

Vzgr Rb Utrecht, 14 november 2006, Legropharma v Bayer



MEDEDINGINGSRECHT

Geen doorleververbod

Legropharma heeft, mede gelet op de betwisting van Bayer, voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Bayer haar afnemers verbiedt om bepaalde producten aan anderen dan aan Nederlandse apotheken door te leveren.

Ook is niet aannemelijk geworden dat Bayer aan Legropharma een dergelijk verbod heeft opgelegd. Een en ander kan niet worden afgeleid uit de tekst van de als overeenkomst aan te merken brief van Bayer van 8 november 2004. Legropharma heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat het bestaan van een dergelijk verbod kan worden afgeleid uit de in de leveringsvoorwaarden genoemde rapportageverplichting nu Bayer stelt dat zij de cijfers van haar afnemers nodig had om een prognose te kunnen maken van de door haar in Duitsland te bestellen voorraad. Bovendien heeft Bayer het altijd goedgevonden dat Legropharma in haar rapportages geen afnemers noemde en slechts het aantal verpakkingen vermeldde dat zij naar een bepaalde regionale eenheid had geleverd. Een en ander, in samenhang met het feit dat Legropharma vanaf september 2004 Adalat® OROS afneemt en pas in november 2005 voor het eerst heeft gerapporteerd, moet tot de conclusie leiden dat de verlangde overzichten geen verband hielden met de controle op de naleving van een opgelegd verbod tot doorlevering. Legropharma heeft derhalve niet aannemelijk gemaakt dat Bayer in strijd handelt met artikel 81 EG en artikel 6 Mw

DISTRIBUTIEOVEREENKOMST

Beëindiging

Geen zwaarwegende grond voor beëindiging vereist

Legropharma heeft voorshands evenmin aannemelijk gemaakt dat Bayer een zwaarwegende grond behoeft om de contractuele relatie eenzijdig te mogen beëindigen. Legropharma heeft in onvoldoende mate weersproken dat er geen met Adalat® OROS uitwisselbare medicijnen van andere producenten bestaan en heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat zij de middelen van Bayer niet via andere groothandels kan inkopen. Van een afhankelijke positie van Bayer is derhalve in onvoldoende mate gebleken.

Vindplaatsen:LJN:[AZ2861](#); JGR 2007, nr. 8, p. 85, m.nt. Vollebregt

Vzgr Rb Utrecht, 14 november 2006
(M. van Delft-Baas)

(...)

zaaknummer / rolnummer: 220029 / KG ZA 06-998

Vonnis in kort geding van 14 november 2006

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

LEGROPHARMA B.V.,

gevestigd te Leeuwarden,

eiseres,

procureur mr. P.J. Soede,

advocaten mrs. E. Boerwinkel en A.L. Appelman te Zwolle,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BAYER B.V.,

gevestigd te Mijdrecht,

gemeente De Ronde Venen,

gedaagde,

procureur mr. R.Lubbinge.

Partijen zullen hierna Legropharma en Bayer genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Legropharma
- de pleitnota van Bayer.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Legropharma is een groothandel in farmaceutische producten en is gespecialiseerd in merkmedicijnen die op de Nederlandse markt zijn toegelaten. Legropharma koopt vanaf november 2004 het door Bayer geproduceerde geneesmiddel Adalat® OROS (30 en 60 mg) bij Bayer in. In de door Bayer op 8 november 2004 aan Legropharma gezonden brief zijn de tussen partijen overeengekomen leveringsvoorwaarden opgenomen. Deze voorwaarden behelzen, kort weergegeven, het volgende:

- Legropharma zal minimaal 400 en maximaal 900 verpakkingen Adalat® OROS (30 en 60 mg) per maand van Bayer afnemen

- Legropharma dient binnen 30 dagen te betalen en kan geen nieuwe bestelling doen zolang de voorgaande levering niet is betaald

- Legropharma dient eenmaal per kwartaal aan Bayer een overzicht te verstrekken aan welke apotheken zij de van Bayer afgenomen producten heeft geleverd.

2.2. Vanaf september 2005 neemt Legropharma ook verpakkingen Kinzalmono® (20 mg) van Bayer af.

2.3. Bij brief van 27 juni 2005 heeft Bayer aan Legropharma bericht dat zij in verband met een voorraadtekort van het middel Adalat® OROS voorsnog niet aan alle orderaan-vragen kan voldoen.

2.4. Bij emailbericht van 25 november 2005 heeft Legropharma aan Bayer een overzicht verstrekt van de door haar per EGG (economisch-geografisch gebied) afgeleverde hoeveelheden Adalat® Oros 30 en 60 mg over de periode 2005. Bij brief van 2 mei 2006 heeft zij

een overzicht van de leveringen in het eerste kwartaal van 2006 verstrekt en bij brief van 3 juli 2006 een overzicht van de leveringen in het tweede kwartaal van 2006.

2.5. Bij brief van 19 mei 2006 heeft Bayer aan Legropharma de volgende mededeling gedaan:

“Sinds november 2004 neemt u Adalat® OROS 30 en Adalat® OROS 60 van ons af.

Een interne wijziging van het leveringsbeleid betreffende Adalat® OROS heeft ons doen besluiten om LegroPharma B.V. in de toekomst geen Adalat® OROS 30 en Adalat® OROS 60 meer te leveren.

Hoewel wij niet verplicht zijn om een opzegtermijn in acht te nemen, willen wij u louter uit courtoise de komende twee maanden conform het huidige quotum Adalat® OROS leveren, zodat u in staat wordt gesteld om vervangende activiteiten/inkopen te ontplooiën. Het voorgaande houdt concreet in, dat Bayer met ingang van juli 2006 geen bestellingen van LegroPharma B.V. betreffende Adalat® OROS meer in behandeling zal nemen.”

2.6. Bij brief van 10 juli 2006 heeft Bayer aan Legropharma medegedeeld dat zij met ingang van 1 september 2006 wegens een interne wijziging van het leveringsbeleid ook geen Kinzalmono® 20 mg meer aan Legropharma zal leveren.

3. Het geschil

3.1. Legropharma vordert na wijziging van eis – samengevat – Bayer te veroordelen de leveringen Adalat® OROS en Kinzalmono® te hervatten op straffe van een dwangsom.

3.2. Bayer voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Legropharma stelt dat zij voor de inkoop van de beide medicijnen volledig afhankelijk van Bayer is en dat er geen gelijkwaardige vervangende merkproducten voorhanden zijn. Om die reden mag Bayer, naar Legropharma stelt, de contractuele relatie slechts opzeggen indien daartoe een zwaarwegende grond bestaat. Legropharma betwist niet alleen het bestaan van een dergelijke zwaarwegende grond maar stelt ook dat de opzegging door Bayer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daartoe voert zij in de eerste plaats aan dat de opzegging in strijd is met het mededingingsrecht. Legropharma heeft dit als volgt onderbouwd.

Bayer hanteert voor de onderhavige medicijnen een doorleververbod hetgeen inhoudt dat een groothandel in Nederland zoals Legropharma deze producten alleen aan apotheken in Nederland mag leveren. Bayer ziet toe op de naleving van dit verbod door middel van de periodieke rapportages die Legropharma aan Bayer dient te verstrekken. Omdat Legropharma ook aan collega-groothandels levert en Bayer dit kennelijk heeft geconstateerd, is Bayer de leveringen Adalat® OROS eerst gaan quoteren. Vervolgens heeft Bayer de contractuele relatie wegens de overtreding van het doorleververbod beëindigd. Legropharma stelt dat zij zich niet aan het door Bayer opgelegde verbod heeft gehouden omdat zij wist dat dit onderdeel van de over-

eenkomst nietig was. Een dergelijk verbod is immers strijdig met de inhoud van artikel 81 EG en artikel 6 Mw. De overtreding van dit verbod kan daarom geen rechtsgeldige reden zijn voor de opzegging van de overeenkomst.

Legropharma heeft voorts gesteld dat Bayer ook met de verwijzing naar “de interne wijziging van het leveringsbeleid” geen zwaarwegende of legitieme grond voor de opzegging heeft gegeven. Dit laatste geldt, naar Legropharma betoogt, te meer nu Bayer wel andere, met Legropharma vergelijkbare, groothandels is blijven beleveren. Legropharma heeft ten slotte aangevoerd dat Bayer evenmin een redelijke opzegtermijn in acht heeft genomen.

4.2. Bayer heeft betwist dat zij een doorleververbod hanteert. Ook heeft zij betwist dat zij een dergelijk verbod of enige leveringsbeperkende bepaling ooit met Legropharma heeft besproken. Bayer heeft in dit kader aangevoerd dat zij wegens het verlopen van het octrooi op Adalat® OROS beducht was voor de concurrentie van uitwisselbare versies van haar product. Om die reden heeft zij het beleid gevoerd om zoveel mogelijk distributiekkanalen, waaronder Legropharma, voor de verkoop van haar product te benutten. Enig verbod op doorlevering paste derhalve ook niet in het gevoerde beleid.

Bayer heeft voorts gesteld dat haar in mei 2006 is gebleken dat zij de concurrentiestrijd met de generieke en met Adalat® OROS uitwisselbare medicijnen van andere producenten had verloren waarna zij haar beleid heeft gewijzigd. Bayer wenst zich in de toekomst te richten op volgesorteerde groothandels (dat zijn groothandels die een volledig Bayer-assortiment afnemen) aangezien dit logistieke, financiële en administratieve voordelen voor Bayer heeft. Deze beleidskeuze, die zij overigens gefaseerd wenst uit te voeren, heeft er toe geleid dat zij de relatie met Legropharma heeft beëindigd.

4.3. Legropharma heeft, mede gelet op de betwisting van Bayer, voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Bayer haar afnemers verbiedt om bepaalde producten aan anderen dan aan Nederlandse apotheken door te leveren. Ook is niet aannemelijk geworden dat Bayer aan Legropharma een dergelijk verbod heeft opgelegd. Een en ander kan niet worden afgeleid uit de tekst van de als overeenkomst aan te merken brief van Bayer van 8 november 2004. Legropharma heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat het bestaan van een dergelijk verbod kan worden afgeleid uit de in de leveringsvoorwaarden genoemde rapportageverplichting nu Bayer stelt dat zij de cijfers van haar afnemers nodig had om een prognose te kunnen maken van de door haar in Duitsland te bestellen voorraad. Bovendien heeft Bayer het altijd goedgevonden dat Legropharma in haar rapportages geen afnemers noemde en slechts het aantal verpakkingen vermeldde dat zij naar een bepaalde regionale eenheid had geleverd. Een en ander, in samenhang met het feit dat Legropharma vanaf september 2004 Adalat® OROS afneemt en pas in november 2005 voor het eerst heeft gerapporteerd, moet tot de conclusie leiden dat de verlangde overzich-

ten geen verband hielden met de controle op de naleving van een opgelegd verbod tot doorlevering. Legropharma heeft derhalve niet aannemelijk gemaakt dat Bayer in strijd handelt met artikel 81 EG en artikel 6 Mw.

4.4. Legropharma heeft voorshands evenmin aannemelijk gemaakt dat Bayer een zwaarwegende grond behoeft om de contractuele relatie eenzijdig te mogen beëindigen. Legropharma heeft in onvoldoende mate weersproken dat er geen met Adalat® OROS uitwisselbare medicijnen van andere producenten bestaan en heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat zij de middelen van Bayer niet via andere groothandels kan inkopen. Van een afhankelijke positie van Bayer is derhalve in onvoldoende mate gebleken.

4.5. Legropharma heeft overigens ook met haar andere argumenten niet aannemelijk kunnen maken dat de opzegging niet kan worden aanvaard. Zo is bijvoorbeeld niet gebleken dat Legropharma ten behoeve van, of in het kader van haar relatie met Bayer bepaalde investeringen heeft gedaan of dat zij in haar economisch bestaan in belangrijke mate van Bayer afhankelijk was. Ook kan niet worden geoordeeld dat er sprake was van een langdurige relatie tussen partijen of van een bijzondere machtspositie van Bayer.

Voor zover al moet worden geoordeeld dat Bayer een opzeggingsgrond had moeten meedelen, is de verwijzing van Bayer naar haar gewijzigde beleid voldoende. Van Bayer behoefde in het onderhavige geval niet te worden verlangd dat zij Legropharma, mede gelet op de kortstondige handelsrelatie, tekst en uitleg zou geven van de achtergronden van haar gewijzigde beleid. Bovendien is een wijziging van het gevoerde beleid een goede grond. Onder deze omstandigheden is voldoende aannemelijk dat de bodemrechter indien daartoe geroepen, ook de door Bayer in acht genomen opzegtermijn redelijk zal achten.

4.6. Uit het voorgaande volgt dat de vordering van Legropharma zal worden afgewezen.

Legropharma zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Bayer worden begroot op:

- vast recht EUR 248,00
- overige kosten 0,00
- salaris procureur 816,00
Totaal EUR 1.064,00

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Legropharma in de proceskosten, aan de zijde van Bayer tot op heden begroot op EUR 1.064,00,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeeling uitvoerbaar bij voorraad.