CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 1 de Abril de 2008 [1]

Índice

I — Introdução ..... I - 7145

II — Quadro normativo ..... I - 7146

A — O direito comunitário ..... I - 7146

B — A regulamentação nacional ..... I - 7148

III — Factos dos processos principais e questões prejudiciais ..... I - 7148

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça ..... I - 7151

V — Análise das questões prejudiciais ..... I - 7152

A — Aspectos preliminares ..... I - 7152

1. Objecções à formulação das questões ..... I - 7152

a) A posição de domínio ..... I - 7152

b) Satisfação «integral» das encomendas ..... I - 7153

2. Apresentação ..... I - 7153

B — Abusos de posição dominante per se no artigo 82.º CE (primeira questão prejudicial) ..... I - 7154

1. A recusa de abastecimento como acto abusivo ..... I - 7154

a) A jurisprudência comunitária ..... I - 7154

b) O elemento intencional como agravante ..... I - 7156

1 — Língua original: espanhol.

2. O reconhecimento de abusos *per se* no âmbito do artigo 82.º CE: um problema metodológico ..... I - 7158

a) A jurisprudência do Tribunal de Justiça ..... I - 7158

b) Inadequação dos abusos *per se* ao artigo 82.º CE ..... I - 7159

i) Normas de carácter jurídico ..... I - 7159

ii) Normas de carácter económico ..... I - 7161

3. Resposta proposta para a primeira questão prejudicial ..... I - 7162

C — Elementos justificativos de um comportamento normalmente abusivo (segunda questão prejudicial) ..... I - 7162

1. As condições de um mercado imperfeito ..... I - 7163

a) Características fundamentais do mercado ..... I - 7163

b) Análise destas causas justificativas ..... I - 7164

i) A fixação de preços pelos Estados-Membros ..... I - 7165

ii) A obrigação de aprovisionamento ..... I - 7166

2. A defesa dos interesses comerciais legítimos ..... I - 7167

a) Análise jurisprudencial ..... I - 7167

b) Fundamentos invocados ..... I - 7168

3. O balanço económico positivo ..... I - 7171

4. Solução proposta para a segunda questão prejudicial ..... I - 7172

VI — Conclusão ..... I - 7173

I — Introdução

1. Chegam novamente ao Tribunal de Justiça, como um *boomerang*, as questões prejudiciais não admitidas há um par de anos [2]. Um órgão jurisdicional grego, o Trimeles Efeteio Athinon (tribunal de

2 — Acórdão de 31 de Maio de 2005, Syfait e o. (C-53/03, Colect., p. I-4609).

recurso de Atenas), procura resposta para certas questões essenciais do direito comunitário da concorrência, relacionadas com o abuso de posição dominante, proibido pelo artigo 82.º CE, e com as importações paralelas de medicamentos da República Helénica para outros Estados-Membros, em que o reembolso do preço pago pelos envios com receita médica é sensivelmente superior ao da Grécia.

2. O fundamento da rejeição do reenvio prejudicial não obstou a que o advogado-geral designado naquela ocasião apresentasse conclusões [3], que os litigantes no processo pendente no órgão jurisdicional de reenvio longamente referem, quase as convertendo no centro do debate.

3. Esta situação incomoda-me, pois sinto-me como um Avellaneda a escrever a segunda parte de um romance alheio, o que podia valer-me uma reprimenda, como as que recebeu o célebre autor, apesar de a situação não ser comparável: vejo-me forçado a redigir estas conclusões e cumpro as minhas obrigações profissionais de boa fé e sem um pingo do ressentimento que, segundo parece, inspirou o plágio de Avellaneda [4].

II — Quadro normativo

A — *O direito comunitário*

4. O Tratado CE contém duas normas relativas à concorrência, que são fundamentais para o funcionamento do mercado comum. Enquanto o artigo 81.º CE proíbe as práticas concertadas entre empresas concorrentes, o artigo 82.º, primeiro parágrafo, proíbe a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante nesse mercado ou numa parte substancial dele. No segundo parágrafo, enumera, sem carácter taxativo, uma série de exemplos típicos dessa conduta arbitrária.

3 — Conclusões do advogado-geral Jacobs no processo Syfait, já referido, apresentadas em 28 de Outubro de 2004, em que defende a admissibilidade das questões prejudiciais.

4 — Com o pseudónimo de Alonso Fernández de Avellaneda, provavelmente um clérigo desconhecido chamado Alonso Fernández Zapata, publicou em 1614 o «Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha», provocando a compreensível ira de Cervantes, que, ao escrever a verdadeira continuação do seu relato, incluiu ataques à grosseira imitação. A qualidade literária da usurpação é muito distante da que pretendia copiar, pelo que Fernando García Salinero, «Introducción crítica sobre la obra y su autor», Alonso Fernández de Avellaneda, El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha, Ed. Castalia, Madrid, 2005, p. 24, o qualificou como «um livro de enganos sem o engenho da malícia, cuja criação é talvez devida a motivos de rancor pessoal».

5. No contexto factual do processo principal, assumem também importância algumas normas de direito derivado; assim, a Directiva 89/105/CEE [5] consagra medidas destinadas a harmonizar os métodos de determinação dos preços dos medicamentos. O artigo 2.º, nos n.os 1 e 2, refere:

«As disposições que se seguem serão aplicáveis quando a colocação no mercado de uma especialidade farmacêutica só seja permitida após aprovação do preço respectivo pelas autoridades competentes do Estado-Membro em causa:

1. Os Estados-Membros devem assegurar a adopção de uma decisão relativa ao preço a aplicar à especialidade farmacêutica e a sua comunicação ao requerente no prazo de noventa dias que se segue à recepção do pedido apresentado, em conformidade com as normas estabelecidas no Estado-Membro em causa pelo titular de uma autorização de comercialização. O requerente deve fornecer às autoridades competentes as informações adequadas. […] as autoridades competentes devem […] tomar a sua decisão final no prazo de noventa dias […]. Na ausência de tal decisão dentro do(s) prazo(s) referido(s), o requerente fica habilitado a colocar a especialidade no mercado ao preço proposto.

2. Se as autoridades competentes decidirem não permitir a colocação no mercado da especialidade farmacêutica em causa ao preço proposto pelo requerente, a decisão deve incluir uma justificação dos fundamentos baseados em critérios objectivos e verificáveis. […]».

6. Embora não afectem *ratione temporis* os factos debatidos no órgão jurisdicional nacional de reenvio, cumpre trazer à colação, pelas eventuais repercussões *pro futuro* do acórdão a proferir pelo Tribunal de Justiça, o artigo 81.º, n.º 2, da Directiva 2001/83/CEE [6] que revogou a Directiva 92/25/CEE [7], o qual dispõe:

«O titular da autorização de introdução de um medicamento no mercado e os distribuidores desse medicamento efectivamente colocado no mercado de um Estado-Membro asseguram, no limite das respectivas responsabilidades, o fornecimento adequado e contínuo desse medicamento às farmácias e às pessoas autorizadas a dispensar medicamentos, de forma a satisfazer as necessidades dos doentes do Estado-Membro em causa».

7. O n.º 3 do mesmo artigo 81.º repete que as modalidades de aplicação do presente

5 — Directiva 89/105/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa à transparência das medidas que regulamentam a formação do preço das especialidades farmacêuticas para uso humano e a sua inclusão nos sistemas nacionais de seguro de saúde (JO 1989, L 40, p. 8).

6 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano (JO L 311, p. 67) alterada pela Directiva 2004/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 (JO L 136, p. 34).

7 — Directiva 92/25/CEE do Conselho, de 31 de Março de 1992, relativa à distribuição por grosso dos medicamentos para uso humano (JO L 113, p. 1).

artigo devem ser justificadas por razões de protecção da saúde pública e proporcionais ao objectivo dessa protecção, «no respeito pelas regras do Tratado, nomeadamente pelas relativas à livre circulação das mercadorias e à concorrência».

B — *A regulamentação nacional*

8. O artigo 2.º da Lei n.º 703/1977, relativa ao controlo dos monopólios e dos oligopólios e à protecção da livre concorrência (a seguir, «lei de defesa da concorrência grega»), corresponde, substancialmente, ao disposto no artigo 82.º CE.

9. Segundo o artigo 29.º, n.º 2, da Lei n.º 1316/1983, que alterou o artigo 8.º do Decreto Legislativo n.º 96/1973, os titulares de uma autorização para colocar fármacos em circulação devem abastecer regularmente o mercado com o produto que fabriquem ou importem.

10. Finalmente, a legislação grega subordina a actividade dos grossistas destes produtos à obtenção de uma autorização e ao compromisso de abastecerem suficientemente uma zona geográfica determinada.

III — Factos dos processos principais e questões prejudiciais

11. A empresa de investigação e produção de medicamentos GlaxoSmithKline PLC, com sede no Reino Unido, distribui e assegura as existências em armazém dos seus medicamentos, na Grécia, através da sua filial GSK AEVE (a seguir, conjuntamente «GSK»), que possui a autorização da sociedade-mãe para os comercializar em território helénico. Assim, distribui os medicamentos, todos sujeitos a receita médica e de cujas patentes a GSK é titular, com as marcas Imigran, para a enxaqueca, Lamictal, para a epilepsia, e Serevent, para a asma.

12. As recorrentes nos processos principais adquiriam há vários anos, como grossistas intermediários, os referidos medicamentos em todas as suas formas de apresentação, distribuindo-os depois, tanto no mercado grego como no de outros países, em especial da Alemanha e do Reino Unido.

13. Em finais de Outubro de 2000, alegando escassez dos três medicamentos referidos, relativamente à qual declinou qualquer responsabilidade, a GSK transformou o seu sistema de distribuição na Grécia. Deixou de satisfazer as encomendas das recorrentes desde 6 de Novembro desse ano, fornecendo os hospitais e as farmácias por intermédio da sociedade Farmacenter AE.

14. Quando, em Fevereiro de 2001, restabeleceu o aprovisionamento normal, voltou a distribuir aos grossistas, ainda que em quantidades limitadas, Imigran, Lamictal e Serevent, tendo abandonado a cooperação com a Farmacenter AE. Esta actuação da GSK provocou a ira das recorrentes, que actuaram por duas vias: a administrativa e a civil.

15. A GSK iniciou a via administrativa pedindo ao Epitropi Antagonismou (Comissão da Concorrência da Grécia) uma declaração negativa sobre as alterações da sua política de distribuição de medicamentos; por sua vez, as recorrentes nos processos principais, certas associações helénicas de farmacêuticos e outros armazenistas grossistas requereram a abertura de um procedimento pelos mesmos factos, a fim de a GSK ser condenada por abuso de posição dominante na acepção do artigo 2.º da Lei de defesa da concorrência grega e do artigo 82.º CE.

16. O Epitropi Antagonismou ordenou medidas provisórias que obrigavam a GSK a satisfazer as encomendas dos três produtos objecto de litígio até à adopção de uma decisão definitiva. No entanto, por ter dúvidas quanto à interpretação do direito nacional à luz do direito comunitário, a entidade reguladora da concorrência no mercado grego suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça algumas questões prejudiciais sobre a exegese do artigo 82.º CE, que foram registadas na Secretaria deste Tribunal com o número C-53/03.

17. O acórdão do Tribunal de Justiça não se pronunciou quanto ao mérito, tendo-se declarado incompetente para responder a um órgão que não tem natureza jurisdicional na acepção do artigo 234.º CE [8], mas o Epitropi Antagonismou, em 1 de Setembro de 2006, pronunciou-se sobre as queixas das recorrentes, decidindo que a GSK só gozava de uma posição dominante relativamente ao Lamictal dado que os doentes de epilepsia tinham dificuldade em se adaptar a outros medicamentos semelhantes, que o grupo de empresas da GSK só infringiu o disposto no artigo 2.º da Lei grega de defesa da concorrência durante o período compreendido entre Novembro de 2000 e Fevereiro de 2001, mas não na fase seguinte, e que não violou o artigo 82.º CE.

18. A validade da decisão do Epitropi Antagonismou foi impugnada perante o Dioikitiko Efeteio Athinon (tribunal de recurso do contencioso administrativo de Atenas), onde se encontra pendente.

19. A via civil teve início com os pedidos das ora recorrentes no Polymeles Protodikeio Athinon (tribunal de primeira instância de

8 — Distanciando-se assim do acórdão de 21 de Março de 2000, Gabalfrisa e o. (C-110/98 a C-147/98, Colect., p. I-1577), que sempre qualifiquei como errado, e aproximando-se mais da tese que defendo desde as minhas conclusões no processo De Coster, cujo acórdão foi proferido em 29 de Novembro de 2001, De Coster (C-17/00, Colect., p. I-9445); sobre o estado deste debate, as minhas conclusões de 22 de Novembro de 2007, no processo Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt (C-393/06).

Atenas), apresentados nos dias 30 de Abril [9] e 30 de Outubro de 2001 [10], bem como 5 de Março [11] e 11 de Novembro de 2002 [12].

20. Alegavam que a interrupção dos aprovisionamentos pela GSK e a comercialização através da Farmacenter eram actos de concorrência desleal e um abuso da posição dominante da empresa GSK no mercado dos três medicamentos referidos. No processo, pediam a continuação do abastecimento em função das quantidades médias mensais do produto que a GSK lhes vendeu entre 1 de Janeiro e 31 de Outubro de 2000, aumentadas de 20%, bem como o ressarcimento dos danos emergentes e dos lucros cessantes.

21. Salvo quanto ao pedido relativo aos lucros cessantes, que não foi admitido, o tribunal de primeira instância de Atenas pronunciou-se sobre os referidos pedidos, entre Janeiro e Outubro de 2003, julgando-os improcedentes, por considerar justificada a recusa de aprovisionamento e improcedente, portanto, a alegação de exploração abusiva da posição de domínio da GSK.

22. As recorrentes no processo pendente no tribunal nacional recorreram destas decisões judiciais para o Trimeles Efeteio Athinon (tribunal de recurso tripartido de Atenas), que, depois de ter aguardado em vão a decisão do Tribunal de Justiça sobre as questões que lhe foram submetidas pelo Epitropi Antagonismou no processo C-53/03, já referido, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes — e idênticas — questões prejudiciais [13]:

«1. A recusa de uma empresa em posição dominante satisfazer integralmente as encomendas que lhe são feitas pelos grossistas de produtos farmacêuticos, recusa essa que se deve à sua tentativa de limitar a actividade exportadora desses grossistas e de limitar, assim, os prejuízos que lhe advêm do comércio paralelo é, em si mesma, abusiva, na acepção do artigo 82.º CE? A resposta a esta questão é influenciada pelo facto de o comércio paralelo se revelar particularmente lucrativo para as sociedades grossistas devido às divergências nos preços ditados por intervenção estatal nos Estados-Membros da União Europeia, isto é, devido ao facto de, no mercado dos medicamentos, não existirem condições de concorrência estritas mas um sistema que é regulado, em grande medida, por intervenção estatal? Finalmente, uma Autoridade Nacional de Concorrência tem como missão aplicar as regras comunitárias da concorrência do mesmo modo em mercados que funcionam de modo competitivo e em mercados em que a concorrência é distorcida por intervenções estatais?

9 — Processos C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 e C-478/06.

10 — Processo C-473/06.

11 — Processo C-477/06.

12 — Processos C-469/06 e C-471/06.

13 — Transcrevem-se as questões dos processos C-474/06 a C-478/06, dado que as dos anteriores (C-468/06 a C-473/06 mencionavam, por erro, «uma autoridade nacional de defesa da concorrência», em vez de «um órgão jurisdicional nacional», provavelmente porque foram literalmente copiadas as questões enviadas ao Tribunal de Justiça pelo Epitroipi Antagonismou, como referem as recorrentes nas suas observações nos processos C-469/06 a C-476/06.

2. Caso o Tribunal de Justiça considere que a restrição do comércio paralelo, pelas razões acima indicadas, não constitui sempre uma prática abusiva quando é posta em prática por uma empresa em posição dominante, como deve ser apreciada uma eventual exploração abusiva dessa posição? Mais precisamente:

2.1. O critério a utilizar é o da percentagem em que é excedido o consumo interno normal e/ou o prejuízo sofrido pela empresa em posição dominante em relação ao seu volume de negócios global e aos lucros totais? Caso seja dada resposta afirmativa a esta questão, como determinar o montante desse excesso e o montante desse prejuízo — considerando este último uma percentagem do volume de negócios e dos lucros totais — acima da qual se torna abusivo o comportamento em causa?

2.2. Deve ser seguida uma abordagem fundada na ponderação dos interesses em jogo e, em caso afirmativo, quais os interesses que devem ser objecto de ponderação? Mais precisamente:

a) influencia a resposta o facto de o consumidor doente final retirar um benefício financeiro limitado do comércio paralelo?

b) devem ser tidos em conta e, na afirmativa, até que ponto, os interesses dos organismos de segurança social em medicamentos mais baratos?

2.3. Que outros critérios e que outras abordagens são consideradas indicadas no presente caso?»

IV — Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

23. Todos os despachos de reenvio deram entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 21 de Novembro de 2006. Nos termos do disposto no artigo 43.º do Regulamento de Processo, o presidente, por despacho de 29 de Janeiro de 2007, apensou os processos com fundamento na sua conexão objectiva.

24. As sociedades Sot. Lelos kai Sai EE (processo C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton e o. (processos C-469/06 e C-476/06) e Kokkoris D. Tsanas K. EPE e o. (processos C-477/06 e C-478/06), recorrentes nos processos principais, bem como a GSK, o Governo polaco e a Comissão das Comunidades Europeias apresentaram observações escritas no prazo previsto no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça.

25. Estiveram presentes na audiência, realizada em 29 de Janeiro de 2008, para apresentar alegações orais e responder às questões submetidas pelo Tribunal de Justiça, os representantes da Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton e o., da Kokkoris D. Tsanas K. EPE e o., da GSK, da República Italiana, que não tinha apresentado observações escritas, da República da Polónia e da Comissão das Comunidades Europeias.

V — Análise das questões prejudiciais

A — *Aspectos preliminares*

1. Objecções à formulação das questões

a) A posição de domínio

26. Referi anteriormente a resolução da Comissão da Concorrência da Grécia, de 1 de Setembro de 2006, que declarou a força excessiva da GSK em relação ao medicamento Lamictal, mas não ao Imigran nem ao Serevent. No entanto, a GSK, no ponto 5 das suas observações escritas, refuta essa situação, com base em dois argumentos principais: a impossibilidade de actuar à margem dos concorrentes e a ideia de que o mercado relevante não é o terapêutico mas sim o de todos os fármacos sujeitos a receita médica na Europa.

27. Existe jurisprudência constante sobre a clara separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça nos processos nos termos do artigo 234.º CE, de modo que a decisão quanto à matéria de facto do processo principal é da competência do órgão jurisdicional nacional [14].

28. Dado que questionar a situação de uma empresa num mercado concreto, especificando o mercado relevante, é uma tarefa factual, há que deixá-la apenas a cargo do autor do reenvio, excluindo qualquer apreciação do Tribunal de Justiça quanto a esse aspecto.

29. O Trimeles Efeteio Athinon deve, pois, averiguar se está preenchido o requisito *sine qua non* para a aplicação do artigo 82.º CE e, se obtiver uma resposta negativa, negar provimento aos recursos que lhe foram submetidos.

14 — Acórdãos de 15 de Novembro de 1979, Denkavit Futtermittel (36/79, Recueil, p. 3439, n.º 129; de 5 de Outubro de 1999, Lirussi e Bizzaro (processos apensos C-175/98 e C-177/98, Colect., p. I-6881, n.º 379; de 22 de Junho de 2000, Fornasar e o. (C-318/98, Colect., p. I-4785, n.º 319); e de 21 de Junho de 2007, Omni Metal Service (C-259/05, Colect., p. I-4945, n.º 179).

30. Não obstante, a decisão do Epitropi Antagonismou é objecto de impugnação em contencioso administrativo na Grécia, pelo que há que partir da hipótese de que a GSK ocupa uma posição dominante, para responder às questões do órgão jurisdicional de reenvio.

b) Satisfação «integral» das encomendas

31. Nas suas observações, a empresa recorrente no processo principal, Lelos Kai Sai EE, critica a redacção da primeira questão prejudicial, pelo uso da expressão «satisfazer integralmente as encomendas», por induzir em erro, ao deslocar o debate do contexto em que ele teve início para um plano mais teórico, em que se teria que apreciar o fundamento de qualquer encomenda efectuada à GSK, por mais exorbitante que fosse.

32. Ainda que com menor afinco, as outras recorrentes também se referem à necessidade de reconduzir o litígio aos termos em que surgiu, tal como é referido nos processos gregos, dado que a GSK tende a polarizar ao máximo as encomendas dos grossistas helénicos e a estruturar as suas alegações como se se tratasse de atender qualquer pedido, independentemente do seu carácter excessivo.

33. Concordo com as importadoras paralelas quanto à pertinência de centrar o litígio nos pressupostos em que foi criado, isto é, o aprovisionamento dessas empresas, pela GSK, dos medicamentos em litígio nas quantidades mensais médias do ano 2000, com um aumento de 20%, segundo se deduz do despacho de reenvio, já que, por um lado, nos processos nos termos do artigo 234.º CE, o órgão jurisdicional de reenvio proporciona a descrição factual, na qual o Tribunal de Justiça não deve intervir e, por outro, um afastamento desse quadro circunstancial retiraria utilidade à resposta.

2. Apresentação

34. Tendo em vista uma melhor compreensão deste processo, parece oportuno recorrer à faculdade reconhecida na jurisprudência [15] de reformular as questões do Trimeles Efeteio Athinon, já que, na primeira, pretende averiguar se a falta de aprovisionamento da GSK, motivada pela ideia de restringir o comércio paralelo, implica um abuso de posição dominante *per se*, ao orientar-se exclusivamente para a eliminação dos seus concorrentes do mercado da distribuição por grosso.

15 — Por exemplo, nos acórdãos de 23 de Novembro de 1977, Enka (38/77, Recueil, p. 2203, Colect., p. 813); de 1 de Abril de 1993, Hewlett-Packard-France (C-250/91, Colect., p. I-1819); e de 10 de Maio de 2001, Agorà e Excelsior (C-223/99 e C-260/99, Colect., p. I-3605).

35. Todavia, as questões seguintes abordam uma série de dados conjunturais relativos à esfera da eventual justificação do abuso, pelo que seria mais lógico transferi-las para a segunda questão prejudicial, que indaga sobre os critérios correctos para avaliar a dimensão da conduta da GSK. Além disso, as observações escritas apresentadas neste processo prejudicial inspiraram-se nas conclusões do advogado-geral Jacobs no processo Syfait, que também tratam abundantemente as causas de exclusão do abuso.

36. Este modo de focar as questões permite também a pronúncia sobre um problema doutrinal de alguma actualidade, que é a existência de práticas abusivas *per se*, e aprofundar a reflexão relativa às suas eventuais justificações.

B — *Abusos de posição dominante per se no artigo 82.º CE (primeira questão prejudicial)*

37. Nos processos principais, a GSK é acusada de ter suspendido a venda de Imigram, Lamictal e Serevent aos grossistas, invocando uma alegada escassez; é também acusada de manter os fornecimentos a esses concorrentes, embora adequando o seu volume às necessidades do mercado grego, para evitar que os referidos produtos sejam reexportados para outros países europeus, especialmente a Alemanha e o Reino Unido.

38. Antes de questionar se essa actuação merece ser qualificada como abusiva «em si mesma» (*per se*), há que estudar brevemente o tratamento das recusas de aprovisionamento na jurisprudência comunitária, bem como a influência da manifesta intenção de bloquear o comércio paralelo como agravante na valoração do comportamento. Depois de resolvida a questão da existência de um abuso, a análise pode centrar-se na sua classificação *per se*.

1. A recusa de abastecimento como acto abusivo

a) A jurisprudência comunitária

39. Os escassos acórdãos do Tribunal de Justiça neste contexto foram proferidos sobre circunstâncias factuais que fazem duvidar da sua aplicabilidade a este litígio, na medida em que as empresas grossistas dos três medicamentos referidos são confrontadas com a recusa do seu único fornecedor, a empresa titular das patentes de fabrico e, desde sempre, a sua concorrente na comercialização desses fármacos. Todavia, não é demais recordar, pelo seu carácter geral, alguns dos acórdãos mais significativos relativos ao artigo 82.º CE.

40. No processo Commercial Solvents/ /Comissão [16], a referida empresa interrompeu o abastecimento de aminobutanol à sociedade italiana Zoja, que fabricava etambutol, um derivado dessa matéria-prima, estando ambas as empresas em concorrência no mercado. O acórdão considerou contrária ao artigo 82.º CE a suspensão do abastecimento, por entender que a posição de domínio de que a Commercial Solvents gozava na elaboração dessa substância, que lhe permitia controlar o abastecimento dos fabricantes de derivados, não a autorizava a eliminar a concorrência dos seus clientes anteriores, pelo simples facto de ela mesma ter começado a sintetizar esses derivados [17].

41. Há paralelismos evidentes entre o acórdão Commercial Solvents e o caso vertente, pois, inicialmente, a GSK também interrompeu o fornecimento dos seus preparados aos grossistas gregos, com a ideia de ordenar novamente as suas vendas dos três medicamentos controvertidos através da sua própria distribuidora exclusiva no país; depois de três meses, retomou os fornecimentos, embora limitando as quantidades à procura do mercado nacional da República Helénica.

42. No processo United Brands/Comissão, relativo às bananas «Chiquita» [18], o acórdão considerou que a United Brands, ao cortar os fornecimentos de bananas ao distribuidor/ /amadurecedor dinamarquês Olesen, por este ter colaborado numa campanha publicitária da concorrente Dole, violou o direito da concorrência.

43. Nesta ocasião, o Tribunal de Justiça entendeu que uma empresa que goza de uma posição dominante na comercialização de um produto não pode cessar os seus fornecimentos a um cliente antigo «e respeitador dos usos comerciais, caso as encomendas desse cliente não tenham carácter anormal» [19].

44. Cumpre sublinhar as similitudes entre o processo United Brands e o presente caso, no que respeita à posição dominante da empresa, bem como ao acatamento dos usos comerciais — o cumprimento dos contratos — pelos grossistas concorrentes; em contrapartida, coloca problemas diferentes nos processos principais o nível de aprovisionamento pretendido pelas recorrentes perante o Trimeles Efeteio Athinon, em função da sua qualificação como normal ou exagerado. No acórdão United Brands, esta última questão não foi debatida, pelo que o Tribunal de Justiça considerou que os pedidos de Olesen eram normais. Não obstante, o cenário para apreciar esse carácter é o das possíveis justificações da recusa de atender integralmente os pedidos das empresas dedicadas ao comércio paralelo, não havendo, portanto, que aprofundar este aspecto.

16 — Acórdão de 6 de Março de 1974 (6/73 e 7/73, Recueil, p. 223, Colect., p. 119).

17 — Acórdão Commercial Solvents, já referido, n.os 25 e 26.

18 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978 (27/76, Recueil, p. 207, Colect., p. 77).

19 — Acórdão United Brands, já referido, n.º 182.

45. Noutros processos, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre essa recusa, mas num contexto factual demasiado distante do do presente processo ou num enquadramento jurídico muito distinto. Na primeira hipótese, vale a pena mencionar o acórdão CBEM [20], que alargou ao mercado de serviços a proibição de as empresas em posição dominante reservarem, para si mesmas ou para outra empresa do grupo, o mercado de uma actividade auxiliar prestada por uma empresa terceira num mercado afim, mas distinto; enquadram-se na segunda hipótese aqueles em que se debateu o acesso a uma estrutura essencial («*essential facility*»), como o acórdão Bronner [21], ou os relativos à recusa em ceder uma licença de direitos de propriedade intelectual ou industrial, como os acórdãos Magill [22] e IMS Health [23], todos muito distantes dos pressupostos do presente reenvio.

46. Em suma, deduz-se dos acórdãos Commercial Solvents e United Brands que a empresa dominante que impede o abastecimento de mercadorias, sobretudo quando faltam outras mercadorias alternativas, como acontece com o Lamictal, retendo para si o mercado de exportação paralelo, incorre numa conduta abusiva do artigo 82.º CE. Falta averiguar se a intenção de eliminar esse comércio paralelo permite qualificar o abuso de *per se*, na acepção do direito comunitário da concorrência.

20 — Acórdão de 3 de Outubro de 1985, dito «Telemarketing» (311/84, Recueil, p. 3261).

21 — Acórdão de 26 de Novembro de 1998 (C-7/97, Colect., p. I-7791).

22 — Acórdão de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, dito «Magill» (C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743).

23 — Acórdão de 29 de Abril de 2004 (C-418/01, Colect., p. I-5039).

b) O elemento intencional como agravante

47. Inicialmente, a jurisprudência comunitária aceitou a premissa de que o conceito de «abuso» no artigo 82.º CE é uma noção objectiva, ligada às actividades das empresas em posição de domínio [24] e, portanto, isenta da influência de quaisquer referências aos desígnios que as levaram a actuar desse modo [25]. Como condição de aplicação do artigo 82.º CE, o abuso também não exige culpa [26].

48. Todavia, há que ter em conta dois aspectos importantes que matizam as afirmações anteriores.

49. Por um lado, não se pode excluir por completo a possibilidade de os elementos subjectivos da infracção servirem frequentemente como indícios de que se prossegue um fim contrário à concorrência e, inclusivamente, de constituírem a infracção [27].

24 — Acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Colect., p. 217, n.º 91); de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão (322/81, Recueil, p. 3461, n.º 70); e de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão (C-62/86, Colect., p. I-3359, n.º 69).

25 — Ideia praticamente unânime na doutrina; Schröter, H., «Artikel 82», Schröter, H./Jacob, T./Mederer, W., Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 905.

26 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, dito «Continental Can» (6/72, Colect., p. 109, n.ºs 25 a 27).

27 — Gleiss, A./Hirsch, M., Kommentar zum EWG-Kartellrecht, Ed. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 3ª ed., Heidelberg, 1978, p. 347.

50. Por outro lado, o Tribunal de Justiça confirmou a tese desenvolvida pelo Tribunal de Primeira Instância segundo a qual, dada a diferença entre os artigos 81.º, n.º 1, CE e 82.º CE, visto que este último não contém qualquer referência ao efeito contrário à concorrência da prática em questão, para apurar a existência de uma violação do artigo 82.º CE, é suficiente demonstrar que o comportamento abusivo da empresa dominante tende a restringir a concorrência ou, noutros termos, pode provocar esse efeito [28].

51. Portanto, quanto mais a empresa em posição de domínio começar a colocar obstáculos à livre concorrência no mercado, maior valor assume a presunção de um comportamento abusivo. O presente litígio é dirimido nesse contexto. Nem mesmo a GSK desmentiu o seu verdadeiro empenho em erradicar as exportações paralelas dos três medicamentos controvertidos da Grécia para outros países comunitários através das empresas grossistas.

52. Como, além disso, essas limitações aos volumes de venda das outras distribuidoras reduzem o mercado dos seus adversários, na acepção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), cria-se uma sensação muito forte de que essa conduta e, portanto, o propósito que a anima, infringe o primeiro parágrafo do mesmo artigo [29].

53. É evidente que a intenção da GSK contraria os fins do Tratado, pois afecta tão seriamente a liberdade de comércio entre os Estados-Membros que pode frustrar a realização de um mercado único, tal como é entendido pela jurisprudência e pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea g), já que isola indiscutivelmente os mercados nacionais e altera a estrutura da concorrência no mercado comum [30].

54. Em resumo, estas reflexões demonstram que a GSK perpetrou uma grave violação do Tratado, que pode ser classificada como abuso *per se*, dado que não se vislumbra qualquer outro fundamento económico além da eliminação do comércio paralelo dos seus concorrentes, os grossistas gregos [31].

28 — Acórdão de 15 de Março de 2007, British Airways/Comissão (C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 30), em conjugação com os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, Michelin/Comissão (T-203/01, Colect., p. II-4071, n.º 239), e de 17 de Dezembro de 2003, British Airways plc./Comissão (T-219/99, Colect., p. II-5917, n.º 293).

29 — Schröter, H., *op. cit.*, p. 959.

30 — Acórdãos de 31 de Maio de 1979, Hugin/Comissão (22/78, Recueil, p. 1869, n.º 17), e de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal (31/80, Recueil, p. 3775, n.º 27).

31 — Esta tese encontra certo eco na doutrina: Koenig, Ch./Engelmann, Ch., «Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC — Commentary on the Opinion of Advocate General Jacobs in the Case Syfait/GlaxoSmithKline», E.C.L.R., n.º 6/2005, p. 341.

2. O reconhecimento de abusos *per se* no âmbito do artigo 82.º CE: um problema metodológico

55. Antes de enumerar os argumentos contra a aceitação de abusos *per se*, cumpre abordar a evolução do conceito na jurisprudência comunitária.

a) A jurisprudência do Tribunal de Justiça

56. Até agora, o Tribunal de Justiça identificou três práticas que, exercidas por empresas em posição de domínio, desembocam irremediavelmente no abuso do seu poder de mercado, não admitindo aparentemente prova em contrário para as justificar.

57. Assim foi entendido quanto às obrigações de abastecimento exclusivo impostas aos compradores pela empresa dominante, quer tenha sido estipulada sem mais ou como contrapartida para a concessão de descontos [32].

58. Os descontos por fidelização representam a segunda dessas práticas sempre presumivelmente abusivas, já que, diversamente dos descontos por volume, unicamente relacionados com a quantidade de compras efectuadas ao produtor interessado, visam impedir, através da obtenção de benefícios financeiros, o abastecimento dos clientes pelos outros produtores concorrentes [33].

59. A terceira prática considerada abusiva *per se* é relativa aos preços predatórios. Para o Tribunal de Justiça, os preços inferiores à média dos custos variáveis (os que oscilam em função das quantidades produzidas), não tendo qualquer fundamento económico, mostram a mera intenção de eliminar um concorrente, devendo, portanto, ser considerados abusivos [34]. Em contrapartida, os inferiores à média dos custos totais (os que compreendem os fixos e os variáveis), mas superiores à média dos custos variáveis só devem ser considerados abusivos quando existir um plano para eliminar uma empresa concorrente [35].

60. O raciocínio desses acórdãos excluía qualquer justificação pela empresa domi-

32 — Acórdão Hoffmann-La Roche, já referido, n.º 89.

33 — Acórdãos de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o. (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563), e de 9 de Novembro de 1983, Michelin, já referido, n.º 71.

34 — Acórdão AKZO, já referido, n.º 71, e acórdão de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão (C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.º 41).

35 — Acórdão AZKO, já referido, n.º 72.

nante [36]. Não obstante, a jurisprudência mais recente, também no âmbito dos descontos por fidelidade, não consagra a ideia de os reputar necessariamente abusivos. Assim, em relação a descontos associados à realização de objectivos de vendas individuais na aviação comercial de passageiros, concedidos às agências de viagens por uma empresa em posição de domínio no mercado aéreo anglo-saxónico, o Tribunal de Justiça permitiu que a empresa justificasse economicamente o seu sistema de incentivos, que implicava a supressão da concorrência [37].

61. Portanto, o Tribunal de Justiça permite justificações das empresas dominantes, mesmo em áreas em que parecia aceitar eventuais abusos *per se*, seguindo, na realidade, a sua jurisprudência clássica, consolidada à margem dessas decisões que consagravam a referida categoria de comportamentos como automaticamente abusivos [38]. Porém, independentemente das indicações específicas adaptadas às circunstâncias de cada caso concreto, não proporcionou regras de carácter geral para recusar a subsunção dos eventuais abusos *per se* ao artigo do Tratado relativo ao abuso de posição dominante. Cumpre, pois, indicar algumas dessas normas.

36 — Loewenthal, P.-J., «The Defence of «Objective Justification» in the Application of Article 82 EC», World Competition, n.º 28(4), 2005, p. 470.

37 — Acórdão de 15 de Março de 2007, British Airways/ /Comissão, já referido, n.º 69.

38 — Acórdão Tetra Pak, já referido, n.º 37; acórdãos de 15 de Dezembro de 1994, DLG (C-250/92, Colect., p. I-5641, n.º 52); e de 13 de Novembro de 1975, General Motors/ /Comissão (26/75, Recueil, p. 1367, n.os 20 e 22, Colect., p. 467).

b) Inadequação dos abusos *per se* ao artigo 82.º CE

62. O artigo 82.º CE não se adapta às exigências normativas dos comportamentos classificados como abusivos em si mesmos, por razões tanto jurídicas como económicas.

i) Normas de carácter jurídico

63. Aqui figura a estrutura do artigo 82.º CE, em especial, comparada com a do artigo anterior do Tratado.

64. O artigo 81.º CE é composto por três números que regulam, respectivamente, o princípio de proibição das práticas concertadas, a nulidade como corolário principal do incumprimento da proibição do n.º 1 e a possibilidade de obtenção de uma isenção, desde que não seja através de algum regulamento de isenção por categorias adoptado nos termos do artigo 83.º, n.º 2, alínea b), em conexão com o seu n.º 1.

65. Os exemplos de acordos anticoncorrenciais enumerados nas alíneas a) a e) do

artigo 81.º, n.º 1, CE, são tradicionalmente equiparados às violações *per se* da referida disposição, pelo que não se enquadram nas isenções por categorias do n.º 3 [39]. Ainda que com muitas dificuldades, não se afastam completamente, pois mantêm-se em vigor graças à isenção individual, se os interessados demonstrarem que os seus acordos cumprem os requisitos do n.º 3 do artigo 81.º CE. Neste contexto, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos alinhou recentemente a sua doutrina relativa à imposição de preços mínimos de revenda («*Resale price maintenance*») nos acordos verticais com o intuito de a submeter à «*rule of reason*» [40], desvinculando-se assim do rigor da sua habitual jurisprudência que classifica essa prática como ilícita *per se*, ao contrariar o disposto na secção 1 da Sherman Act desde o precedente assente em 1911 [41].

66. Em suma, a própria norma faculta às empresas várias vias para impugnar qualquer qualificação como infracção *per se* das cláusulas que estipularem nos seus acordos. O mesmo não acontece com as empresas dominantes no âmbito do artigo correspondente do Tratado.

67. Com a redacção do artigo 82.º, sem um número que preveja a isenção de alguns abusos, a análise dos comportamentos exige um debate dialéctico das entidades que ocupam uma posição de domínio num mercado concreto com as autoridades de concorrência, nacionais ou comunitárias, e com os que são afectados.

68. Cada um desses participantes no debate retórico apresenta a prova das suas alegações, em conformidade com o tradicional adágio latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.

69. Neste contexto, se certos comportamentos criassem sempre presunções jurídicas de abuso, privar-se-iam as empresas dominantes do seu direito de defesa, já que, como referi, a estrutura do artigo 82.º CE não admite qualquer excepção: assim, demonstrado o abuso, cumpre declarar a infracção, a menos que haja suficientes indícios de que não foi cometido.

39 — Assim, o artigo 4.º, dedicado às cláusulas «negras», do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 336, p. 21).

40 — Acórdão de 28 de Junho de 2007, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc (n.º 06-480); Llorente, C. La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin», Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 736, pp. 2 segs.

41 — Acórdão de 3 de Abril de 1911, Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co., (220 U.S. 373).

70. Além disso, os exemplos enumerados no artigo 82.º CE, segundo parágrafo, alíneas a) a d), não constituem presunções legais, diversamente dos do artigo 81.º CE, n.º 1, alíneas a) a e). No máximo, devem ser entendidos como presunções *iuris tantum* que deixam o ónus da prova para os que as invocam pela lógica económica em que se baseiam [42], mas nunca como substitutas do debate dialéctico que referi nos pontos anteriores. Tal como as práticas concertadas *per se* do artigo 81.º CE encontravam a sua salvação no n.º 3 da mesma norma, também deve permanecer aberta a opção da compatibilidade de determinadas práticas abusivas no âmbito do artigo 82.º CE, através da sua justificação objectiva.

ii) Normas de carácter económico

71. Em primeiro lugar, a aceitação de abusos de posição dominante *per se* infringiria o postulado da necessidade de analisar cada caso segundo os parâmetros do contexto económico e jurídico em que ocorreu.

72. Em segundo lugar, numa perspectiva puramente económica, a análise *per se* sofreria de um formalismo excessivo, contra o qual se ergueram vozes muito qualificadas em favor de outra perspectiva do artigo 82.º CE, orientada para as repercussões de cada abuso, ponderando as circunstâncias específicas por meio de uma *análisis de méritos* [43] («*rule of reason*») [44].

73. Dar prioridade às ideias preconcebidas e formalistas em matéria de abuso de posição dominante ocultaria a realidade segundo a qual, em certas ocasiões, podem também redundar em benefício do consumidor [45]. É o que acontece sempre que a força de um dos operadores reduz a concorrência no mercado de referência, dado que, como adequadamente se criticou, o artigo 82.º não contém qualquer cláusula para que esses operadores se defendam com êxito da acusação de abuso, demonstrando a eficiência do seu comportamento em termos económicos [46].

74. Em terceiro e último lugar, se, como se referiu, é comum dividir os casos de aplicação do artigo 82.º em duas categorias, os que prejudicam os consumidores (abusos

42 — Sobre o uso dessas presunções de facto, Paulis, E., «The burden of proof in Article 82 cases», Hawk, B. E., Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, Ed. Juris Publishing, Inc., Nova Iorque, 2007, p. 470.

43 — Tradução espanhola da expressão anglo-saxónica «rule of reason» de Arruñada, B., «Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia», en Beneyto Pérez, J. M. (director) y Maillo González-Orús, J. (coordenador), El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 53.

44 — Report by the EAGCP «An Economic Approach to Article 82», de Julho de 2005, disponível em http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, pp. 5 e 6.

45 — Jacquemin, A. P., «The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community», Greaves, R. (coordenadora), Competition Law, Ed. Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Reino Unido), 2003, p. 214, refere o risco que implica a regra dos abusos *per se*, também à margem da posição dominante.

46 — Pelkmans, J., European Integration — Methods an Economic Analysis, Ed. Longman, Londres, 1997, p. 194.

de exploração) e os que afectam os actuais ou potenciais concorrentes (abusos de exclusão) [47], de modo que qualquer acto anticoncorrencial de uma empresa dominante pode constituir um abuso [48], na ausência de uma hierarquização desses dois aspectos do artigo 82.º CE [49], a defesa da empresa dominante deveria assentar nos resultados económicos obtidos.

75. Só comparando as consequências positivas e negativas para o utilizador e para os restantes operadores do mesmo mercado se obtêm os dados relevantes para efectuar as deduções adequadas.

47 — O documento de reflexão da Comissão Europeia intitulado «DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses» só trata dos abusos de exclusão; pode ser consultado em http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Esta actuação não foi isenta de críticas: Díez Estella, F., «El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n.º 242, Maio de 2006, p. 24.

48 — Hildebrand, D., The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, Ed. Kluwer, Haia, 1998, p. 62.

49 — A falta de um objectivo cuja protecção seja expressamente prosseguida através do artigo 82.º CE foi criticada por Whish, R., «Rethinking Article 82 CE», Concurences: revue des droits de la concurrence, n.º 4/2005, p. 18, que equiparou essa ausência de orientação a deixar o artigo 82.º CR «como um barco sem remos». Em contrapartida, Schröter, H., *op. cit.*, p. 813, deduz dos acórdãos Hoffmann-La Roche, Michelin e L'Oréal, já referidos, que a norma visa salvaguardar, acima de tudo, a concorrência como instituição, salvaguarda que, de forma mediata, redunda em benefício dos concorrentes, dos parceiros comerciais da empresa dominante e dos consumidores.

3. Resposta proposta para a primeira questão prejudicial

76. Em face do exposto, os comportamentos abusivos *per se* não são compatíveis com o disposto no artigo 82.º CE, pelo que a primeira questão apresentada pelo Trimeles Afeteio Athinon não deve ter uma resposta afirmativa. Proponho, pois, ao Tribunal de Justiça que declare, sem rodeios, que o artigo 82.º CE não permite que se acusem as empresas em posição dominante de acções em si mesmas abusivas, incluindo quando as circunstâncias do caso não dêem lugar a dúvidas sobre a sua intenção nem sobre o seu efeito anticoncorrencial.

77. Tendo em conta a resposta à primeira questão, há que analisar a segunda, que versa sobre a eventual justificação objectiva de tais acções.

C — *Elementos justificativos de um comportamento normalmente abusivo (segunda questão prejudicial)*

78. Antes de mais, quero recordar que, como já referi, uma parte da primeira questão é acolhida na resposta à segunda,

pela sua conexão com as causas de isenção das práticas tipificadas no artigo 82.º CE. Em minha opinião, o órgão jurisdicional de reenvio questiona precisamente os critérios para contestar a apreciação negativa que, em princípio, recai sobre o empresário em posição dominante.

79. Há três justificações que as empresas dominantes estão em condições de invocar quando são acusadas de um abuso: as relativas ao mercado em que operam [50], a defesa legítima dos seus interesses comerciais e a prova do balanço comercial positivo. A seguir, trato-as separadamente, sempre tendo em conta os factos alegados perante o órgão jurisdicional de reenvio.

1. As condições de um mercado imperfeito

80. A empresa GSK insiste em que a regulação pública a impede de desenvolver os seus negócios em circunstâncias normais de concorrência. Invoca dois aspectos que explicam as limitações às importações paralelas dos grossistas gregos: a fixação dos preços máximos de venda dos medicamentos, prática habitual em todos os Estados-Membros, e a obrigação de armazenar mercadorias suficientes para satisfazer em qualquer momento a procura nacional.

81. As recorrentes no processo principal, o Governo polaco e a Comissão contestam essa análise, ainda que com certas variações. Antes de iniciar o estudo das razões justificativas, cumpre traçar os contornos específicos do mercado de referência.

a) Características fundamentais do mercado

82. Referiu-se, com razão, que o mercado farmacêutico europeu, entendido como o comércio e a distribuição de produtos com ou sem a protecção de uma patente, é caracterizado por um reduzido grau de harmonização devido aos efeitos da intervenção do Estado em matéria de preços e dos sistemas públicos de reembolso das despesas efectuadas pelo doente em medicamentos, o que

50 — No seu documento de reflexão, já referido, a Comissão (n.º 80), exige que a actuação da empresa seja necessária por razões de segurança ou de saúde pública; esta via de escape para as empresas em posição dominante parece-me excessivamente exígua e, portanto, proponho uma via mais ampla mas vinculada ao mercado.

retira ao montante pago importância para o consumidor final [51].

83. Os intervenientes que apresentaram observações no presente processo prejudicial concordam que todos os Estados-Membros determinam o montante que as empresas produtoras do sector cobram aos doentes, limitando os montantes reembolsados pelos diferentes organismos de segurança social e contendo assim a despesa pública em saúde. Também concordam que os preços de venda mostram disparidades enormes entre os Estados-Membros. Com este regime de financiamento público coexiste outro, inteiramente privado, em que as empresas farmacêuticas cobram os medicamentos livremente; no entanto, observo um certo consenso quanto ao facto de este modelo representar uma percentagem muito reduzida, ainda que variável segundo os países.

84. Para terminar, há que sublinhar outro traço distintivo deste mercado, que são as numerosas patentes industriais dos fármacos. Ainda que não reflicta a sua fiscalização pelas autoridades públicas, esse aspecto assume importância, porque os titulares desses direitos de propriedade industrial colocam-se mais facilmente em posições de domínio, dado que esses monopólios costumam erguer-se como barreiras de entrada legais e temporais [52].

85. Neste contexto, a GSK alega que as exigências dos Estados-Membros quanto aos preços, bem como a obrigação de gestão dos stocks adequada à procura nacional, a constrangem de tal modo que, para recompor o seu negócio, só lhe resta dificultar as exportações paralelas dos grossistas gregos para países em que o montante reembolsado por medicamento excede largamente o da República Helénica.

b) Análise destas causas justificativas

86. Embora que a jurisprudência comunitária não tenha admitido qualquer causa baseada nas especificidades da regulação de um mercado determinado, considero concebíveis hipóteses em que o faria, em função do efeito do controlo do mercado pelo Estado. A GSK invocou dois factores fundamentais: a intervenção dos preços e a obrigação de aprovisionamento.

51 — Myhre, J. W., «The pharmaceutical sector — Article 81 EC and Article 82 EC — Imperfect tools for an imperfect market?», Johansson, M./Wahl, N./Bernitz, U. (editores), Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons, Ed. Bruylant, Bruxelas, 2006, p. 378.

52 — Pelkmans, J., *op. cit.*, p. 193.

i) A fixação de preços pelos Estados-Membros

87. No que diz respeito à política praticada nos Estados-Membros para que os organismos de segurança social reembolsem as despesas dos pacientes com medicamentos, o acórdão Merck e Beecham [53] reconheceu que a fixação de preços podia falsear a concorrência entre os Estados-Membros, mas entendeu que essa distorção da concorrência entre os Estados-Membros induzida pela ingerência do Estado não justifica uma excepção ao princípio da livre circulação de mercadorias [54].

88. Apesar de a proibição do artigo 28.º CE não ser oponível às empresas, a obrigação de não colocar obstáculos aos objectivos do Tratado, em particular à liberdade de comércio entre os Estados-Membros, é-lhes exigida através dos artigos 81.º e 82.º CE, ao declarar incompatíveis com o Tratado os comportamentos que provoquem o isolamento artificial dos mercados nacionais e alterações na concorrência [55]. Cumpre, pois, invocar a doutrina do Tribunal de Justiça relativa à livre circulação de mercadorias, pelo menos no que toca à separação dos mercados nacionais.

89. Em qualquer caso, o rigor da política de preços é relativizado com o artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 89/105 [56], vigente para todos os modelos de intervenção do Estado [57]. Decorre claramente do referido n.º 2 que os fabricantes de fármacos participam em discussões com as autoridades competentes para a fixação dos preços, às quais incumbe fundamentar com «critérios objectivos e comprováveis» a recusa da venda do medicamento ao preço proposto pelo requerente. O n.º 1 prevê inclusivamente uma autorização tácita, dado que, na ausência de uma decisão do Estado-Membro nos noventa dias subsequentes à apresentação do pedido, o requerente fica habilitado a comercializar o medicamento.

90. Por muito duras que sejam as negociações, não se pode esquecer a situação das empresas farmacêuticas, especialmente quando dispõem de novas patentes, que, em geral, implicam um avanço para o doente que recebe tratamento médico com esses medicamentos. Este dado assume grande importância, dado que ao Estado-Membro, obrigado a velar por uma saúde de qualidade ao serviço do paciente, não interessa prescindir dos melhores meios que o mercado lhe oferece, desde que os obtenha a um preço razoável [58].

53 — Acórdão de 5 de Dezembro de 1996, Merck e Beecham (C-267/95 e C-268/95, Colect., p. I-6285, n.º 47).

54 — *Ibidem*.

55 — Acórdão de 31 de Maio de 1979, Hugin/Comissão (22/78, Recueil, p. 1869, n.º 17).

56 — Descritos no n.º 5 das presentes conclusões.

57 — Artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 89/105.

58 — Segundo e terceiro considerandos da Directiva 89/105.

91. Concordo que, com o decurso do tempo, a vantagem do titular da patente farmacêutica se fragiliza, obrigando-o a baixar os preços inicialmente acordados com as autoridades sanitárias. Porém, essa evolução não é anormal, pois depende das ofertas de outros fabricantes de produtos substituíveis e mais eficazes na terapia, sendo sucessivamente suplantadas graças aos progressos na investigação.

92. Por outro lado, o preço acordado não deve atingir níveis que levem as empresas do sector a vender abaixo do preço de custo.

93. Em suma, mesmo que o mercado dos produtos farmacêuticos não funcione em regime de concorrência normal, o sistema de regulação dos preços não escapa completamente à influência dos seus fabricantes, que os negoceiam com as autoridades sanitárias dos Estados-Membros, gozando de certo peso no mercado, no qual se adaptam facilmente às vicissitudes da política de saúde, pelo menos na área dos medicamentos.

ii) A obrigação de aprovisionamento

94. O segundo factor da ordenação do mercado que, segundo a GSK, perturbaria a sua actividade normal na Grécia e justificaria a limitação do comércio paralelo prende-se com a obrigação de manter o mercado helénico sempre suficientemente aprovisionado. Defende, além disso, que o cumprimento dessa tarefa a impede de atender os pedidos dos grossistas nos moldes pretendidos.

95. O âmbito dessa obrigação exige certas especificações, pois algumas das recorrentes no processo principal consideram-se igualmente obrigadas a abastecer o mercado, com fundamento no artigo 81.º, n.º 2, da Directiva 2001/83/CEE, referido no n.º 6 das presentes conclusões. Não se vislumbra, pois, qualquer razão para que a GSK invoque a obrigação em sua defesa.

96. Sem dúvida que as necessidades dos doentes no Estado-Membro não sofrem alterações súbitas, excepto quando há epidemias ou pandemias, pelo que as estatísticas dos pacientes de cada doença são fiáveis e permitem que as empresas tenham uma certa previsibilidade para se adaptarem ao mercado.

97. Em resumo, pelo exposto, a garantia de aprovisionamento não serve para justificar a empresa GSK quando reduz as remessas aos seus concorrentes grossistas gregos.

98. Por conseguinte, ao rejeitar as duas causas justificativas propostas pela GSK, há que excluir a ideia de que, no presente processo, havia razões objectivas relativas à intervenção pública no mercado que desculpavam o seu comportamento.

2. A defesa dos interesses comerciais legítimos

a) Análise jurisprudencial

99. Uma análise sumária da jurisprudência mostra que esta categoria de justificações objectivas é a única que cristalizou até agora, tendo-se reduzido o debate intrínseco do artigo 82.º CE à dicotomia entre práticas abusivas e condutas destinadas a preservar interesses comerciais legítimos [59].

100. A recusa de satisfazer integralmente os pedidos dos grossistas gregos equivale a recusar o aprovisionamento, ainda que de forma parcial, pelo que me limito às escassas decisões deste Tribunal de Justiça sobre este aspecto específico.

101. O acórdão United Brands reconheceu a protecção dos interesses comerciais legítimos como instrumento para desactivar as suspeitas de abuso das empresas em posição dominante, ao permitir-lhes realizar actos pertinentes para garantir essa protecção, desde que se mantenha a imprescindível proporcionalidade da resposta das empresas dominantes às ameaças que sofram os seus interesses [60].

102. No entanto, de nada valeu à multinacional americana da banana a fixação

59 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., Competition Law of the European Community, 4ª ed., Ed. Kluwer, Haia, 2005, p. 907.

60 — Acórdão United Brandas, já referido, n.os 189 e 190.

desse princípio, pois o acórdão, invocando precisamente a falta de proporcionalidade da recusa de cumprir as encomendas da sua cliente e concorrente Olesen, excluiu que existissem as exigências de protecção legítima [61].

103. Noutro processo, o Tribunal de Justiça apreciou a recusa de abastecimento em época de escassez, durante a crise do petróleo [62] dos anos setenta do século passado, e permitiu que a empresa BP aplicasse a um comprador ocasional, a cooperativa holandesa ABG, uma percentagem de redução do abastecimento de crude superior à dos seus clientes habituais, para evitar que estes ficassem proporcionalmente mais prejudicados [63].

104. À margem da jurisprudência comunitária, invocaram-se certas justificações noutros âmbitos. Assim, por exemplo, a Comissão aprova que um fabricante em posição dominante reveja as suas relações comerciais quando um cliente muda a sua política para se dedicar à promoção de uma marca concorrente [64].

105. Na doutrina são apontadas outras justificações, como a do parceiro comercial inadequado, isto é, que se encontra à beira da insolvência, que sistematicamente não cumpre os contratos ou que prejudica a imagem ou a qualidade dos bens do fornecedor [65]. Nestas circunstâncias, o senso comum aconselha que se respeite o desejo de qualquer empresa dominante de não atender as suas encomendas.

b) Fundamentos invocados

106. Dos argumentos aduzidos pela GSK nas observações enviadas a este Tribunal de Justiça, todos os relativos à redução das receitas pela perda de quota de mercado em benefício dos grossistas e aos seus efeitos na recuperação dos investimentos em Investigação e Desenvolvimento (a seguir «I+D») se reconduzem à defesa dos interesses legítimos.

107. Tanto a GSK como certa literatura jurídica invocam o enorme custo dos investimentos em I+D para o lançamento de um medicamento; acrescentam que o período entre a obtenção da patente para o princípio

61 — N.os 191 e segs. do acórdão United Brands.

62 — Acórdão de 29 de Junho de 1978, BP/Comissão, dito «processo da crise do petróleo» (77/77, Colect., p. 525).

63 — *Ibidem*, n.os 32 e 33.

64 — Decisão 87/500/CEE da Comissão de 29 de Julho de 1987 relativa a um processo nos termos do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: Medidas temporárias (JO L 286, p. 36), n.º 19.

65 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., *op. cit.*, p. 957.

activo e a sua disponibilidade terapêutica atinge, em média, doze ou treze anos, pelo que a fase em que a comercialização dá lucros se limita a sete ou oito anos [66].

108. Referem que, nestas condições, o comércio paralelo e o fabrico de genéricos, terminando a protecção conferida pelo título de propriedade industrial, reduzem a recuperação da despesa em I+D.

109. Não se descortina um nexo causal necessário entre o eventual prejuízo para o investimento em I+D e o comércio paralelo, pois, em primeiro lugar, a GSK e os autores referidos não facultaram qualquer informação sobre a origem do período durante o qual a patente não confere benefícios. Porém, essa espera tão prolongada provém das próprias estruturas internas de custos das empresas farmacêuticas. De qualquer modo, ao considerar muito curto o prazo em que a patente é rentável, evidenciam o sentimento de quem goza dos seus direitos durante um período limitado. Arrisco mesmo a prever que há mais sectores em que ocorre algo semelhante com esse tipo de propriedade imaterial.

110. Em segundo lugar, ainda que seja lógico pensar que só o sucesso económico de uma patente garante a obtenção de mais fundos para continuar a investigar, a política de I+D no sector farmacêutico assume-se como a chave de toda a actividade. Neste ramo da economia só a incessante prospecção de medicamentos revolucionários favorece a sobrevivência num mercado muito competitivo, globalizado e lucrativo. Porém, sem uma política comercial bem desenhada, os inventos mais geniais correm o risco de passar despercebidos. Daí que qualquer empresa de investigação tenha que procurar as vias mais adequadas para convencer e chegar ao consumidor.

111. A GSK tinha o poder de configurar a distribuição das suas mercadorias na Europa. Optou por uma estratégia que abrangia os grossistas gregos porque a considerou economicamente mais útil e proveitosa. Podia ter preferido um sistema verticalmente integrado de distribuição dos seus fármacos, como pretendeu fazer em Novembro de

66 — Krapf, E., Parallelimporte von Arzheimitteln und europäisches Kartellrecht — eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels, Ed. Shaker, Aquisgrán, 2006, pp. 107 e 108.

2000. Embora goze de liberdade para remodelar os seus esquemas de distribuição, respeitando os usos comerciais, no vertente caso é acusada de penalizar os grossistas por ter aproveitado melhor as condições do mercado, impedindo-os de exercer a sua actividade exportadora.

112. Em terceiro lugar, comparando dados proporcionados pela literatura jurídica referida no n.º 107 das presentes conclusões, segundo a qual, entre os anos de 1998 e 2003, a quota de mercado dos importadores paralelos aumentou de 1,8% para 6,8% [67], tem-se a sensação de que a verdadeira batalha é travada na recuperação dessas margens de lucro que os concorrentes das grandes companhias farmacêuticas adquiriram.

113. Com este contexto, o argumento da falta de incentivo provocada pela perda de receitas para a importação paralela dos medicamentos patenteados parece-me enganoso, pois só tenta seduzir a opinião pública, sensibilizada com a importância vital do binómio I+D para a competitividade, deslocando o cenário da rivalidade empresarial para o nível da política de fomento da investigação, sector que a União Europeia acrescentou às suas atribuições desde que o Acto Único Europeu incorporou no Tratado CE o Título XVIII, denominado «A investigação e o desenvolvimento tecnológico».

114. Neste contexto, a União Europeia proporciona um enquadramento favorável às empresas, incentivando-as a reduzir os custos de I+D através da isenção por categorias dos acordos horizontais dessa natureza [68], consciente de que a cooperação neste âmbito e na exploração comum dos seus resultados contribui para promover o progresso técnico e económico, difundindo mais amplamente os conhecimentos, evita ainda a duplicação de actividades de I+D, encoraja os progressos graças ao intercâmbio de inovações complementares e promove uma maior racionalização no fabrico dos produtos ou na aplicação dos processos resultantes da I+D [69].

115. Portanto, ainda que se pudesse justificar o comportamento, havia que declará-lo desproporcionado, dado que elimina a

67 — Krapf, E., *op. cit.*, p. 2.

68 — Regulamento (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e desenvolvimento (JO L 304, p. 7).

69 — Décimo considerando do Regulamento n.º 2659/2000.

concorrência na distribuição na Europa, asfixiando as importações paralelas provenientes da Grécia.

médicas. Compara este dado com os elevados lucros dos grossistas ao venderem a mercadoria em países em que o preço pago pelos seguros de saúde é superior ao da Grécia, enquanto se lamenta dos grandes montantes que a própria GSK deixa de receber.

3. O balanço económico positivo

116. A última justificação das empresas dominantes prende-se com a eficácia económica da conduta hipoteticamente abusiva («*efficiency defense*»). O documento de reflexão da Comissão sobre a aplicação do artigo 82.º CE enquadra-a na sua linha de actuação [70], fazendo eco da doutrina que a considerava necessária [71].

118. Pois bem, excepto a descrição dos «horrores» criados pelo comércio paralelo, não aponta qualquer aspecto positivo resultante da sua limitação das entregas de medicamentos aos grossistas, com a ressalva da recuperação das suas margens de lucro, o que não é relevante para qualificar o comportamento como abusivo, ou para o desculpar, como, de modo certeiro, refere o Governo polaco.

117. Deduzo das observações da GSK que se deve incluir nesta rubrica as suas alegações sobre as consequências perversas do comércio paralelo de medicamentos sujeitos a receita médica. Alega não favorecerem os pacientes nem os organismos de segurança social que assumem o reembolso das despesas

119. Mesmo desejando que as empresas em posição dominante tenham a possibilidade de provar a vantagem económica dos seus abusos, a GSK não mostrou qualquer elemento susceptível de fazer pender a balança a seu favor, apesar de os critérios relativos ao bem-estar do doente e à redução dos custos da saúde pública merecerem especial atenção no processo principal. Dispensa-se, assim, a prova da proporcionalidade,

70 — Comissão Europeia, *op. cit.*, n.os 84 a 91.

71 — Loewenthal, P.-J., *op. cit.*, pp. 464 e 465.

o passo definitivo da análise, se se tivesse defendido uma justificação.

4. Solução proposta para a segunda questão prejudicial

120. Tendo em conta as reflexões anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à segunda questão prejudicial no sentido de que a redução, por uma empresa em posição dominante, das encomendas dos grossistas às quantidades que cubram a procura de um mercado nacional, com a intenção de terminar com as importações paralelas desses grossistas para outros Estados-Membros, constitui, em princípio, um abuso de posição dominante nos termos do artigo 82.º CE.

121. No entanto, a empresa acusada pode apresentar os elementos adequados para justificar objectivamente a sua atitude, designadamente:

— os elementos de regulação do mercado que, por estar fora do seu alcance modificá-los, a obrigam a comportar-se desse modo, excluindo-se, no caso vertente, a fixação de preços de medicamentos e a obrigação de manutenção de existências para abastecer os pacientes;

— a prova de que tinha como único objectivo a defesa dos seus interesses comerciais legítimos, entre os quais não figura, no presente processo, o efeito sobre os incentivos à inovação;

— e os benefícios económicos da conduta que lhe é imputada.

122. Analisado o fundamento da justificação, há que não esquecer a análise da proporcionalidade, isto é, a demonstração do seu carácter imprescindível e da sua adequação.

VI — Conclusão

123. Em face do exposto, diferindo das conclusões do advogado-geral Jacobs, já referidas, no processo Syfait, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais apresentadas pelo Trimeles Efeteio Athinin:

«1) O artigo 82.º CE não permite que se acusem as empresas em posição dominante de acções em si mesmas abusivas, incluindo quando as circunstâncias do caso não dêem lugar a dúvidas sobre a sua intenção nem sobre o seu efeito anticoncorrencial.

2) Uma empresa em posição dominante que se recusa a satisfazer integralmente as encomendas dos grossistas de produtos farmacêuticos, com o objectivo de reduzir as suas exportações e de restringir o prejuízo causado pelo comércio paralelo, incorre num comportamento abusivo, nos termos do artigo 82.º CE. No entanto, a empresa pode apresentar as provas pertinentes para justificar objectivamente a sua atitude, designadamente:

os elementos de regulação do mercado que, por estar fora do seu alcance modificá-los, a obrigam a comportar-se desse modo, excluindo-se, no caso vertente, a fixação de preços de medicamentos e a obrigação de manutenção de existências para abastecer os pacientes;

a prova de que tinha como único objectivo a defesa dos seus interesses comerciais legítimos, entre os quais não figura, no presente processo, o efeito sobre os incentivos à inovação;

e os benefícios económicos da conduta que lhe é imputada.»