déclenché le système de commande). Même dans les réseaux de distribution sélective, dans lesquels l'interdiction de revendre hors réseau est légitime, un distributeur pourra vendre à un importateur étranger hors réseau prétendant être un consommateur, sans que le système logistique – ou le producteur – s'en aperçoive. Ce type de système ne parvient donc pas à une étanchéité absolue, mais il gère mieux le “surstockage” qu'un système complètement libre. Combiné avec une suivie de numéros de lot (qui présente ses propres risques en termes du Droit de la concurrence), un système automatisé peut conduire à un niveau d'étanchéité relativement convenable.

Pour des raisons diverses et variées (tenant, par exemple, au coût élevé de cette logistique ou à l'histoire des relations contractuelles), certaines entreprises ont choisi de ne pas limiter ainsi l'approvisionnement, et se retrouvent face aux distributeurs indécis et aux “fuites” qu'ils créent. Elles pourraient alors tenter de colmater ces brèches *a posteriori*, en prenant la décision ultérieure de limiter les quantités vendues.

II. Limiter l'approvisionnement *a posteriori*

La décision de refus peut porter soit sur la quantité commandée, soit sur le délai de livraison de cette quantité (si ce délai n'a pas été fixé contractuellement ou ne résulte pas d'une réglementation spécifique; v. “contingentement” *infra*). Dans les deux cas, elle a généralement – mais non exclusivement – un effet néfaste sur le marché du produit contractuel.

• **Le refus d'approvisionnement est généralement anticoncurrentiel.** En ce qu'elle consiste à “limiter ou contrôler la production... [et à] répartir... les sources d'approvisionnement” (Traité UE, art. 101), la décision de refuser d'honorer une commande émise par un distributeur pourrait être anticoncurrentielle. Si elle est prise de concert avec les autres distributeurs du réseau, elle pourrait révéler une entente prohibée; si elle est prise seule par une entreprise (notamment en position dominante), elle pourrait être qualifiée d'abusives. Tout dépend des circonstances du refus et de sa motivation. Les autorités de concurrence régulant les marchés libres sont généralement hostiles aux pratiques entravant les importations parallèles, parmi lesquelles les limites d'approvisionnement opposées aux exportateurs (qui interviennent sur le marché d'importation parallèle) sans motivation légitime.

• **Le refus d'approvisionnement est exceptionnellement pro-concurrentiel.** Parfois, en raison des contraintes spécifiques d'un secteur économique, le contingentement peut servir le consommateur et contribuer à une concurrence plus efficace sur le marché particulier en question. Dans l'Union Européenne, par exemple, le contingentement est admis dans le commerce de produits pharmaceutiques (v. C-468/06, *infra*), un secteur fortement réglementé notamment en matière de prix. Même dans ce cas, l'exception n'est admise que si la limitation correspond à ce qui est strictement et objectivement nécessaire.

Regulations, etc.

EU Commission Communication, COM(2003) 0839 final, 30 Dec. 2003, “on parallel imports of proprietary medicinal products for which marketing authorisations have already been granted”

Lois, etc.

UE Communication de la Commission, COM(2003) 0839 final, 30 déc. 2003, “sur les importations parallèles de spécialités pharmaceutiques dont la mise sur le marché a déjà été autorisée”

5. Protection of trade marks and repackaging

The proprietor of the trade mark may not use his trade mark right in order to prevent repackaging when: (1) the use of the trade-mark right by the owner will contribute to the artificial partitioning of the markets between Member States, (2) the repackaging cannot adversely affect the original condition of the product, (3) it is stated on the new packaging by whom the product has been repackaged and manufactured, (4) the presentation of the repackaged product is not such as to be liable to damage the reputation of the trade mark and of its owner and (5) the proprietor of the trade mark receives prior notice before the repackaged product is put on sale

In certain circumstances, repackaging the product and reaffixing the trade mark or replacing it with a different trade mark used for the same product in the Member State of destination is necessary to allow the product imported in parallel to be marketed in a Member State. The issue has been addressed by the Court and a number of conditions have emerged regarding the necessity and the extent of changes to the original packaging.

.../...

On the other hand, the Court has ruled that the condition of necessity will not be satisfied if the parallel importer wishes to repack the product and reattach or replace the trade mark solely in order to secure a commercial advantage. In that case the proprietor of the trade mark may lawfully use his right to prevent the actions mentioned above.

NOTE: “This communication updates the 1982 Commission Communication on the same subject and aims at giving some guidance on the practical application of the jurisprudence of the European Court of Justice to national measures relating to parallel imports...” (Summary)

5. Protection des marques commerciales et reconditionnement

Le propriétaire de la marque ne peut faire usage du droit que lui confère la marque pour empêcher le reconditionnement lorsque (1) l'utilisation de ce droit par le propriétaire contribuera au partitionnement artificiel des marchés entre les États membres, (2) le reconditionnement ne peut affecter défavorablement l'état d'origine du produit, (3) il est indiqué sur le nouvel emballage par qui le produit a été reconditionné et fabriqué, (4) la présentation du produit reconditionné n'est pas de nature à porter atteinte à la réputation de la marque et de son propriétaire et (5) le propriétaire de la marque reçoit une notification préalablement à la mise en vente du produit reconditionné.

Dans certaines circonstances, le reconditionnement du produit et la réapposition de la marque ou son remplacement par une marque différente utilisée pour le même produit dans l'État membre de destination sont nécessaires pour permettre la commercialisation du produit importé en parallèle dans un État membre. La question a été abordée par la Cour et un certain nombre de conditions ont émergé concernant la nécessité et l'ampleur des changements au conditionnement d'origine.

.../...

En revanche, la Cour a estimé que la condition de nécessité ne sera pas satisfaite si l'importateur parallèle souhaite reconditionner le produit et réapposer ou remplacer la marque uniquement pour s'assurer un avantage commercial. Dans ce cas, le propriétaire de la marque peut faire légalement usage de son droit pour empêcher les actions mentionnées ci-dessus.

NOTE: “La présente communication actualise la communication de la Commission de 1982 sur le même sujet et vise à fournir certaines orientations concernant l'application pratique de la jurisprudence de la Cour européenne de justice aux mesures nationales relatives aux importations parallèles...” (Résumé)

Caselaw

CJEC, 16 September 2008, Joined cases n° C-468/06 to C-478/08

Sot. Lélou kai Sia EE et al. v. GlaxoSmithKline AEEV Farmakeftikon Proïonton (formerly Glaxowellcome AEEV)

“Article 82 EC must be interpreted as meaning that an undertaking occupying a dominant position on the relevant market for medicinal products which, in order to put a stop to parallel exports carried out by certain wholesalers from one Member State to other Member States, refuses to meet ordinary orders from those wholesalers, is abusing its dominant position. It is for the national court to ascertain whether the orders are ordinary in the light of both the size of those orders in relation to the requirements of the market in the first Member State and the previous business relations between that undertaking and the wholesalers concerned.”

parallel trade • pharmaceutical sector • refusal to supply • orders that are out of the ordinary • abuse of dominant position (no)

NOTE: (Facts and procedure) Several wholesalers of pharmaceutical products lodged a complaint against the Greek subsidiary of a manufacturer for its refusal to fill certain orders. Previously, the wholesalers ordered from this company for resale on the Greek and export markets. Claiming a shortage of certain medicines, the supplier stopped selling to the wholesalers, and then began

Jurisprudence

CJCE, 16 septembre 2008, Aff. jointes n° C-468/06 à C-478/06

Sot. Lélou kai Sia EE et al. c. GlaxoSmithKline AEEV Farmakeftikon Proïonton (anciennement Glaxowellcome AEEV)

“L'article 82 CE doit être interprété en ce sens qu'une entreprise détenant une position dominante sur le marché pertinent de médicaments qui, afin d'empêcher les exportations parallèles que certains grossistes effectuent d'un État membre vers d'autres États membres, refuse de satisfaire des commandes ayant un caractère normal passées par ces grossistes, exploite de façon abusive sa position dominante. Il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer le caractère normal desdites commandes au regard de l'ampleur de ces commandes par rapport aux besoins du marché dudit État membre ainsi que des relations commerciales antérieures entretenues par ladite entreprise avec les grossistes concernés.”

commerce parallèle • secteur pharmaceutique • refus d'approvisionnement • caractère anormal de la commande • abus de position dominante (non)

NOTE: (Facts and procedure) Plusieurs grossistes en produits pharmaceutiques ont porté plainte contre la filiale grecque d'un producteur pour son refus de satisfaire certaines commandes. Auparavant, les grossistes se sont approvisionnés auprès de cette société en vue de la revente sur le marché grec et sur le marché d'exportation. En invoquant une pénurie de certains médicaments, le fournisseur a cessé de les vendre aux

distributing these products directly through another wholesaler. Four months later, when, according to the supplier, the market had normalised, it began filling orders again, though limiting the supply to what was enough for the needs of the Greek market. During the hiatus, the supplier sought the approval of its direct sales policy by the Greek competition commission, while the wholesalers applied to this authority arguing that the seller's behaviour "constituted unfair and anticompetitive acts and an abuse of [its] dominant position... on the markets for the medicinal products in dispute" (pt. 18). Following the ruling of this commission that obligated the supplier to fill the orders for the time being, the main proceedings were brought before the court of first instance of Athens. The latter considered that the refusal to deal was justified, taking into account the factual circumstances of the present case (*N.B.*: we won't enter into further procedural details, on which cf. esp. C-53/03). In the course of the appeal of this ruling, the Athens Court of Appeal stayed the proceedings and referred several questions to the Court of Justice for preliminary ruling (we will only discuss the one relative to the distribution of pharmaceutical products).

(*Issue in question*) Through its reference, the Court of Appeal sought to understand the criteria that could demonstrate an abuse of dominant position from a refusal to deal, specifically on a market where prices are regulated.

The Court of Justice reformulated the question referred for a preliminary ruling in this way:

[T]he referring court essentially asks whether there is an abuse of a dominant position contrary to Article 82 EC if a pharmaceuticals company occupying such a position on the national market for certain medicinal products refuses to meet orders sent to it by wholesalers on account of the fact that those wholesalers are involved in parallel exports of those products to other Member States.

In that context, the referring court asks the Court about the relevance of a series of factors, such as the degree of regulation to which the pharmaceuticals sector is subject in Member States, the impact of parallel trade on the pharmaceuticals companies' revenues, and the question whether that parallel trade is capable of generating financial benefits for the ultimate consumers of the medicinal products. (pts. 28-29)

(*Analysis*) As always, the Court of Justice begins its response with a summary of its relevant caselaw. Past rulings considered that a dominant undertaking's refusal to fill orders without an objective reason was abusive, if this refusal can eliminate the victim as a competitor on the local or export market. The Court repeats the fact that this abuse can result from any hindrance to parallel commerce, including an attempt to limit parallel exports as in the present case. The supplier, on the other hand, argued that, in certain circumstances, the limitation of parallel trade in medicines could be warranted by legitimate reasons that would justify – objectively – the refusal to sell to the wholesalers. It proposed two such reasons, both of which were rejected by the Court (I), which then substituted a third (II).

I. Objective reasons that can not justify a refusal to deal

The supplier first contended that, in any event, the final consumers would not benefit from the price differential, especially since the wholesalers would keep the majority of the resulting profit for themselves. It would thus not be justified to force the supplier to sell to the wholesalers when such a sale simply generates a profit for the wholesaler and

grossistes, et a ensuite commencé à distribuer directement ces produits par le biais d'un autre grossiste. Quatre mois plus tard, quand, selon lui, le marché a été normalisé, le fabricant a repris ses livraisons mais en limitant les quantités à celles nécessaires pour subvenir aux besoins du marché grec. Pendant l'hiatus, il cherchait l'approbation de sa politique de vente directe auprès de la commission de concurrence grecque, tandis que les grossistes ont saisi cette autorité en estimant que les agissements du vendeur "constituaient des actes déloyaux et anticoncurrentiels ainsi qu'un abus de la position dominante [qu'il] détenait sur les marchés des médicaments en cause" (pt. 18). Suite à la décision de cette commission obligeant le fournisseur à satisfaire provisoirement les commandes, l'affaire au principal a été portée devant le tribunal de grande instance d'Athènes. Ce dernier a estimé que le refus de vente a été justifié, compte tenu des circonstances factuelles de l'espèce (*N.B.*: nous n'entrerons pas davantage dans les détails procéduraux, sur lesquels v. n. C-53/03). À l'occasion de l'appel de ce jugement, la Cour d'appel d'Athènes a sursis à statuer et a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice (nous ne traiterons que celle relative à la distribution de produits pharmaceutiques).

(*Problème de droit*) Par ses questions, la Cour d'appel cherchait à connaître les critères permettant de révéler un abus de position dominante à partir d'un refus de vente, plus précisément sur un marché où les prix sont réglementés.

La Cour de justice a reformulé la question préjudicielle ainsi:

[L]a juridiction de renvoi demande, en substance, si le fait qu'une entreprise pharmaceutique détenant une position dominante sur le marché national de certains médicaments refuse de satisfaire les commandes qui lui sont adressées par des grossistes, en raison du fait que ceux-ci sont actifs dans l'exportation parallèle desdits médicaments vers d'autres États membres, constitue un abus de cette position dominante interdite par l'article 82 CE.

Dans ce cadre, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur la pertinence d'une série de facteurs, tels que le degré de réglementation à laquelle est soumis le secteur pharmaceutique dans les États membres, l'incidence du commerce parallèle sur les revenus des entreprises pharmaceutiques et la question de savoir si ce commerce parallèle est susceptible de générer des avantages financiers pour les consommateurs finals desdits médicaments. (pts. 28-29)

(*Analyse*) Comme toujours, la Cour de justice entame sa réponse par le rappel de sa jurisprudence pertinente. Des décisions précédentes ont estimé que le refus d'une entreprise dominante de satisfaire des commandes sans justification objective était abusif, si ce refus pouvait éliminer la victime en tant que concurrent sur le marché local ou d'exportation. Elle rappelle également que cet abus peut résulter de toute entrave au commerce parallèle, y compris une tentative à limiter les exportations parallèles comme en l'espèce. Pour sa part, le fournisseur a prétendu que, dans certaines circonstances, la limitation du commerce parallèle de médicaments peut se motiver par des raisons légitimes qui justifieraient – objectivement – le refus de vente aux grossistes. Il a avancé deux raisons, toutes deux rejetées par la Cour (I), qui a ensuite substitué une troisième (II).

I. Les arguments objectifs qui ne peuvent pas justifier un refus de vente

Dans un premier temps, le producteur a prétendu que, de toutes les façons, les consommateurs finals n'allaient pas bénéficier du différentiel de prix, notamment parce que les grossistes allaient réserver pour eux-mêmes la majeure partie du profit résultant. Il ne serait donc pas justifié de forcer le

not the consumer (or the supplier). This line of reasoning was, apparently, based on the text of article 82 of the CE Treaty, which specifies that an abusive practice “may, in particular, consist in... limiting production, markets or technical development *to the prejudice of consumers*”. If the consumer is not really affected, the practice would not be abusive (compare this to the reasoning used by the CFI in its ruling T-168/01, and refused by the Court of Justice in case C-501/06, pts. 62 *et seq.*). The CJEC rejects this argument because, even if the benefit reserved for the consumer is not very significant, it exists nonetheless. This minimal benefit even serves as the main argument of the wholesaler's offer on the parallel consumer market. Furthermore, parallel commerce must also be protected specifically because it does benefit wholesalers and other operators (including insurance funds). In any case, the abusive nature of a practice is not dependant on

the degree to which that party's activities offer advantages to the final consumers... [A]n undertaking cannot base its arguments on the premiss [sic] that the parallel exports which it seeks to limit are of only minimal benefit to the final consumers. (pt. 57)

After all, the list of practices given in article 82 is not exhaustive (the text uses the term “in particular”).

In their second argument, the supplier suggested that the level of regulation in this sector precluded real competition (and that parallel trade would be very limited in such conditions). According to the Court, although it is true that the prices for the medicines and the scales of reimbursement (by the insurance companies) are regulated, this fact “does not entirely remove the prices of those products from the law of supply and demand” (pt. 61). Even in the few countries where these figures are directly determined by state authorities, the manufacturers intervene in advance, in the legislative negotiation phase, when they can influence the resulting price levels. At that time, they could put the price on par with the (low) prices abroad, rendering the parallel trade in the given medicine obsolete. Furthermore, regulations setting the resale price could in and of themselves generate a price differential, and thus create competitive opportunities for parallel traders (by imposing, for example, a price much lower than elsewhere). Nevertheless, the protection of parallel trade must not lead to a situation where the manufacturer makes the (lawful) business decision to no longer sell its product in the country in question.

According to the CJEC, one must mediate between, on one hand, a refusal to supply which is theoretically anticompetitive, and on the other, “steps [taken by an undertaking] that are reasonable and in proportion to the need to protect its own commercial interests” (pt. 69). The Court suggests an objective situation in which the refusal to trade would be legitimate because it is reasonable and proportional.

II. An objective reason that can justify a refusal to deal

A pharmaceuticals company, even in a dominant position, could legitimately refuse to fill orders that are *out of the ordinary*. This test was already suggested in the *United Brands* case (C-27/76, pt. 182), in which delivery was refused to a banana wholesaler who progressively turned to a competing supplier (parallel trade was not at issue). With respect to pharmaceuticals, the Court of Justice specifies that this refusal would be justified if the wholesaler's order were for “significant quantities of products that are essentially destined for parallel export” (pt. 71), or for “quantities which are out of all proportion to those previously sold by the same wholesalers to meet the needs of the market in that Member State” (pt. 76). The CJEC leaves it up to the national courts to determine what is

vendeur à livrer les grossistes quand une telle vente ne fait que générer un profit pour les grossistes et non pour les consommateurs (ou le producteur). Le raisonnement était, semble-t-il, fondé sur le texte de l'article 82 du Traité CE, qui précise qu'une pratique abusive peut “notamment consister à... limiter la production, les débouchés ou le développement technique *au préjudice des consommateurs*”. Si le consommateur n'est pas réellement affecté, la pratique ne serait pas abusive (comp. le raisonnement adopté par le TPI dans son arrêt T-168/01, et refusé par la Cour dans la décision C-501/06, pts. 62 et s.). La Cour rejette cet argument car, même si le bénéfice réservé au consommateur n'est pas très important, il existe néanmoins. Ce bénéfice minime constitue même l'argument principal de l'offre du grossiste sur le marché parallèle de consommation. En outre, le commerce parallèle doit aussi être protégé justement parce qu'il profite aux grossistes et autres opérateurs (y compris les caisses d'assurance maladie). De toutes les façons, le caractère abusif d'un comportement ne s'apprécie pas

en fonction du degré auquel les activités de ce dernier offrent des avantages pour les consommateurs finals... [Une] entreprise ne saurait se fonder sur la prémisse selon laquelle les exportations parallèles qu'elle vise à limiter n'auraient qu'une utilité minime pour les consommateurs finals. (pt. 57)

Après tout, la liste de pratiques fournie par l'article 82 n'est pas exhaustive (ce texte emploie le terme “notamment”).

Dans un second temps, le fournisseur a argué que le niveau de réglementation en ce domaine exclut une réelle concurrence (et que le commerce parallèle ne serait que très limité dans ces conditions). Selon la Cour, s'il est vrai que les prix des médicaments et les barèmes de remboursement (par les assurances) sont réglementés, ce fait “ne soustrait pas entièrement les prix de ces produits à la loi de l'offre et de la demande” (pt. 61). En effet, même dans les quelques pays où ces chiffres sont directement fixés par les autorités étatiques, les producteurs interviennent au préalable, au stade de la négociation législative, quand ils peuvent avoir une influence sur le niveau de prix résultant. À cette occasion, ils pourraient le fixer en harmonie avec les prix (bas) étrangers, rendant le commerce parallèle du médicament concerné caduc. En outre, une réglementation fixant le prix de revente peut en elle-même générer un différentiel de prix et créer ainsi des opportunités concurrentielles pour les opérateurs parallèles (en imposant, par exemple, un prix bien plus bas que celui pratiqué par ailleurs). Toutefois, la protection du commerce parallèle ne doit pas conduire à une situation où le fabricant prend la décision commerciale (et licite) de ne plus du tout vendre son produit dans le pays concerné.

Selon la CJCE, il faut donc arbitrer entre, d'un côté, un refus d'approvisionnement théoriquement anticoncurrentiel, et de l'autre, “des mesures raisonnables et proportionnées [prises par une entreprise pour] préserver ses propres intérêts commerciaux” (pt. 69). La Cour propose une situation objective dans laquelle le refus serait légitime parce qu'il est raisonnable et proportionné.

II. Un argument objectif qui peut justifier le refus de vente

Une entreprise pharmaceutique, même en position dominante, pourrait légitimement refuser de satisfaire des commandes présentant un *caractère anormal*. Le critère a déjà été avancé dans l'arrêt *United Brands* (C-27/76, pt. 182), dans lequel on a refusé de livrer un distributeur de bananes parce qu'il est progressivement passé à un fournisseur concurrent (la question du commerce parallèle n'était pas soulevée en l'espèce). En matière pharmaceutique, la Cour de justice précise que le refus serait justifié si la commande du grossiste concernait des “quantités significatives de produits destinés essentiellement aux exportations parallèles” (pt. 71), ou “des quantités qui sont hors de proportion avec celles vendues antérieurement par ces mêmes grossistes pour satisfaire les

“ordinary” in relation to the parties' previous sales volume and with respect to the needs of the local market (*i.e.*, the proportion of those needs covered by the wholesaler in question).

The Court ends its response by rejecting the supplier's argument based on the shortage of medicines that supposedly resulted from the obligation to supply exporting wholesalers. If it is indeed possible that this situation perturbs manufacturing and distribution logistics, according to the CJEC, “it would not be for the undertakings holding a dominant position but for the national authorities to resolve” (pt. 75). However the dominant undertaking could contribute to this resolution by refusing to supply the wholesalers if the shortage was caused by their dishonest sales policy (exporting the medicines to a country where they could resell it at a higher price, instead of satisfying the needs of the local market).

One wonders to what extent this ruling applies to other sectors, even unregulated ones? The main operative part does not make the solution dependant on a state fixing the price, only on a situation in which there are needs or “requirements of the market”:

It is for the national court to ascertain whether the orders are ordinary in the light of both the size of those orders in relation to the requirements of the market in the first Member State and the previous business relations between that undertaking and the wholesalers concerned.

The Court seems to establish a close connection between the two points of analysis mentioned (the requirements of the market and the previous sales volume). If the quantities ordered are “out of all proportion to those previously sold by the same wholesalers to meet the needs of the market in that Member State” (pt. 76), one could assume that those products “are essentially destined for parallel export” (pt. 71). But this logic rests on the supposition that a wholesaler will always chose to “meet the needs of [their part of the local] market”, instead of profiting from the more lucrative parallel trade abroad. Even if this argument were true, should one interpret “needs” as referring only to needs that are relevant to public health? The Court creates doubt as to the applicability of this ruling to (non perishable) food items, to other household goods, or to other regulated products. In these sectors, would it not be equally legitimate to prefer the satisfaction of the needs of the local consumer market to the wholesalers' extra profit drawn from parallel trade? Is the detail this ruling adds (*i.e.*, the quantitative reference to the needs of the market) to the test of ordinariness (as developed in *United Brands*) universally applicable, or does it apply only in the pharmaceuticals field?

In their caselaw on the now defunct misdemeanour of refusal to deal, French courts, for example, developed the same criteria relating to the ordinariness of orders. Just as in the *United Brands* ruling, they did not limit its scope to a particular economic sector (*e.g.*, application to luxury garments: Cass. com., 18 Oct. 1994, np° 92-21087), or to a quantitative analysis of orders (*e.g.*, legitimate refusal of a distributor who advertised unauthorized sales: *ibid.*). Let us suppose that today, in application of the examined ruling, a French court were to analyse the ordinariness of orders that had been refused. Would its judges be able to draw upon the previous reasoning behind past French caselaw, or must they always refer to the “needs of the (local) market”? Does the answer depend on the particular economic sector in question?

If it is indeed comprehensible to entrust the national courts with characterizing the ordinariness of an order, it would have been opportune to better specify the precise markets in which this analysis was to apply. This is all the more the case considering that its outcome, in that it pertains to anticompetitive practices, can lead to criminal prosecution...

besoins du marché dudit État membre” (pt. 76). Elle laisse aux juridictions nationales le soin de déterminer ce qui est “normal” par rapport au courant d'affaires antérieur des parties, et vis-à-vis des besoins du marché local (*i.e.*, la proportion de ces besoins couverte par le grossiste en question).

La Cour termine sa réponse en écartant l'argument du fournisseur tiré de la pénurie des médicaments qui serait due à l'obligation d'approvisionner les grossistes exportateurs. S'il est possible que cette situation perturbe la logistique de fabrication et de distribution, selon la CJCE, “c'est non pas aux entreprises détenant une position dominante, mais aux autorités nationales compétentes qu'il appartiendrait de [la] régler” (pt. 75). Mais l'entreprise dominante pourrait contribuer à cette régulation en refusant d'approvisionner les grossistes si la pénurie résulte de leur politique de vente déloyale (exporter des médicaments vers un pays où ils peuvent les revendre plus chers, au lieu de satisfaire les besoins du marché local).

L'on se demande dans quelle mesure la décision est-elle applicable à d'autres domaines, mêmes non réglementés? En effet, le dispositif principal ne subordonne pas la solution à une fixation étatique du prix, seulement une situation dans laquelle il existerait des “besoins du marché”:

Il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer le caractère normal desdites commandes au regard de l'ampleur de ces commandes par rapport aux besoins du marché dudit État membre ainsi que des relations commerciales antérieures entretenues par ladite entreprise avec les grossistes concernés.

La Cour semble établir un lien étroit entre les deux points d'analyse mentionnés (les besoins du marché et le chiffre d'affaires antérieur). Si les quantités commandées sont “hors de proportion avec celles vendues antérieurement par ces mêmes grossistes pour satisfaire les besoins du marché dudit État membre” (pt. 76), l'on peut supposer que ces produits sont “destinés essentiellement aux exportations parallèles” (pt. 71). Mais cette logique repose sur la supposition qu'un grossiste choisira toujours de “satisfaire les besoins [de sa part] du marché” local, au lieu de profiter du commerce parallèle plus lucratif à l'étranger. Même si l'argument était vrai, devrait-on interpréter ces “besoins” comme se référant uniquement aux besoins relevant de la santé publique? La Cour laisse planer le doute sur l'applicabilité de cet arrêt en matière alimentaire (pour les biens non-périssables), à d'autres produits ménagers, ou à d'autres produits réglementés. En ces domaines, ne serait-il pas également légitime de préférer la satisfaction des besoins du marché local de consommation au profit supplémentaire des grossistes tiré du commerce parallèle? La précision apportée par cet arrêt (*i.e.*, la référence quantitative aux besoins du marché) au critère de normalité (tel que développé dans l'arrêt *United Brands*) est-elle générale, ou s'applique-t-elle uniquement en matière pharmaceutique?

À l'occasion de décisions rendues sur l'ancien délit de refus de vente, la jurisprudence française, par exemple, a élaboré le même critère tenant à la normalité des commandes. Tout comme dans l'affaire *United Brands*, elle n'a pas limité son champ d'application à un secteur particulier (*e.g.*, en matière de vêtements de luxe: Cass. com., 18 oct. 1994, np° 92-21087), ni à une analyse quantitative des commandes (*e.g.*, refus légitime opposé à un distributeur ayant annoncé des soldes sans autorisation: *ibid.*). Imaginons qu'aujourd'hui, en application de l'arrêt commenté, il incombait à un juge français d'examiner la normalité des commandes qui avait été refusées. Pourrait-il reprendre les motivations de l'ancienne jurisprudence française, ou devrait-il se référer toujours aux “besoins du marché” local? La réponse dépend-elle du secteur économique en cause?

S'il est compréhensible de laisser aux juridictions nationales le soin de qualifier la normalité d'une commande, il aurait été opportun de mieux spécifier les marchés précis à propos desquels cette analyse devait intervenir. C'est d'autant plus le cas que son aboutissement, en ce qu'il porte sur des pratiques

-EL

General Bibliography

Bibliographie générale

Albors-Llorens, A., “Refusal to Deal and Objective Justification in EC Competition Law”, *The Cambridge Law Journal* 2006, p. 24.

Idot, L., “Commerce parallèle des médicaments et abus de position dominante”, *Europe* 2008, Com. n° 381, p. 39.

Glossary

Lexique

(supply) quota system: “Several documents seized by the Commission prove that a strategy of imposing quotas was implemented in order to restrict all re-exports from Italy... It states: although the delivery periods for the [vehicles] could be significantly reduced by up to eight months, quotas are still applied to the dealers.” (CFI, 6 July 2000, Aff. n° T-62/98, *Volkswagen v. Commission*, pts. 79-80)

- business practice that limits supply to a distributor in order to control their stocks and to thus reduce their ability to export the product under quota.

This business strategy, implemented between privately-owned undertakings, must be distinguished from quotes imposed by state authorities in order to manage the international trade in those local goods and services that they wish to protect (e.g., road transport services, produce from fishing).

contingentement (des livraisons): “Il convient de constater que plusieurs documents saisis par la Commission démontrent qu’une stratégie de contingentement a été mise en œuvre dans le but de restreindre l’ensemble des réexportations à partir de l’Italie... En effet, il est écrit: ‘Bien que les délais de livraison [des voitures] pouvaient être considérablement réduits (jusqu’à huit mois), les concessionnaires continuent à être contingentés.’” (TPI, 6 jul. 2000, Aff. n° T-62/98, *Volkswagen c. Commission*, pts. 79-80)

- politique commerciale consistant à limiter l’approvisionnement à un distributeur dans le dessein de contrôler les stocks que celui-ci détient et de réduire ainsi ses possibilités d’exporter le produit contingenté.

Cette stratégie commerciale, mise en œuvre entre entreprises privées, doit être distinguée du “contingentement” opéré par les personnes publiques pour gérer les flux internationaux des produits ou services locaux qu’elles souhaitent protéger (e.g., services de transport routier, produits de pêche).