

Update

Newsflash Januar 2018

Bundesverwaltungsgericht hebt Sanktionen der Wettbewerbskommission gegen Pfizer, Eli Lilly und Bayer auf (Hors-Liste Medikamente)

Mit drei Urteilen hebt das Bundesverwaltungsgericht am 19. Dezember 2017 die von der Wettbewerbskommission ausgesprochenen Sanktionen in der Höhe von insgesamt CHF 5.7 Mio. gegen Pfizer, Eli Lilly und Bayer auf. Das Gericht kommt zum Schluss, dass die von den drei Pharmaunternehmen veröffentlichten unverbindlichen Preisempfehlungen den Wettbewerb nicht beschränkten, sondern überhöhte Preise verhinderten.

Hintergrund

Die Pharmaunternehmen Pfizer AG ("Pfizer"), Bayer (Schweiz) AG ("Bayer") und Eli Lilly (Suisse) SA ("Eli Lilly") vertreiben ihre Medikamente gegen Potenzstörungen, Viagra (Pfizer), Levitra (Bayer) und Cialis (Eli Lilly) in der Schweiz über Apotheken und selbstdispensierende Ärzte, die berechtigt sind, Arzneimittel selbst abzugeben. Diese Arzneimittel sind verschreibungspflichtig, aber nicht kassenpflichtig ("Hors-Liste Medikamente"). Alle drei Pharmaunternehmen haben für diese Medikamente ausdrücklich als „*unverbindlich*“ bezeichnete Publikumspreisempfehlungen ("PPE") veröffentlicht.

Die Wettbewerbskommission ("WEKO") hat im November 2009 verfügt, dass das Veröffentlichende und Befolgen der PPE eine unzulässige und sanktionierbare vertikale Preisbindung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstelle. Pfizer, Bayer und Eli Lilly wurde es verboten,

die PPE weiterhin zu veröffentlichen. Des Weiteren wurden den Pharmaunternehmen Sanktionen in der Höhe von insgesamt CHF 5.7 Mio. auferlegt.

Das Bundesgericht hielt mit Urteil vom 28. Januar 2015 fest, dass heilmittelrechtliche Vorschriften wie vorliegend das absolut wirkende Publikumsverbot die Anwendung des Kartellgesetzes nicht ausschliessen und wies die Sache an das Bundesverwaltungsgericht ("BVGer") zurück. Solche Vorschriften fliessen aber als Wettbewerbsfaktoren in die kartellrechtliche Beurteilung ein. Das Publikumsverbot hat denn auch die Beurteilung der PPE vorliegend massgeblich beeinflusst.

Urteile des BVGer vom 19. Dezember 2017

Mit seinen Urteilen vom 19. Dezember 2017 hebt das BVGer die von der WEKO ausgesprochenen Verbote sowie Sanktionen auf.

a) BVGer anerkennt ökonomische Ambivalenz und effizienzsteigernde Effekte

Das BVGer hatte zu prüfen, ob die PPE für die strittigen Hors-Liste Medikamente tatsächlich zu einem abgestimmten Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 (i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 4) KG führten. Als vertikale Preisbindungen wären die PPE dann grundsätzlich sanktionierbar gewesen.

Die Erwägungen des BVGer sind für die kartellrechtliche Einordnung vertikaler Preisbindungen wie -empfehlungen in der Schweiz wegweisend: Wegen der ökonomischen Ambivalenz müssen Preisempfehlungen einzelfallbezogen unter den konkreten, marktbezogenen Umständen geprüft werden. So können sie dem BVGer zufolge durchaus als Mechanismen zur Überwindung von Marktversagen dienen, wenn bspw. Preisempfehlungen die Preisungewissheit für Endverbraucher beseitigen.

Einseitig verkündete, empfohlene Preise sind nur dann als kartellrechtlich kritisch zu qualifizieren, wenn sie ihren Empfehlungscharakter verlieren und durch Ausübung von Druck oder Gewährung von Anreizen überwacht und durchgesetzt werden. Doch selbst von den grundsätzlich problematischen vertikalen Preisbindungen können durchaus effizienzsteigernde Effekte (bspw. Verhinderung einer doppelten Marginalisierung) ausgehen, die im Rahmen einer allfälligen Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG zu berücksichtigen sind.

b) Aufgrund heilmittelrechtlicher Rahmenbedingungen wirkten die PPE als Preisobergrenzen

Als Ausgangspunkt stellt das BVGer auf die herrschende ökonomische Lehre ab, dass *gebundene Höchstpreise* zulässig sind, es sei denn sie wirken sich als Mindest- oder Festpreise aus oder erleichtern Kollusion. Dies gilt umso mehr auch für *sich selbstdurchsetzende* Höchstpreisempfehlungen sowie für Preisempfehlungen, die sich, *ohne ausdrücklich als solche deklariert zu sein*, wie Höchstpreise auswirken.

Vorliegend trat der Effekt einer Preisobergrenze ein, weil das in Art. 32 Abs. 2 lit. a HMG verankerte, umfassende Publikumsverbot die Markttransparenz für verschreibungspflichtige Medikamente stark einschränkt. Solange das Publikumsverbot keine wirksame Preispublizität unter Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten erlaube, könne sich der Patient gemäss BVGer nicht mit Preisvergleichen gegen überhöhte Preise wehren.

c) Befolgungsgrad als solcher nicht ausschlaggebend

Das BVGer lässt den Befolgungsgrad von PPE *ohne weitere Indizien* nicht genügen, um eine abgestimmte Verhaltensweise und damit eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nachzuweisen. Der Befolgungsgrad ist alleine „*in wettbewerbs-ökonomischer Hinsicht kaum aussagekräftig*“.

Vorliegend zweifelt das BVGer mit seiner Kritik an Aktenführung und Untersuchungsmethode zum von der Vorinstanz ermittelten Befolgungsgrad. Rund zwei Drittel des über den Apotheken-Kanal vertriebenen Marktvolumens für Hors-Liste Medikamente entfielen auf Apotheken, welche die PPE nicht strikt einhielten bzw. Rabatte darauf gewährten. Auch bei den selbstdispensierenden Ärzten zeichnete sich ein ähnliches Bild ab. Der tatsächliche Befolgungsgrad musste daher deutlich tiefer liegen als von der WEKO dargestellt.

Doch letztlich kam es auf den Befolgungsgrad nicht an. Wegen der heilmittelrechtlichen Besonderheiten wirkten sich die PPE als Preisobergrenze aus, so dass sich weitere Beweiserhebungen oder gar eine Rückverweisung zur Ermittlung des Befolgungsgrads erübrigten.

Die drei Urteile können mit Beschwerde an das Bundesgericht angefochten werden.

Für weitere Fragen zu diesem Thema stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Ihre Ansprechpartner

Genf / Lausanne

Benoît Merkt
benoit.merket@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 70 00

Zürich

Marcel Meinhardt
marcel.meinhardt@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Astrid Waser
astrid.waser@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Unsere Büros

Genf

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tel: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zürich

Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zürich
Tel: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue du Tribunal-Fédéral 34
CH-1005 Lausanne
Tel: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com

Rechtlicher Hinweis: Der Inhalt dieses Newsflash ist allgemeiner Natur und stellt keine Rechtsauskunft dar. Bei Fragen zur für Sie relevanten rechtlichen Ausgangslage stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.
