FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 1 april 2008 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I - 7145

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 7146

A — Gemenskapsrätten ..... I - 7146

B — De nationella bestämmelserna ..... I - 7148

III — De faktiska omständigheterna i målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna ..... I - 7148

IV — Förfarandet vid EG-domstolen ..... I - 7151

V — Prövning av tolkningsfrågorna ..... I - 7152

A — Inledande synpunkter ..... I - 7152

1. Invändningar mot formuleringen av frågorna ..... I - 7152

a) Dominerande ställning ..... I - 7152

b) Att ”fullt ut” efterkomma beställningar ..... I - 7153

2. Metod ..... I - 7153

B — Missbruk av en dominerande ställning i sig enligt artikel 82 EG (första tolkningsfrågan) ..... I - 7154

1. Leveransvägran som missbruk ..... I - 7154

a) Gemenskapens rättspraxis ..... I - 7154

b) Avsikten som försvårande omständighet ..... I - 7156

1 — Originalspråk: spanska.

2. Identifiering av missbruk i sig enligt artikel 82 EG: ett metodproblem ..... I - 7158

a) Domstolens rättspraxis ..... I - 7158

b) Oförenlighet mellan missbruk i sig och artikel 82 EG ..... I - 7159

i) Rättsliga orsaker ..... I - 7159

ii) Ekonomiska orsaker ..... I - 7161

3. Svaret på den första tolkningsfrågan ..... I - 7162

C — Faktorer som motiverar ett handlande som normalt sett är att betrakta som missbruk (andra tolkningsfrågan) ..... I - 7162

1. Förhållandena på en ofullständig marknad ..... I - 7163

a) Marknadens grundläggande egenskaper ..... I - 7163

b) Granskning av dessa grunder för berättigande ..... I - 7164

i) Medlemsstaternas fastställande av priser ..... I - 7165

ii) Förpliktelsen att tillhandahålla leveranser ..... I - 7166

2. Skyddet av berättigade affärsintressen ..... I - 7167

a) Genomgång av rättspraxis ..... I - 7167

b) Åberopade grunder ..... I - 7168

3. Det positiva ekonomiska resultatet ..... I - 7171

4. Förslag till svar på den andra tolkningsfrågan ..... I - 7172

VI — Förslag till avgörande ..... I - 7173

I — Inledning

1. De tolkningsfrågor som domstolen för några år sedan avvisade kommer nu tillbaka som en bumerang.[2] En grekisk domstol, Trimeles Efeteio Athinon (appellationsdomstol i Aten), söker svar på vissa centrala frågor om gemenskapens konkurrensrätt

2 — Dom av den 31 maj 2005 i mål C-53/03, Syfait m.fl. (REG 2005, s. I-4609).

som rör missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 EG och parallellimport av läkemedel från Republiken Grekland till andra medlemsstater, där ersättningsnivåerna för receptbelagda läkemedel är påtagligt högre än i Grekland.

2. Även om domstolen inte tog upp begäran om förhandsavgörande till sakprövning hade den utsedda generaladvokaten utarbetat ett förslag till avgörande [3], vilket parterna i målet i den hänskjutande domstolen hänvisade till i så hög grad att det nästan blev förhandsavgörandet som målet kom att kretsa kring.

3. Detta vållar mig visst obehag. Jag känner mig som en Avellaneda som skriver fortsättningen på en annan författares roman, vilket kan komma att rendera mig, liksom en gång Avellaneda, en och annan reprimand, även om situationerna i övrigt inte är jämförbara. Jag finner mig förpliktigad att utarbeta detta förslag till avgörande och jag uppfyller mina yrkesmässiga åligganden med gott uppsåt och utan minsta tillstymmelse till sådant agg som förefaller ha drivit Avellaneda när han utförde sitt plagiat. [4]

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

4. EG-fördraget innehåller två konkurrensbestämmelser som är av central betydelse för den gemensamma marknadens funktion. I artikel 81 EG förbjuds konkurrensbegränsande samverkan mellan rivaliserande företag, medan det i första stycket i artikel 82 EG föreskrivs att ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är förbjudet. I andra stycket i samma artikel anges ett antal exempel på vad sådant missbruk kan bestå i.

3 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i det ovannämnda målet C-53/03, Syfait m.fl., föredraget den 28 oktober 2004, där han förespråkar att tolkningsfrågorna ska tas upp till sakprövning.

4 — Det tros ha varit en okänd präst vid namn Alonso Fernández Zapata som under pseudonymen Alonso Fernández de Avellaneda år 1614 publicerade ”Den andra delen av den snillrike riddaren Don Quijote av La Mancha”, och som därigenom av förståeliga skäl ådrog sig Cervantes vrede. När Cervantes senare skrev sin egen fortsättning på berättelsen, lade han in vissa angrepp på det klumpiga plagiatet. Plagiatets litterära kvalitet kommer inte i närheten av originalets och Fernando García Salinero har i ”Introducción crítica sobre la obra y su autor”, i Alonso Fernández de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha,* Castalia, Madrid, 2005, s. 24, beskrivit det som ”en skämtbok utan pikareskens snillrikhet, vilken kan ha kommit till på grund av personligt agg”.

5. Ser man till de faktiska omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen är även vissa bestämmelser i sekundärrätten relevanta. I direktiv 89/105/EEG [5] behandlas åtgärder som syftar till att harmonisera metoderna för att fastställa priser på läkemedel. I artikel 2.1 och 2.2 i detta direktiv föreskrivs följande:

”Följande bestämmelser skall gälla i de fall då försäljning av ett läkemedel är tillåten först sedan de ansvariga myndigheterna i den berörda medlemsstaten har godkänt priset på produkten:

1. Medlemsstaterna skall se till att ett beslut fattas om det pris som får tas ut för det berörda läkemedlet och meddela sökanden inom 90 dagar efter det att en ansökan i enlighet med de krav som fastställts inom den berörda medlemsstaten kommit in från den som innehar ett försäljningstillstånd. Sökanden skall förse de ansvariga myndigheterna med erforderliga uppgifter. [De] ansvariga myndigheterna [skall] fatta sitt definitiva beslut inom 90 dagar …. Om inget beslut meddelas inom ovannämnda tid eller tider skall sökanden ha rätt att försälja produkten till det pris han föreslagit.

2. Om de ansvariga myndigheterna beslutar att inte medge försäljning av läkemedlet i fråga till det pris som sökanden föreslår, skall beslutet innehålla en motivering som grundar sig på objektiva och kontrollerbara kriterier. …”

6. Även om det av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) inte påverkar de omtvistade omständigheterna i målet vid den hänskjutande domstolen, kan det med hänsyn till de eventuella framtida konsekvenserna av domstolens dom vara lämpligt att redogöra för artikel 81 andra stycket i direktiv 2001/83/EG [6], som upphävde direktiv 92/25/EEG [7] och som har följande innehåll:

”Innehavaren av ett godkännande för försäljning av ett läkemedel och distributörerna av detta läkemedel som faktiskt släpps ut på marknaden i en medlemsstat skall, inom gränserna för sina ansvarsområden, ombesörja tillräckliga och fortlöpande leveranser av läkemedlet till apotek och personer som är behöriga att lämna ut läkemedel så att patienterna i den berörda medlemsstaten får sina behov tillgodosedda.”

7. I tredje stycket i samma artikel föreskrivs vidare att åtgärderna för att tillämpa denna

5 — Rådets direktiv 89/105/EEG av den 21 december 1988 om insyn i de åtgärder som reglerar prissättningen på humanläkemedel och deras inordnande i de nationella sjukförsäkringssystemen (EGT L 40, 1989, s. 8; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 45).

6 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/83/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för humanläkemedel (EGT L 311, s. 67), ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/27/EG av den 31 mars 2004 (EUT L 136, s. 34).

7 — Rådets direktiv 92/25/EEG av den 31 mars 1992 om partihandeln med humanläkemedel (EGT L 113, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 22, s. 29).

artikel bör vara berättigade med hänsyn till skyddet av folkhälsan och stå i proportion till syftet med detta skydd, ”i enlighet med fördragets bestämmelser, särskilt bestämmelserna om fri rörlighet för varor och konkurrens”.

B — *De nationella bestämmelserna*

8. Artikel 2 i lag nr 703/1977 om kontroll av monopol och oligopol samt skydd för den fria konkurrensen (nedan kallad den grekiska konkurrenslagen) motsvarar i allt väsentligt bestämmelserna i artikel 82 EG.

9. Enligt artikel 29.2 i lag nr 1316/1983, genom vilken artikel 8 i lagstiftningsdekret 96/1973 ändrades, ska den som har tillstånd att försälja läkemedel regelbundet förse marknaden med den vara som han tillverkar eller importerar.

10. Slutligen krävs enligt den grekiska lagstiftningen särskilt tillstånd för att bedriva partihandel med läkemedel, och grossisterna måste förbinda sig att förse ett visst geografiskt område med tillräcklig mängd varor.

III — De faktiska omständigheterna i målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11. Läkemedelsbolaget GlaxoSmithKline plc, Förenade kungariket, distribuerar och lagerför sina produkter i Grekland genom sitt dotterbolag GSK AEVE (i fortsättningen benämns båda bolagen tillsammans GSK), som har tillstånd från moderbolaget att saluföra dessa produkter i Grekland. Bolaget distribuerar läkemedlen Imigran för migrän, Lamictal för epilepsi och Serevent för astma. Dessa läkemedel är receptbelagda och GSK har patent på dem.

12. Klagandena i målen vid den nationella domstolen hade sedan flera år tillbaka som grossister köpt nämnda läkemedel, i alla deras former, för att sedan distribuera dem på den grekiska marknaden och i andra länder, främst Tyskland och Förenade kungariket.

13. Under förevändning att det rådde brist på de tre nämnda läkemedlen, en brist som bolaget uppgav sig inte bära ansvar för, ändrade GSK sitt distributionssystem i Grekland i slutet av oktober 2000. Från och med den 6 november 2000 efterkom GSK inte längre klagandenas beställningar, utan distribuerade i stället läkemedlen till sjukhus och apotek genom bolaget Farmacenter AE.

14. När läkemedelsförsörjningen hade normaliserats i februari 2001 började GSK åter att leverera Imigran, Lamictal och Serevent till grossisterna, om än i begränsade kvantiteter. Samtidigt avbröt GSK sitt samarbete med Farmacenter AE. GSK:s agerande väckte klagandenas vrede och de valde att angripa det såväl på förvaltningsrättslig som på civilrättslig väg.

15. GSK anhängiggjorde ett förvaltningsrättsligt förfarande och yrkade att Epitropi Antagonismou (den grekiska konkurrensnämnden) skulle avslå klagomålen rörande förändringar i dess distributionssystem för läkemedel. Klagandena i målen vid den nationella domstolen, vissa grekiska sammanslutningar av apotekare och andra grossister anhängiggjorde å sin sida en talan på samma grunder och yrkade att GSK skulle dömas för missbruk av en dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 2 i den grekiska konkurrenslagen och i artikel 82 EG.

16. Genom ett beslut om interimistiska åtgärder förpliktigade Epitropi Antagonismou GSK att tills vidare, till dess att målet i huvudsaken avgjorts, efterkomma beställningar av de tre läkemedlen i fråga. Eftersom den grekiska konkurrensnämnden hyste tvivel om hur den nationella rätten skulle tolkas mot bakgrund av gemenskapsrätten, vilandeförklarade konkurrensnämnden målet och ställde några frågor till domstolen rörande tolkningen av artikel 82 EG. Målet om begäran om förhandsavgörande registrerades vid domstolens kansli med nummer C-53/03.

17. Domstolen prövade inte målet i sak och förklarade i domen att den inte var behörig att besvara ett organ som inte är en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. [8] Epitropi Antagonismou prövade emellertid klagandenas klagomål den 1 september 2006 och fastställde följande: GSK hade bara en dominerande ställning när det gällde Lamictal, eftersom epilepsipatienterna hade svårt att vänja sig vid andra liknande läkemedel. GSK-koncernen hade bara överträtt artikel 2 i den grekiska konkurrenslagen under perioden mellan november 2000 och februari 2001, men inte därefter. GSK hade inte överträtt artikel 82 EG.

18. Klagandena har överklagat Epitropi Antagonismous utslag till Dioikitiko Efeteio Athinon (förvaltningsdomstol i andra instans i Aten), som ännu inte har meddelat dom.

19. Det civilrättsliga förfarandet inleddes genom att klagandena väckte talan vid Polymeles Protodikeio Athinon (förstain-

8 — Därigenom frångick den domen av den 21 mars 2000 i de förenade målen C-110/98–C-147/98, Gabalfrisa m.fl. (REG 2000, s. I-1577), som jag hela tiden har betraktat som felaktig, och närmade sig mer den ståndpunkt som jag hävdat sedan mitt förslag till avgörande inför domen av den 29 november 2001 i mål C-17/00, De Coster (REG 2001, s. I-9445). När det gäller det aktuella läget i denna diskussion, se mitt förslag till avgörande av den 22 november 2007 i mål C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt (målet anhängigt vid domstolen).

stansrätt i Aten) den 30 april [9] och den 30 oktober 2001 [10], respektive den 5 mars [11] och den 11 november 2002 [12].

20. De gjorde gällande att de stoppade leveranserna från GSK och distributionen genom Farmacenter innebar illojal konkurrens och missbruk av bolaget GSK:s dominerande ställning på marknaden för de tre nämnda läkemedlen. Klagandena yrkade att GSK skulle förpliktas att fortsätta att sälja en kvantitet av de aktuella läkemedlen som motsvarade genomsnittet per månad av de varor som GSK hade sålt till dem under perioden den 1 januari 2000–31 oktober 2000, ökat med 20 procent, samt att utge skadestånd och ersättning för utebliven vinst.

21. Med undantag för yrkandet om utebliven vinst, som inte togs upp till prövning, avgjorde förstainstansrätten i Aten målen i fråga mellan januari och oktober 2003. Den ogillade talan i samtliga mål och fastställde att GSK:s vägran att sälja läkemedlen inte var rättsstridig och inte utgjorde missbruk av en dominerande ställning.

22. Klagandena i målen vid den nationella domstolen har överklagat domarna till Trimeles Efeteio Athinon (appellationsdomstol i Aten), som efter att förgäves ha väntat på EG-domstolens svar på de frågor som ställts av Epitropi Antagonismou i det ovannämnda målet C-53/03 har valt att vilandeförklara målet och hänskjuta samma frågor till domstolen, nämligen: [13]

”1. Är det i sig fråga om missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG när ett företag med dominerande ställning vägrar att fullt ut efterkomma beställningar från läkemedelsgrossister, när vägran beror på en önskan att begränsa grossisternas export och därmed det inkomstbortfall som parallellimporten föranleder? Påverkas svaret på denna fråga av den omständigheten att parallellhandeln är särskilt vinstgivande för läkemedelsgrossister till följd av de prisskillnader som råder i Europeiska unionen på grund av statliga regleringar, vilka innebär att det inte råder fri konkurrens på läkemedelsmarknaden, som i stället i hög grad präglas av en statlig interventionspolitik? Ska slutligen en nationell domstol tillämpa gemenskapsrättsliga konkurrensregler på samma sätt på de marknader där fri konkurrens råder som på de marknader där konkurrensen snedvrids av statliga regleringar?

9 — Målen C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 och C-478/06.

10 — Mål C-473/06.

11 — Mål C-477/06.

12 — Målen C-469/06 och C-471/06.

13 — Här återges frågorna i de förenade målen C-474/06–C-478/06, eftersom frågorna i de tidigare förenade målen (C-468/06–C-473/06) felaktigt innehåller formuleringen ”en nationell konkurrensmyndighet” i stället för ”en nationell domstol”, antagligen på grund av att de frågor som Epitropi Antagonismou har skickat till domstolen kopierats ordagrant, vilket klagandena påpekar i sina yttranden i de förenade målen C-469/06–C-476/06.

2. Vilka kriterier ska läggas till grund för bedömningen av huruvida ett handlande utgör ett missbruk, om domstolen finner att en begränsning av parallellimporten, på grundval av vad som anförts ovan, inte alltid utgör missbruk när den utförs av ett företag med dominerande ställning? Närmare bestämt:

2.1. Utgör den procentandel som överstiger den normala inhemska förbrukningen och/eller det inkomstbortfall som ett företag med dominerande ställning får vidkännas i förhållande till dess totala omsättning och totala vinst lämpliga kriterier? Om detta är fallet, hur ska man bestämma den ovannämnda procentandelen och storleken på inkomstbortfallet – varmed avses en procentandel av omsättningen och den totala vinsten – vilka är avgörande för huruvida det ifrågavarande handlandet ska anses utgöra missbruk?

2.2. Är en intresseavvägning en lämplig metod och, i så fall, vilka intressen ska då tas med i beräkningen? Närmare bestämt:

a) Påverkas svaret av att slutkonsumenten/patienten endast har en begränsad ekonomisk fördel av parallellimporten?

b) Ska hänsyn tas till social- och sjukförsäkringsorganisationernas intresse av billigare läkemedel och, i så fall, i vilken utsträckning?

2.3. Vilka andra kriterier och vilka andra metoder kan anses lämpliga i förevarande fall?”

IV — Förfarandet vid EG-domstolen

23. Samtliga beslut om begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 21 november 2006. I enlighet med artikel 43 i domstolens rättegångsregler beslutade domstolens ordförande den 29 januari 2007 att förena målen på grund av sambandet dem emellan.

24. Företagen Sot. Lelos kai Sia EE (mål C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton m.fl. (förenade målen C-469/06–C-476/06) och Kokkoris D. Tsanas K. EPE m.fl. (förenade målen C-477/06 och C-478/06), som är klagande i målen vid den nationella domstolen, samt GSK, den polska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden inom den tid som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.

25. Vid förhandlingen i målet den 29 januari 2008 infann sig ombuden för Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton m.fl., Kokkoris D. Tsanas K. EPE, GSK, Republiken Italien, som inte hade inkommit med något skriftligt yttrande, Republiken Polen och kommissionen, för att framföra muntliga yttranden och besvara domstolens frågor.

V — Prövning av tolkningsfrågorna

A — *Inledande synpunkter*

1. Invändningar mot formuleringen av frågorna

a) Dominerande ställning

26. Jag har tidigare hänvisat till den grekiska konkurrensnämndens beslut av den 1 september 2006, där det fastslogs att GSK hade en orimligt stark ställning när det gällde läkemedlet Lamictal, men inte när det gällde Imigran och Serevent. GSK förnekar emellertid detta förhållande i punkt 5 i sitt skriftliga yttrande och stödjer sig på två huvudargument: att bolaget inte kan agera utan att ta hänsyn till konkurrenterna och att den relevanta marknaden inte är behandlingsmarknaden utan marknaden för samtliga receptbelagda läkemedel i Europa.

27. Enligt fast rättspraxis finns det en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen vid förfaranden enligt artikel 234 EG. Den innebär att det är den nationella domstolen som ska bedöma omständigheterna i målet. [14]

28. Att klarlägga ett företags ställning på en viss marknad och fastställa vilken den relevanta marknaden är, handlar om att bedöma de faktiska omständigheterna. Denna uppgift måste därför falla på den nationella domstol som ställt tolkningsfrågorna, och EG-domstolen kan inte yttra sig avseende detta.

29. Trimeles Efeteio Athinon måste således pröva om det nödvändiga villkoret (*conditio sine qua non*) för att artikel 82 EG ska kunna tillämpas är uppfyllt. Om så inte är fallet måste den ogilla överklagandena.

14 — Dom av den 15 november 1979 i mål 36/79, Denkavit Futtermittel (REG 1979, s. 3439), punkt 12, av den 5 oktober 1999 i de förenade målen C-175/98 och C-177/98, Lirussi y Bizzaro (REG 1999, s. I-6881), punkt 37, av den 22 juni 2000 i mål C-318/98, Fornasar m.fl. (REG 2000, s. I-4785), punkt 31, och av den 21 juni 2007 i mål C-259/05, Omni Metal Service (REG 2007, s. I-4945), punkt 17.

30. Epitropi Antagonismous beslut har emellertid överklagats till en förvaltningsdomstol i Grekland och man måste därför utgå från att GSK har en dominerande ställning när man besvarar de frågor som den hänskjutande domstolen har ställt.

b) Att ”fullt ut” efterkomma beställningar

31. I sitt skriftliga yttrande kritiserar klaganden i målet vid den nationella domstolen Lelos kai Sia EE formuleringen ”att fullt ut efterkomma beställningar” i den första tolkningsfrågan och menar att den är vilseledande, eftersom den förflyttar diskussionen från sitt ursprungliga sammanhang till ett mer teoretiskt plan, där grunden för alla slags beställningar till GSK ska bedömas oavsett hur orimliga och oproportionerliga de än är.

32. Även övriga klagande tar, om än mindre eftertryckligt, upp behovet av att föra tillbaka tvisten till det sammanhang i vilket den uppstod och så som den prövats i de grekiska processerna, eftersom GSK tenderar att hårdra de grekiska grossisternas yrkanden och lägga upp sin argumentation som om det handlade om att efterkomma alla beställningar, hur orimliga de än är.

33. Jag håller med parallellimportörerna om att man bör koncentrera tvisten till de ursprungliga omständigheterna, nämligen att GSK till klagandena skulle sälja en kvantitet av de aktuella läkemedlen som motsvarar genomsnittet för år 2000, ökat med 20 procent, enligt vad som framgår av begäran om förhandsavgörande. Dels är det ju den hänskjutande domstolen som vid förfaranden enligt artikel 234 EG ska redogöra för de faktiska omständigheterna och EG-domstolen ska inte blanda sig i detta. Dels skulle det förta nyttan av svaret om hänsyn inte togs till dessa omständigheter.

2. Metod

34. För att bättre förstå denna tvist förefaller det lämpligt att använda sig av den i rättspraxis [15] erkända behörigheten att omformulera Trimeles Efeteio Athinons frågor, eftersom den första frågan syftar till att få klarlagt om de uteblivna leveranserna från GSK, vilka berodde på en önskan att begränsa parallellhandeln, i sig utgör missbruk av en dominerande ställning i och med att de uteslutande syftar till att utesluta konkurrenterna från grossistmarknaden.

15 — Se bland annat dom av den 23 november 1977 i mål 38/77, Enka (REG 1977, s. 2203), av den 1 april 1993 i mål C-250/91, Hewlett-Packard-France (REG 1993, s. I-1819), och av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior (REG 2001, s. I-3605).

35. I de frågeställningar som därefter följer berörs emellertid ett antal omständigheter som handlar om huruvida missbruket kan vara försvarligt och det skulle därför vara mer logiskt att flytta dem till den andra tolkningsfrågan som handlar om vilka kriterier som ska läggas till grund för bedömningen av huruvida GSK:s handlande utgör ett missbruk. De skriftliga yttranden som har inkommit i föreliggande mål bygger dessutom till stor del på generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Syfait, som även innehåller talrika exempel på när missbruk inte föreligger.

36. Ser man frågorna på det sättet kan man även yttra sig om ett doktrinärt dilemma som äger viss aktualitet, nämligen förekomsten av missbruk i sig, och fördjupa sig i frågan om huruvida missbruket eventuellt kan vara berättigat.

B — *Missbruk av en dominerande ställning i sig enligt artikel 82 EG (första tolkningsfrågan)*

37. I målen vid den nationella domstolen anklagas GSK för att ha stoppat försäljningen av Imigran, Lamictal och Serevent till grossisterna under förevändning att det rådde brist på marknaden. Vidare anklagas GSK för att ha återupptagit leveranserna till dessa konkurrenter samtidigt som volymen anpassades till behoven på den grekiska marknaden för att undvika att läkemedlen vidareexporterades till andra europeiska länder, framför allt Tyskland och Förenade kungariket.

38. Innan det utreds om detta handlande är att betrakta som missbruk ”i sig” bör en kort genomgång göras av hur leveransvägran behandlas i gemenskapens rättspraxis, liksom i vilken mån en uppenbar avsikt att förhindra parallellhandel ses som en försvårande omständighet vid bedömningen av handlandet. När det väl har klarlagts att det föreligger ett missbruk kan analysen koncentreras till att fastställa om det kan betraktas som ett missbruk i sig.

1. Leveransvägran som missbruk

a) Gemenskapens rättspraxis

39. I det fåtal domar som domstolen har avkunnat inom det här området har de faktiska omständigheterna varit sådana att det kan ifrågasättas om de kan tillämpas på förevarande mål, där grossistföretagen för de tre nämnda läkemedlen ställts inför en leveransvägran från sin enda leverantör, som är det företag som innehar tillverkningspatenten och som hela tiden har konkurrerat med grossistföretagen när det gäller saluföringen av dessa läkemedel. Med tanke på deras allmängiltiga karaktär skadar det dock inte att redogöra för några av de viktigaste domarna rörande artikel 82 EG.

40. I målet Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen [16] hade företaget i fråga avbrutit leveranserna av aminobutanol till det italienska företaget Zoja, som tillverkade etambutol som är ett derivat av denna råvara. De båda företagen konkurrerade med varandra på marknaden. I domen fastslogs att avbrytandet av leveranserna stred mot artikel 82 EG. Domstolen fann att den dominerande ställning som Commercial Solvents hade när det gällde tillverkningen av detta ämne, och som gjorde att företaget kunde kontrollera leveranserna till derivattillverkarna, inte gav det rätt att undanröja konkurrensen från sina tidigare kunder enbart på grund av den omständigheten att företaget självt hade börjat syntetisera dessa derivat. [17]

41. Det finns uppenbara paralleller mellan domen i målet Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen och föreliggande mål. Till att börja med avbröt ju även GSK leveranserna av de tre läkemedlen i fråga till de grekiska grossisterna i avsikt att börja sälja dem genom sin egen exklusiva distributör i landet. Efter omkring tre månader återupptog GSK leveranserna men begränsade kvantiteterna till efterfrågan på den inhemska grekiska marknaden.

42. I domen i målet United Brands mot kommissionen rörande bananer av märket ”Chiquita” [18], fastslog domstolen att United Brands hade överträtt konkurrensreglerna när företaget slutade att sälja bananer till den danska mognaren/distributören Olesen, på grund av att Olesen hade medverkat i en reklamkampanj för konkurrenten Dole.

43. Vid det tillfället fann domstolen att ett företag med en dominerande ställning när det gäller distribution av en produkt inte får inställa sina leveranser till en gammal kund ”som iakttar rådande handelsbruk, när denna kunds beställningar inte på något sätt är onormala”. [19]

44. När det gäller företagets dominerande ställning och iakttagandet av rådande handelsbruk (eller fullgörelsen av avtalen) från de konkurrerande grossisternas sida, är likheterna mellan målet United Brands mot kommissionen och föreliggande mål uppenbara. Det är emellertid en annan sak att avgöra om de leveranser som klagandena i målet vid Trimeles Efeteio Athinon efterfrågar är att betrakta som normala eller överdrivna. I målet United brands ifrågasattes inte detta, utan domstolen fann att Olesens yrkanden var normala. När en bedömning görs av detta måste hänsyn tas till om det varit motiverat att vägra att efterkomma samtliga beställningar från de företag som ägnar sig åt parallellhandel, och denna aspekt bör därför inte behandlas närmare här.

16 — Dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen (REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229).

17 — Domen i det ovannämnda målet Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen, punkterna 25 och 26.

18 — Dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen (REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9).

19 — Domen i det ovannämnda målet United Brands mot kommissionen, punkt 182.

45. Domstolen har uttalat sig om sådan vägran i andra mål, men mot bakgrund av helt andra faktiska omständigheter eller inom helt andra rättsliga ramar. När det gäller det första fallet är det värt att nämna domen i målet CBEM mot CLT och IPB [20], i vilken förbudet för ett företag som har en dominerande ställning att förbehålla sig eller sitt dotterbolag marknaden för en annan verksamhet som utförs av ett annat företag på en angränsande men separat marknad utsträcktes till att omfatta tjänstemarknaden. När det gäller det andra fallet så ingår här de domar där tillgången till en oumbärlig struktur (”*essential facility*”) diskuterats, som domen i målet Bronner [21], eller dem som rör vägran att upplåta en licens med avseende på immateriella rättigheter, som domarna i målen Magill [22] och IMS Health [23], i vilka omständigheterna skiljer sig avsevärt från dem i föreliggande mål.

46. Sammanfattningsvis framgår det av domarna i målen Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen och United Brands mot kommissionen att ett företag som har en dominerande ställning och som underlåter att leverera varor, framför allt om det inte finns några alternativa varor som i fallet med Lamictal, och förbehåller sig marknaden för parallellexport, gör sig skyldigt till missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Det återstår då att klarlägga om viljan att undanröja denna parallellhandel innebär att missbruket är att betrakta som ett missbruk i sig, i den mening som avses i gemenskapens konkurrensrätt.

b) Avsikten som försvårande omständighet

47. Till att börja med är uttrycket ”missbruk” i artikel 82 EG enligt gemenskapens rättspraxis ett objektivt begrepp som är knutet till verksamheten i företag som har en dominerande ställning. [24] Det påverkas således inte alls av vilken avsikt företagen har haft med sitt agerande. [25] När det gäller missbruk krävs inte heller att fel begåtts för att artikel 82 EG ska bli tillämplig. [26]

48. Emellertid måste hänsyn tas till två viktiga aspekter som nyanserar ovanstående påståenden.

49. Dels kan man inte helt bortse från att de subjektiva omständigheterna kring överträdelsen ofta visar att syftet är att begränsa konkurrensen eller att de till och med utgör missbruk i sig. [27]

20 — Dom av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM mot CLT och IPB (Telemarketing) (REG 1985, s. 3261).

21 — Dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791).

22 — Dom av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen (målen Magill) (REG 1995, s. I-743).

23 — Dom av den 29 april 2004 i mål C-418/01, IMS Health (REG 2004, s. I-5039).

24 — Dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), punkt 91, av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351), punkt 70, och av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-249), punkt 69.

25 — Om detta råder praktiskt taget full enighet i doktrinen; Schröter, H., ”Artikel 82”, i Schröter, H./Jacob, T./Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,* Nomos, Baden-Baden, 2003, s. 905.

26 — Dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen (REG 1973, s. 215; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89), punkterna 25–27 (i fortsättningen ”Continental Can”).

27 — Gleiss, A./Hirsch, M., *Kommentar zum EWG-Kartellrecht,* Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 3 uppl., Heidelberg, 1978, s. 347.

50. Dels har domstolen bekräftat förstainstansrättens uppfattning att det för att påvisa att det föreligger ett åsidosättande av artikel 82 EG räcker att styrka att det dominerande företagets missbruk syftar till att begränsa konkurrensen, eller med andra ord att det kan få konkurrensbegränsande verkningar. Detta med tanke på den skillnad som finns mellan artikel 81.1 EG och artikel 82 EG, där den sistnämnda inte innehåller någon hänvisning till det ifrågavarande handlandets konkurrensbegränsande verkningar. [28]

51. Ju mer ett företag som har en dominerande ställning tenderar att hindra den fria konkurrensen på marknaden, desto större skäl finns det således att anta att det föreligger ett missbruk. Det är detta som föreliggande mål handlar om. GSK har inte ens förnekat att det verkliga syftet är att sätta stopp för grossistföretagens parallellexport av de tre ifrågavarande läkemedlen från Grekland till andra EU-länder.

52. Eftersom dessa begränsningar av de andra distributörernas försäljningsvolymer dessutom begränsar marknaden för konkurrenterna, i den mening som avses i artikel 82 andra stycket b EG, är det mycket som tyder på att detta handlande, och därmed syftet med det, innebär en överträdelse av det första stycket i denna artikel. [29]

53. Det är uppenbart att GSK:s avsikt strider mot fördragets syften, eftersom den påverkar den fria handeln mellan medlemsstaterna på ett så allvarligt sätt att det kan hindra förverkligandet av en inre marknad, såsom framgår av rättspraxis och av artikel 3.1 g EG. Den isolerar ju obestridligen de nationella marknaderna och påverkar konkurrensstrukturen på den gemensamma marknaden. [30]

54. Sammanfattningsvis visar ovanstående resonemang att GSK grovt har åsidosatt fördraget och att GSK:s handlande i sig är att betrakta som ett missbruk, eftersom inga andra skäl kan skönjas än att företaget velat undandröja den parallellhandel som bedrivs av dess konkurrenter – de grekiska grossisterna. [31] Jag hyser emellertid vissa tvivel när det gäller metoderna för att gradera de dominerande företagens handlande som det kan därför vara värt att göra en fördjupad analys av.

28 — Dom av den 15 mars 2007 i mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen (REG 2007, s. I-2331), punkt 30, med anknytning till förstainstansrättens domar av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen (REG 2003, s. II-4071), punkt 239, och av den 17 december 2003 i mål T-219/99, British Airways plc. mot kommissionen (REG 2003, s. II-5917), punkt 293.

29 — Schröter, H., a.a., s. 959.

30 — Dom av den 31 maj 1979 i mål 22/78, Hugin mot kommissionen (REG 1979, s. 1869), punkt 17, och av den 11 december 1980 i mål 31/80, L'Oréal (REG 1980, s. 3775), punkt 27.

31 — Denna uppfattning får visst stöd i doktrinen; Koenig, Ch./Engelmann, Ch., "Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC – Commentary on the Opinión of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*", *E.C.L.R.*, nr 6/2005, s. 341.

2. Identifiering av missbruk i sig enligt artikel 82 EG: ett metodproblem

55. Innan jag räknar upp argumenten mot att godta missbruk i sig, kan det vara lämpligt att se hur begreppet utvecklats i gemenskapens rättspraxis.

a) Domstolens rättspraxis

56. Hittills hade domstolen identifierat tre former av handlanden som företag med dominerande ställning ägnat sig åt och som oundvikligen innebar att de ansågs missbruka sitt marknadsinflytande, till synes utan att beredas tillfälle att inge motbevisning i syfte att rättfärdiga handlandet i fråga.

57. Domstolen hade uttalat sig angående skyldigheten för köpare att göra alla sina inköp hos ett företag med en dominerande ställning, oavsett om förpliktelsen gäller utan vidare eller motsvaras av en rabatt.[32]

58. Det andra förfarandet som alltid förutsattes utgöra missbruk var trohetsrabatter. Till skillnad från mängdrabatt som endast är knuten till inköpsvolymer från den berörda tillverkaren, syftar en trohetsrabatt till att hindra kunderna från att göra sina inköp hos konkurrenterna genom att erbjuda dem ekonomiska fördelar.[33]

59. Det tredje förfarandet som betraktades som missbruk i sig handlade om underprissättning. Enligt domstolen ska priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna (som varierar i förhållande till den producerade mängden), vilka inte är ekonomiskt motiverade utan endast syftar till att slå ut en konkurrent, betraktas som missbruk.[34] Priser som däremot är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna (som omfattar fasta och rörliga kostnader), men som är högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, ska betraktas som missbruk när de fastställs inom ramen för en plan som syftar till att slå ut en konkurrent.[35]

60. Resonemangen i dessa domar lämnade inget utrymme för att frikänna det domine-

32 — Domen i det ovannämnda målet Hoffmann La Roche, punkt 89.

33 — Dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. (REG 1975, s. 1663), och domen av den 9 november 1983 i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 71.

34 — Domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 71, och dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1996, s. I-5951), punkt 41.

35 — Domen i det ovannämnda målet AKZO, punkt 72.

rande företaget.[36] Senare rättspraxis angående trohetsrabatter ger emellertid inte stöd för uppfattningen att dessa nödvändigtvis måste vara att betrakta som missbruk. När det gällde vissa rabatter som var knutna till att individuellt fastställda försäljningsmål uppnåddes inom det kommersiella passagerarflyget och som ett företag med en dominerande ställning på den brittiska marknaden för flygresor beviljade resebyråer, tillät domstolen företaget att visa att dess bonussystem, som medförde att konkurrensen eliminerades, var ekonomiskt motiverat.[37]

61. Således tolererar domstolen rättfärdiganden från de dominerande företagens sida, även inom områden där den tidigare föreföll godta eventuella missbruk i sig. Därmed följer den i själva verket sin sedvanliga rättspraxis, vilken befästs vid sidan av dessa domar och enligt vilken denna typ av beteenden automatiskt ska betraktas som missbruk.[38] Utöver de konkreta anvisningarna som är begränsade till omständigheterna i varje enskilt fall, har domstolen emellertid inte tillhandahållit några allmänna riktlinjer för att eventuella missbruk i sig inte ska omfattas av den artikel i fördraget som handlar om missbruk av dominerande ställning. Vissa sådana riktlinjer skulle således behöva utvecklas.

36 — Loewenthal, P.-J., "The Defence of 'Objective Justification' in the Application of Article 82 EC", *World Competition*, nr 28(4), 2005, s. 470.

37 — Domen i det ovannämnda målet British Airways mot kommissionen, punkt 69.

38 — Domen i det ovannämnda målet Tetra Pak, punkt 37, dom av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG (REG 1994, s. I-5641), punkt 52, och dom av den 13 november 1975 i mål 26/75, General Motors mot kommissionen (REG 1975, s. 1367), punkterna 20 och 22.

b) Oförenlighet mellan missbruk i sig och artikel 82 EG

62. Artikel 82 EG är inte anpassad till de föreskrivna kraven när det gäller handlanden som betraktas som missbruk i sig, av såväl rättsliga som ekonomiska orsaker.

i) Rättsliga orsaker

63. Här återfinns systematiken i artikel 82 EG, särskilt om den jämförs med systematiken i artikel 81 EG.

64. Artikel 81 EG består av tre punkter som i tur och ordning reglerar principen om förbud mot konkurrensbegränsande samverkan, ogiltighet som konsekvens enligt huvudregeln vid överträdelse av förbudet i punkt 1, samt möjligheten att beviljas undantag, förutsatt att det inte har skett med stöd av någon förordning om gruppundantag som antagits med stöd av artikel 83.2 b EG, med avseende på artikel 83.1.

65. De exempel på konkurrensbegränsande överenskommelser som räknas upp i ar-

tikel 81.1 a–e EG jämställs av tradition med överträdelser i sig av denna bestämmelse och de omfattas därför inte av de olika grupperna av undantag i punkten 3. [39] Det finns dock en liten utväg eftersom de kan förbli giltiga tack vare det enda undantaget, om de berörda parterna kan styrka att deras avtal uppfyller villkoren i artikel 81.3 EG. I det här sammanhanget har Förenta staternas högsta domstol nyligen justerat sin praxis rörande upprätthållande av minimipriser för återförsäljning (*Resale price maintenance*) vid vertikala avtal för att den ska omfattas av *"rule of reason"*. [40] Därigenom har den frångått en djupt rotad rättspraxis enligt vilken sådana förfaranden betraktades som olagliga i sig eftersom de ansågs strida mot Section (1) i Sherman Act sedan den prejudicerande domen av år 1911. [41]

66. Sammanfattningsvis ger bestämmelsen i sig företagen olika möjligheter att bestrida att klausulerna i deras avtal skulle utgöra en överträdelse i sig. Detta gäller inte de dominerande företagen inom tillämpningsområdet för motsvarande artikel i fördraget.

67. Så som artikel 82 EG är formulerad, utan någon punkt enligt vilken vissa former av missbruk kan undantas, krävs för bedömningen av förfarandena att en dialektisk diskussion förs mellan de företag som har en dominerande ställning på en viss marknad, gemenskapens eller medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och de berörda parterna.

68. Var och en av deltagarna i denna retoriska tvist får lägga fram bevis för sina påståenden, enligt det traditionella latinska talesättet *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

69. Om vissa beteenden nu alltid leder till ett rättsligt antagande om att det föreligger missbruk, innebär det att de dominerande företagen berövas sin rätt till försvar, eftersom utformningen av artikel 82 EG som tidigare nämnts inte medger några undantag. När det väl har konstaterats att ett missbruk föreligger måste det således fastställas att det skett en överträdelse, om det inte finns tillräckliga bevis för motsatsen.

39 — Liksom artikel 4, som handlar om "svartlistade" klausuler, i kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EGT L 336, s. 21).

40 — Dom av den 28 juni 2007 i mål nr 06-480, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc, Llorente, C. La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin", i *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi nº 736*, s. 2 och följande sidor.

41 — Dom av den 3 april 1911, Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co. (220 U.S. 373).

70. Dessutom fungerar inte de exempel som anges i artikel 82.2 a–d som rättsliga antaganden, till skillnad från dem som återfinns i artikel 81.1 a–e. På sin höjd bör man uppfatta dem som motbevisbara presumtioner som lättar på bevisbördan för dem som åberopar dem på grund av den ekonomiska logik som de vilar på, [42] men de kan aldrig ersätta den dialektiska diskussion som jag har tagit upp i de föregående punkterna. Liksom konkurrensbegränsande samverkan i sig enligt artikel 81 EG kan undantas med stöd av punkt 3 i denna artikel, bör en möjlighet finnas att godta vissa former av missbruk inom ramen för artikel 82 EG, om de motiveras objektivt.

ii) Ekonomiska orsaker

71. Till att börja med skulle ett godtagande av missbruk av dominerande ställning i sig strida mot principen om att varje enskilt fall måste undersökas för sig utifrån parametrarna i det ekonomiska och juridiska sammanhang där det har uppstått.

72. Vidare skulle i sig-perspektivet ur rent ekonomisk synvinkel innebära en överdriven formalism, mot vilken mycket kvalificerad kritik har anförts. Denna har förespråkat ett annat synsätt på artikel 82 EG som är inriktat på vilka återverkningar missbruket får och på att överväga de specifika omständigheterna genom att tillämpa en skälighetsregel [43] (*rule of reason*). [44]

73. Om förutfattade och formalistiska uppfattningar ges företräde när det gäller missbruk av dominerande ställning, döljs det förhållandet att de ibland kan medföra fördelar för konsumenterna. [45] Så är fallet när en av aktörerna är så stark att konkurrensen på den relevanta marknaden minskar, eftersom artikel 82 EG inte innehåller någon bestämmelse som innebär att dessa aktörer med framgång kan försvara sig mot anklagelserna om missbruk och visa att deras beteende är effektivt ur ekonomisk synvinkel, vilket med rätta har kritiserats. [46]

74. Slutligen är det visserligen, som tidigare nämnts, vanligt att dela in de situationer på vilka artikel 82 EG är tillämplig i två kategorier, de som drabbar konsumenterna

42 — När det gäller användningen av sådana faktiska antaganden, se Paulis, E., ”The burden of proof in Article 82 cases”, i Hawk, B. E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute,* Juris Publishing, Inc., New York, 2007, s. 470.

43 — Jag lånar den spanska översättningen av det engelska uttrycket ”rule of reason” från Arruñada, B., ”Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia”, i Beneyto Pérez, J.M. (utgivare) och Maillo González-Orús, J. (redaktör), *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia,* Bosch, Barcelona, 2002, s. 53.

44 — Report by the EAGCP ”An Economic Approach to Article 82”, från juli 2005, som finns på http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, sidorna 5 och 6.

45 — Jacquemin, A.P., ”The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community”, i Greaves, R. (redaktör), *Competition Law,* Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Förenade kungariket), 2003, s. 214, pekar på de risker som är förknippade med regeln om missbruk i sig, även utöver den dominerande ställningen.

46 — Pelkmans, J., *European Integration – Methods an Economic Analysis,* Longman, London, 1997, s. 194.

(exploaterande missbruk) och de som drabbar faktiska eller potentiella konkurrenter (uteslutande missbruk),[47] vilket innebär att alla konkurrensbegränsande åtgärder från ett dominerande företag kan utgöra missbruk[48] eftersom det inte finns någon inbördes rangordning mellan dessa två aspekter av artikel 82 EG.[49] Trots det borde det kunna förespråkas att det dominerande företaget får möjlighet att försvara sig på grundval av de uppnådda ekonomiska resultaten.

75. Bara genom att väga de positiva och negativa följderna för användarna och för de övriga aktörerna på samma marknad mot varandra, kan man få fram relevanta uppgifter för att kunna dra lämpliga slutsatser.

47 — I Europeiska kommissionens diskussionsunderlag ”DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses” tas bara uteslutande missbruk upp. Det finns på http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Detta har inte undgått kritik: 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*, nr 242, maj 2006, s. 24.

48 — Hildebrand, D., The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, Kluwer, Haag, 1998, s. 62.

49 — Att det saknas ett syfte som artikel 82 EG uttryckligen är avsedd att skydda har kritiserats av Whish, R., ”Rethinking Article 82 CE”, i *Concurences: revue des droits de la concurrence*, nr 4/2005, s. 18, som menar att denna avsaknad av vägledning innebär att artikel 82 EG ”har lämnats vind för våg”. Schröter, H., a.a., s. 813, drar å sin sida slutsatsen av domarna i de ovannämnda målen Hoffmann-La Roche, Michelin och L’Oréal, att bestämmelsen framför allt tenderar att värna om konkurrensen som institution, ett skydd som indirekt är till fördel för konkurrenterna, det dominerande företagets handelspartners och konsumenterna.

3. Svaret på den första tolkningsfrågan

76. Det som ovan anförts visar att missbruk i sig inte är förenligt med artikel 82 EG, vilket innebär att den första frågan från Trimeles Efeteio Athinon inte bör besvaras jakande. Jag rekommenderar således domstolen att utan omsvep fastställa att artikel 82 EG inte ger utrymme för att anklaga företag med dominerande ställning för missbruk i sig, inte ens när omständigheterna i fallet inte lämnar några tvivel om avsikten eller om den konkurrenshämmande effekten.

77. Den andra frågan, som handlar om huruvida ett sådant missbruk kan vara objektivt motiverat, ska prövas med utgångspunkt i svaret på den första frågan.

C — *Faktorer som motiverar ett handlande som normalt sett är att betrakta som missbruk (andra tolkningsfrågan)*

78. Till att börja med vill jag påminna om att en del av den första tolkningsfrågan ligger i svaret på den andra frågan, på grund av dess

kopplingar till undantagsgrunderna för de förfaranden som beskrivs i artikel 82 EG. Jag uppfattar det så att den hänskjutande domstolen frågar efter kriterierna just för att bemöta det negativa omdöme som i princip fällts om företag i dominerande ställning.

79. Det finns tre ursäkter som dominerande företag kan åberopa när de anklagas för missbruk: sådana som handlar om den marknad de är verksamma på [50], deras berättigade skydd av sina affärsintressen och bevis i form av positiva ekonomiska resultat. Här nedan ska jag ta upp var och en av dem för sig, dock hela tiden med hänsyn till de faktiska omständigheter som åberopats vid den hänskjutande domstolen.

1. Förhållandena på en ofullständig marknad

80. Företaget GSK har betonat att den statliga regleringen hindrar det från att bedriva sin verksamhet under normala konkurrensförhållanden. GSK åberopar två aspekter som förklarar restriktionerna för de grekiska grossisternas parallellexport: fastställandet av maximala försäljningspriser för läkemedlen, vilket är ett vanligt förfarande i samtliga medlemsstater, och skyldigheten att hålla tillräckligt med varor i lager för att hela tiden kunna tillgodose efterfrågan inom landet.

81. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, den polska regeringen och kommissionen avvisar denna analys, om än med vissa nyansskillnader. Innan jag går närmare in på grunderna för berättigande kan det vara lämpligt att beskriva den relevanta marknadens huvuddrag.

a) Marknadens grundläggande egenskaper

82. Det har med rätta hävdats att den europeiska läkemedelsmarknaden, varmed avses handel och distribution av produkter med eller utan patentskydd, karaktäriseras av en begränsad harmonisering till följd av de statliga ingreppen i prissättningen och de offentliga systemen för ersättning för patienternas läkemedelskostnader, vilket minskar

50 — I sitt tidigare nämnda diskussionsunderlag kräver kommissionen (punkt 80) att företagets handlande ska vara nödvändigt av säkerhets- eller folkhälsoskäl. Denna utväg för dominerande företag anser jag vara alltför begränsad och jag föreslår därför en mer omfattande sådan som är knuten till marknaden.

betydelsen av det erlagda beloppet för slutkonsumenten. [51]

83. De som har inkommit med yttranden rörande denna begäran om förhandsavgörande är eniga om att alla medlemsstater reglerar de belopp som tillverkningsföretagen inom denna bransch tar ut av patienterna genom att ange de belopp som de olika socialförsäkringsorganen ska betala tillbaka, för att på så sätt hålla nere de offentliga hälso- och sjukvårdskostnaderna. De är även eniga om att försäljningspriserna varierar enormt mellan olika medlemsstater. Vid sidan om detta statliga finansieringssystem finns det ett annat som är helt privat och där läkemedelsbolagen fritt sätter priserna för läkemedlen. Jag uppfattar emellertid att det råder viss enighet om att den sistnämnda modellen står för en mycket liten andel, även om den varierar mellan olika länder.

84. Avslutningsvis måste ytterligare ett särdrag framhållas när det gäller denna marknad: det stora antalet industriella patent som finns när det gäller läkemedel. Även om det inte säger något om hur marknaden kontrolleras av myndigheterna, så har det betydelse genom att de som innehar dessa immateriella rättigheter har lättare att hamna i en dominerande ställning, eftersom sådana monopol brukar uppstå genom tillfälliga juridiska etableringshinder. [52]

85. I det här sammanhanget hävdar GSK att medlemsstaternas regler om prissättningen och skyldigheten att hålla kvantiteter i lager som motsvarar efterfrågan i landet innebär sådana begränsningar att den enda möjligheten för att företaget ska kunna bygga upp sin verksamhet igen är att göra det svårare för de grekiska grossisterna att bedriva parallellexport till länder där ersättningsbeloppen för de olika läkemedlen vida överstiger dem som betalas ut i Grekland.

b) Granskning av dessa grunder för berättigande

86. Även om gemenskapens rättspraxis inte har medgivit någon grund som bygger på särdragen hos regleringen av en viss marknad, kan jag tänka mig fall där den skulle kunna göra det till följd av effekterna av statens kontroll över marknaden. GSK har åberopat två grundläggande faktorer: ingripandena i prissättningen och skyldigheten att hålla varor i lager.

51 — Myhre, J.W., ”The pharmaceutical sector – Article 81 EC and Article 82 EC – Imperfect tools for an imperfect market?”, i Johansson, M./Wahl, N./Bernitz, U. (redaktörer), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons,* Bruylant, Bryssel, 2006, s. 378.

52 — Pelkmans, J., *a.a.,* s. 193.

i) Medlemsstaternas fastställande av priser

87. När det gäller den politik som bedrivs i medlemsstaterna avseende socialförsäkringsorganens utbetalning av ersättning för patienternas läkemedelskostnader, fastställde domstolen i domen i målet Merck och Beecham [53] att påtvingade priser kan snedvrida konkurrensen mellan medlemsstaterna, samtidigt som den klargjorde att denna snedvridning av konkurrensen till följd av statens inblandning inte rättfärdigar ett undantag från principen om fri rörlighet för varor. [54]

88. Även om förbudet i artikel 28 EG inte kan tillämpas mot företag, har dessa enligt artiklarna 81 EG och 82 EG en skyldighet att inte hindra fördragets mål, särskilt inte den fria handeln mellan medlemsstaterna, genom att förfaranden som leder till en konstlad isolering av nationella marknader och snedvridning av konkurrensen där förklaras vara oförenliga med fördraget. [55] Det förefaller därför lämpligt att redogöra för domstolens rättspraxis när det gäller den fria rörligheten för varor, åtminstone avseende uppdelningen av nationella marknader.

89. Den strikta prispolitiken luckras emellertid upp av artikel 2.1 och 2.2 i direktiv 89/105, [56] som gäller samtliga modeller för statlig inblandning [57]. Det framgår klart av artikel 2.2 att läkemedelstillverkarna för diskussioner med de myndigheter som fastställer priserna, och om dessa beslutar att inte medge försäljning av läkemedlet i fråga till det pris som sökanden föreslår måste de lämna en motivering som grundar sig på ”objektiva och kontrollerbara kriterier”. Enligt artikel 2.1 anses även tillstånd ha beviljats om beslut inte har meddelats inom en viss tid. Har inte medlemsstaten fattat ett beslut inom 90 dagar efter det att ansökan inkom, har sökanden rätt att försälja läkemedlet.

90. Hur hårda förhandlingarna än är får man inte glömma vilken ställning läkemedelsföretagen har, särskilt om de förfogar över nya patent som i allmänhet innebär en förbättring för de patienter som får behandling med dessa läkemedel. Detta har stor betydelse eftersom medlemsstaterna, som är skyldiga att slå vakt om en hög kvalitet på vården för patienternas skull, inte är villiga att avstå från de bästa metoderna som marknaden har att erbjuda, förutsatt att dessa kan erhållas till en rimlig kostnad. [58]

53 — Dom av den 5 december 1996 i de förenade målen C-267/95 och C-268/95, Merck och Beecham (REG 1996, s. I-6285), punkt 47.

54 — Ibidem.

55 — Dom av den 31 maj 1979 i mål 22/78, Hugin mot kommissionen (REG 1979, s.1869), punkt 17.

56 — Dessa beskrivs i punkt 5 i detta förslag till avgörande.

57 — Artikel 1.1 i direktiv 89/105.

58 — Andra och tredje skälen i direktiv 89/105.

91. Jag finner mig i att fördelarna för företag som innehar läkemedelspatent med tiden försvagas och att de tvingas sänka de priser som ursprungligen avtalats med hälsovårdsmyndigheterna. Det är emellertid inget märkligt med en sådan utveckling. Tack vare framstegen inom forskningen får andra tillverkare fram nya jämförbara produkter med en bättre behandlingseffekt och dessa konkurrerar successivt ut de gamla.

92. För övrigt får det överenskomna priset inte ligga på en sådan nivå att företagen inom denna bransch tvingas att sälja under självkostnadspris.

93. Även om det inte råder någon normal konkurrens på marknaden för läkemedelsprodukter, saknar tillverkarna sammanfattningsvis inte helt inflytande över prisregleringssystemet. De förhandlar ju om priserna med hälsovårdsmyndigheterna i medlemsstaterna och har en viss tyngd på marknaden, där de utan större problem kan anpassa sig till förändringarna i hälsovårdspolitiken, åtminstone inom läkemedelsområdet.

ii) Förpliktelsen att tillhandahålla leveranser

94. Den andra faktorn när det gäller marknadsregleringen som enligt GSK hindrar företaget från att bedriva en normal verksamhet i Grekland och motiverar en begränsning av parallellhandeln, handlar om skyldigheten att se till att det hela tiden finns en tillräcklig mängd produkter på den grekiska marknaden. GSK hävdar dessutom att fullgörandet av denna skyldighet hindrar företaget från att efterkomma grossisternas beställningar i önskad omfattning.

95. Det krävs en viss precisering av vad denna skyldighet innebär, eftersom några av klagandena i målet vid den nationella domstolen också uppfattar sig ha en skyldighet att förse marknaden med varor i enlighet med artikel 81 andra stycket i direktiv 2001/83/EEG, som omnämns i punkt 6 i detta förslag till avgörande. Något skäl för GSK att åberopa denna skyldighet till sitt försvar kan sålunda inte skönjas.

96. Behoven bland patienterna i medlemsstaterna förändras ju inte särskilt snabbt, utom när det uppstår epidemier eller pandemier, vilket innebär att statistiken över patienter med olika sjukdomar är tillförlitlig och att företagen i viss mån kan förutse behoven och anpassa sig till marknaden.

97. Sammanfattningsvis och mot bakgrund av vad som ovan anförts utgör leveransgarantin inte något godtagbart motiv för GSK för att begränsa leveranserna till de konkurrerande grekiska grossisterna.

98. Genom att de två grunder för berättigande som åberopats av GSK har avvisats, faller argumentet att det i det här målet skulle finnas objektiva skäl knutna till de statliga ingreppen på marknaden vilka skulle ursäkta företagets handlande.

2. Skyddet av berättigade affärsintressen

a) Genomgång av rättspraxis

99. En kort analys av rättspraxis visar att den här typen av objektiva motiveringar är den enda som har utkristalliserat sig hittills och att den inneboende dialektiken i artikel 82 EG har reducerats till dikotomin mellan missbruk och handlanden som syftar till att värna om berättigade affärsintressen. [59]

100. Vägran att fullt ut efterkomma de grekiska grossisternas beställningar kan jämställas med en leveransvägran, om än partiell, och jag begränsar mig därför till domstolens fåtaliga avgöranden rörande detta.

101. I domen i målet United Brands erkändes skyddet av berättigade affärsintressen som verktyg för att skingra misstankar om missbruk från företag i dominerande ställning, genom att dessa företag gavs möjlighet att vidta relevanta åtgärder för att försäkra sig om detta skydd. Detta förutsatt att de dominerande företagens motåtgärder står i proportion till de angrepp som deras intressen utsätts för. [60]

102. Fastställandet av denna princip var dock av föga värde för det multinationella ameri-

59 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community,* 4 uppl., Kluwer, Haag, 2005, s. 907.

60 — Domen i det ovannämnda målet United Brands, punkterna 189 och 190.

kanska bananbolaget, eftersom det i domen fastslogs att det saknades förutsättningar för berättigat skydd, just på grund av den bristande proportionaliteten hos bolagets vägran att efterkomma beställningarna från kunden och konkurrenten Olesen. [61]

103. I en annan dom prövade domstolen leveransvägran i bristtider, närmare bestämt under oljekrisen [62] på 1970-talet, och tillät då företaget BP att skära ned leveranserna av råolja till en tillfällig köpare, det nederländska kooperativet ABG, med en större procentsats än leveranserna till företagets stamkunder, för att de sistnämnda inte skulle drabbas hårdare relativt sett. [63]

104. Vid sidan om gemenskapens rättspraxis har vissa motiveringar utvecklats i andra sammanhang. Exempelvis tillåter kommissionen att en dominerande tillverkare omprövar sina affärsförbindelser om en kund ändrar sin policy och börjar marknadsföra ett konkurrerande varumärke. [64]

105. I doktrinen övervägs andra motiveringar exempelvis när det gäller olämpliga affärspartners, det vill säga sådana som befinner sig på gränsen till konkurs, som systematiskt bryter mot avtal eller som skadar bilden av eller kvaliteten på leverantörens produkter. [65] I sådana fall säger det sunda förnuftet att det dominerande företagets önskan att avvisa beställningarna bör respekteras.

b) Åberopade grunder

106. Av de argument som anförs av GSK i dess yttrande till domstolen, för alla de som handlar om minskade intäkter på grund av att marknadsandelar förlorats till grossisterna, och hur detta inverkar på möjligheterna att få avkastning på de investeringar som gjorts i forskning och utveckling (i fortsättningen FoU), tillbaka till skyddet av berättigade intressen.

107. Såväl GSK som en del av den juridiska litteraturen framhåller de enorma investeringar i FoU som krävs för att lansera ett nytt läkemedel. De tillägger att tiden mellan att patent på det verksamma ämnet erhålls

61 — Punkterna 191 och efterföljande punkter i domen i målet United Brands.

62 — Dom av den 29 juni 1978 i mål 77/77, BP mot kommissionen (REG 1978, s. 1513), ”oljekrismålet”.

63 — Ibídem, punkterna 32 och 33.

64 — Kommissionens beslut 87/500/EEG av den 29 juli 1987 om ett förfarande enligt artikel [82] i EG-fördraget (IV/32.279 – BBI/Boosey & Hawkes: interimistiska åtgärder) (EGT L 286, s. 36), punkt 19.

65 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., a.a., s. 957.

och att det blir tillgängligt för behandling i genomsnitt uppgår till tolv eller tretton år, vilket innebär att den tid då försäljningen ger avkastning inskränker sig till sju eller åtta år. [66]

108. Under sådana förhållanden, menar de, leder parallellhandeln och tillverkningen av generika då patentskyddet upphör till att avkastningen på investeringarna i FoU minimeras.

109. Något nödvändigt orsakssamband mellan den eventuella skadan på investeringarna i FoU och parallellhandeln förfaller inte föreligga. Till att börja med har varken GSK eller de nämnda författarna tillhandahållit någon information om orsaken till den tidsperiod under vilken patentet inte ger avkastning. Den utdragna väntetiden har emellertid sitt ursprung i läkemedelsföretagens egna interna kostnadsstrukturer. I och med att de finner den tid under vilken patentet ger avkastning väldigt kort, upplever de under alla förhållanden att de bara kan åtnjuta sina rättigheter under en begränsad tid. Jag vågar till och med påstå att det finns andra branscher där liknande saker inträffar med den här typen av immateriella rättigheter.

110. Vidare är det FoU-policyn inom läkemedelsbranschen som är avgörande för all verksamhet, även om det är logiskt att tänka att det bara är ekonomisk framgång med ett patent som kan generera ytterligare intäkter för fortsatt forskning. Inom denna bransch kan bara de företag som ständigt utvecklar nya revolutionerande läkemedel överleva på en mycket konkurrensutsatt, globaliserad och lukrativ marknad. Utan en välgenomtänkt affärspolicy riskerar emellertid även de mest geniala uppfinningar att passera obemärkta. Därför måste alla forskningsföretag hitta de lämpligaste vägarna för att övertyga och nå fram till konsumenterna.

111. GSK hade möjligheten att bestämma distributionen av företagets produkter i Europa. De valde en strategi som innefattade de grekiska grossisterna, eftersom de ansåg att det var den ekonomiskt mest fördelaktiga. De hade kunnat välja ett vertikalt uppbyggt system för distribution av läkemedlen, vilket de ville göra i november 2000. Även om de

66 — Krapf, E., *Parallelimporte von Arzheimitteln und europäisches Kartellrecht – eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels*, Shaker, Aachen, 2006, s. 107 och 108.

har frihet att omforma sina leveranssystem, förutsatt att de följer gällande handelsbruk, klandras de i föreliggande mål för att ha bestraffat grossisterna genom att ha utnyttjat förhållandena på marknaden bättre och förhindrat grossisternas export.

112. Jämför man slutligen med de uppgifter som återfinns i den juridiska litteratur som omnämns i punkt 107 i detta förslag till avgörande, och som visar att parallellimportörernas marknadsandel ökat från 1,8 till 6,8 procent mellan åren 1998 och 2003, [67] får man intrycket att den verkliga kampen handlar om att återta de vinstmarginaler som de stora läkemedelsföretagens konkurrenter har tillskansat sig.

113. Mot bakgrund av detta förefaller mig argumentet att det inkomstbortfall som parallellimporten av patentskyddade läkemedel leder till har en avskräckande verkan vilseledande, eftersom det bara syftar till att dupera den allmänna opinionen, som är medveten om hur viktig FoU är för konkurrenskraften, och få det hela att se ut som om det inte handlade om konkurrens mellan företag utan om forskningsstöd, ett område Europeiska unionen har befattat sig med sedan avdelning XVIII, benämnd ”Forskning och teknisk utveckling”, fördes in i EG-fördraget genom Europeiska enhetsakten.

114. I det här avseendet erbjuder Europeiska unionen gynnsamma förutsättningar för företagen och hjälper dem att minska sina FoU-kostnader genom gruppundantaget för horisontella avtal av detta slag, [68] i vetskap om att samarbete på detta område, och när det gäller att gemensamt utnyttja frukterna av detsamma, bidrar till att främja tekniska och ekonomiska framsteg och öka kunskapsspridningen. Samtidigt undviks dubbelarbete inom FoU, utvecklingen främjas tack vare utbyte av framsteg inom kompletterande områden och en ökad rationalisering av tillverkningen av produkterna eller av användningen av de metoder som härrör från FoU stimuleras. [69]

115. Även om handlandet skulle kunna motiveras måste det således förklaras vara oproportionerligt, eftersom det undanröjer

67 — Krapf, E., *a.a.*, s. 2

68 — Kommissionens förordning (EG) nr 2659/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om forskning och utveckling (EGT L 304, s. 7).

69 — Tionde skälet i förordning nr 2659/2000.

konkurrensen vid distribution inom Europa och stryper parallellimporten från Grekland.

3. Det positiva ekonomiska resultatet

116. De dominerande företagens sista ursäkt rör den ekonomiska effektivitet som det förmodade missbruket medför (*efficiency defence*). Den finns med bland åtgärdsförslagen i kommissionens diskussionsunderlag om tillämpningen av artikel 82 EG,[70] och avspeglar därmed den doktrin som saknade den.[71]

117. Av GSK:s yttrande drar jag slutsatsen att deras argument om de horribla konsekvenserna av parallellhandeln med receptbelagda läkemedel borde falla under denna rubrik. De hävdar att den varken gynnar patienterna eller de socialförsäkringsorgan som betalar ut ersättning för läkemedelskostnaderna. Detta ställs i kontrast till den rikliga vinst som grossisterna erhåller när de säljer produkterna i länder där det pris som sjukförsäkringssystemet erbjuder är högre än i Grekland, samtidigt som GSK ondgör sig över de stora belopp som företaget självt förlorar.

118. Utöver beskrivningen av de ”förfärligheter” som parallellhandeln skapar, pekar GSK inte på några positiva konsekvenser av företagets begränsning av leveranserna till grossisterna, med undantag för de återskapade vinstmarginalerna**,** vilket saknar relevans för att beteckna handlandet som missbruk, eller för att ursäkta det, som den polska regeringen träffande uttrycker det.

119. Även om man anser att företag som har en dominerande ställning ska ha rätt att bevisa de ekonomiska fördelarna med sitt missbruk, har GSK inte pekat på några faktorer som skulle kunna få vågen att väga över till deras fördel, trots att argumenten om patientens bästa och sänkta kostnader för den offentliga vården har uppmärksammats särskilt i målet vid den nationella domstolen.

70 — Europeiska kommissionen, *a.a.*, punkterna 84–91.

71 — Loewenthal, P.-J., *a.a,* sidorna 464 och 465.

Därigenom undviks kontrollen av proportionaliteten, det sista steget i analysen, för det fall en motivering hade åberopats.

— Uppgifter om reglering av marknaden som tvingar företaget att bete sig på detta sätt eftersom det inte kan påverka denna reglering, vilket i förevarande mål inte ska innefatta fastställande av priser på läkemedel och skyldighet att hålla varor i lager för att tillgodose patienternas behov.

4. Förslag till svar på den andra tolkningsfrågan

— Bevis på att företaget endast haft för avsikt att skydda sina berättigade affärsintressen, vilket i förevarande mål inte innefattar konsekvenser för innovationsincitamenten.

120. Mot bakgrund av vad som ovan anförts rekommenderar jag domstolen att besvara den andra tolkningsfrågan på så sätt att om ett företag som har en dominerande ställning begränsar beställningarna från grossisterna till sådana kvantiteter som tillgodoser efterfrågan på en nationell marknad i syfte att sätta stopp för dessa grossisters parallellimport till andra medlemsstater, utgör det i princip missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG.

— De ekonomiska fördelarna med det ifrågasatta beteendet.

121. Det misstänkta företaget får emellertid lägga fram lämpligt material för att objektivt motivera sitt handlande och då särskilt:

122. När man prövar grunden för berättigande får man inte glömma proportionalitetstestet, det vill säga en kontroll av om handlandet varit nödvändigt och lämpligt.

VI — Förslag till avgörande

123. Mot bakgrund av ovanstående överväganden och till skillnad från generaladvokaten Jacobs, i hans förslag till avgörande i målet Syfait, föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som ställts av Trimeles Efeteio Athinon på följande sätt:

1. Artikel 82 EG medger inte att företag med dominerande ställning beskylls för handlanden som utgör missbruk i sig, inte ens om omständigheterna i fallet klart visar företagens avsikt och den konkurrenshämmande effekt som handlandet leder till.

2) Ett företag i dominerande ställning som vägrar att fullt ut efterkomma beställningarna från läkemedelsgrossisterna, i syfte att minska deras export och begränsa den skada som parallellhandeln orsakar, gör sig skyldigt till missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG. Företaget får emellertid lägga fram lämpliga bevis för att motivera sitt handlande och då särskilt:

— Uppgifter om reglering av marknaden som tvingar företaget att bete sig på detta sätt, eftersom det inte kan påverka denna reglering, vilket i förevarande mål inte ska innefatta fastställande av priser på läkemedel och skyldighet att hålla varor i lager för att tillgodose patienternas behov.

— Bevis på att företaget endast haft för avsikt att skydda sina berättigade affärsintressen, vilket i förevarande mål inte ska innefatta konsekvenser för innovationsincitamenten.

— De ekonomiska fördelarna med det ifrågasatta beteendet.