KONKLUŻJONIJIET TAL-AVUKAT ĠENERALI
RUIZ-JARABO COLOMER
ippreżentati fl-1 ta' April 2008 [1]

Werrej

I — Introduzzjoni ..... I - 7145

II — Il-kuntest ġuridiku ..... I - 7146

A — Id-dritt Komunitarju ..... I - 7146

B — Id-dritt nazzjonali ..... I - 7148

III — Il-fatti tal-kawża prinċipali u d-domandi preliminari ..... I - 7148

IV — Il-kawża quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja ..... I - 7151

V — Analiżi tad-domandi preliminari ..... I - 7152

A — Kunsiderazzjonijiet preliminari ..... I - 7152

1. Oġġezzjonijiet fir-rigward tal-formulazzjoni tad-domandi ..... I - 7152

a) Il-pożizzjoni dominanti ..... I - 7152

b) Li l-ordnijiet jiġu onorati kompletament ..... I - 7153

2. Approċċ ..... I - 7153

B — L-abbuż ta' pożizzjoni dominanti fih innifsu fis-sens tal-Artikolu 82 KE (l-ewwel domanda preliminari) ..... I - 7154

1. Ir-rifjut ta' provvista bħala aġir abbużiv ..... I - 7154

a) Il-ġurisprudenza Komunitarja ..... I - 7154

b) L-intenzjoni bħala ċirkustanza aggravanti ..... I - 7156

1 — Lingwa oriġinali: l-Ispanjol.

2. L-għarfien tal-abbuż fih innifsu fil-kuntest tal-Artikolu 82 KE: problema metodoloġika ..... I - 7158

a) Il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja ..... I - 7158

b) L-inadegwatezza tal-kunċett ta' abbuż fih innifsu fl-Artikolu 82 KE ..... I - 7159

i) Kriterji ta' natura legali ..... I - 7159

ii) Kriterji tat-tip ekonomiku ..... I - 7161

3. Risposta ssuġġerita għall-ewwel domanda preliminari ..... I - 7162

C — Elementi li jiġġustifikaw aġir normalment abbużiv (it-tieni domanda preliminari) ..... I - 7162

1. Il-kundizzjonijiet ta' suq imperfett ..... I - 7163

a) Karatteristiċi essenzjali tas-suq ..... I - 7163

b) Eżami tal-motivi ta' ġustifikazzjoni msemmija iktar 'il fuq ..... I - 7164

i) L-iffissar tal-prezzijiet mill-Istati Membri ..... I - 7165

ii) L-obbligu taż-żamma ta' ħażna ..... I - 7166

2. Id-difiża tal-interessi kummerċjali leġittimi ..... I - 7167

a) Analiżi tal-ġurisprudenza ..... I - 7167

b) Motivi mressqin fil-kawża prinċipali ..... I - 7168

3. Il-bilanċ ekonomiku pożittiv ..... I - 7171

4. Risposta ssuġġerita għat-tieni domanda preliminari ..... I - 7172

VI — Konklużjoni ..... I - 7173

I — Introduzzjoni

1. Il-Qorti tal-Ġustizzja reġgħet ġiet adita, bħal li kieku kienu boomerangs, b'domandi preliminari li hija kienet iddikjarat inammissibbli madwar sentejn ilu [2]. Qorti Griega, it-Trimeles Efeteio Athinon (Qorti tal-Appell

2 — Sentenza tal-31 ta' Mejju 2005, Syfait *et* (C-53/03, Ġabra p. I-4609).

ta' Ateni), qed titlob lill-Qorti tal-Ġustizzja tagħtiha risposta għal ċerti domandi essenzjali tad-dritt Komunitarju dwar il-kompetizzjoni, rigward l-abbuż ta' pożizzjoni dominanti pprojbit mill-Artikolu 82 KE u l-importazzjonijiet paralleli ta' prodotti mediċinali li jkunu ġejjin mir-Repubblika Ellenika u li jintbagħtu lejn Stati Membri oħra fejn ir-rimbors tal-prezz imħallas għall-prodotti mediċinali mibjugħin fuq preżentazzjoni ta' riċetta medika huwa ogħla sew mir-rimbors mogħti fil-Greċja.

2. Ir-raġuni li dak iż-żmien wasslet għaċ-ċaħda tar-rinviju għal deċiżjoni preliminari ma waqqfitx lill-Avukat Ġenerali appuntat f'dik l-okkażjoni milli jelabora l-konklużjonijiet tiegħu [3], u l-partijiet fil-proċeduri quddiem il-qorti tar-rinviju irreferew għalihom estensivament u kważi għamluhom iċ-ċentru tad-diskussjoni.

3. Dan il-kuntest iqiegħdni f'pożizzjoni kemm xejn imbarazzanti għaliex qed inħossni bħal Avellaneda, nikteb it-tieni parti ta' storja ta' ħaddieħor, li jista' jwassal sabiex niġi mwiddeb kif ġara lill-imsemmi awtur, għalkemm iż-żewġ sitwazzjonijiet ma jixxibhux: jiena obbligat li nelabora dawn il-konklużjonijiet u naqdi l-obbligi professjonali tiegħi in *bona fede* u mingħajr l-iċken riżentiment, li jidher li ispira l-plaġju ta' Avellaneda [4].

II — Il-kuntest ġuridiku

A — *Id-dritt Komunitarju*

4. It-Trattat KE fih żewġ dispożizzjonijiet dwar il-kompetizzjoni, li huma fundamentali għall-funzjonament tas-suq komuni. Filwaqt li l-Artikolu 81 KE jipprojbixxi l-akkordji kollha bejn impriżi kompetitriċi, l-ewwel paragrafu tal-Artikolu 82 jipprojbixxi l-isfruttament abbużiv minn impriża waħda jew iżjed ta' pożizzjoni dominanti fis-suq komuni jew f'parti sostanzjali tiegħu. It-tieni paragrafu tiegħu jelenka, b'mod mhux eżawrjenti, sensiela ta' eżempji tipiċi ta' aġir arbitrarju bħal dan.

3 — Konklużjoniet tal-Avukat Ġenerali Jacobs fil-kawża Syfait *et*, iċċitata iktar 'il fuq, moqrija fis-seduta tat-28 ta' Ottubru 2004, li fihom huwa sostna li d-domandi preliminari kienu ammissibbli.

4 — Bil-psewdonimu Alonso Fernández de Avellaneda, probabbilment qassis mhux magħruf li kien jismu Alonso Fernández Zapata, fl-1614 ippubblika is-"Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha", u pprovoka r-rabja ta' Cervantes, li, fil-mument li kiteb l-istorja awtentika li ssegwi r-rakkont tiegħu, ma qagħadx lura milli jattakka l-imitazzjoni fqira. Il-kwalità letterarja tat-test plaġjat kienet 'il bogħod ħafna minn dik li kellu l-intenzjoni jikkopja u hija r-raġuni għaliex Fernando García Salinero, fl-"Introducción crítica sobre la obra y su autor" tiegħu, f'Alonso Fernández de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha,* Ed. Castalia, Madrid, 2005, p. 24, ikkwalifika dan l-esperiment bħala "un libro de burlas sin las ingeniosidades de la picaresca, cuya gestación se deba quizá a motivos de rencor personal" ["ktieb ta' fares mingħajr l-inġenjożità tal-ġeneru pikaresk li l-ħolqien tiegħu probabbilment ġie minn xi mibegħda personali" traduzzjoni libera].

5. Fil-kuntest fattwali tal-kawża prinċipali hemm ukoll xi regoli tad-dritt sekondarju li huma rilevanti: dan huwa l-każ tad-Direttiva 89/105/KEE [5] li tistabbilixxi miżuri li għandhom l-għan li jarmonizzaw il-metodi ta' kif jiġu ddeterminati l-prezzijiet tal-prodotti mediċinali. L-Artikolu 2(1) u (2) tad-Direttiva jistabbilixxi li:

"Id-dispożizzjonijiet li ġejjin għandhom japplikaw jekk il-bejgħ ta' prodott mediċinali jitħalla jsir biss wara li l-awtoritajiet kompetenti ta' l-Istat Membru kkonċernat ikun[u] approva[w] [i]l-prezz tal-prodott:

1. L-Istati Membri għandhom jiżguraw li tittieħed deċiżjoni dwar prezz li għandu jintalab għall-prodott mediċinali partikolari u li tkun komunikata lill-applikant fi żmien 90 jum mill-wasla ta' l-applikazzjoni li jkun bagħat, skond ir-rekwiżiti stabbiliti fl-Istat Membru kkonċernat, minn min ikollu s-setgħa li jagħti permess għall-bejgħ. Min japplika għandu jagħti lill-awtoritajiet kompetenti informazzjoni biżżejjed […] [L]-awtoritajiet kompetenti […] jgħaddu biex jieħdu deċiżjoni finali f'90 jum […]. Fin-nuqqas ta' deċiżjoni bħal din fil-perijodu jew perijodi hawn fuq imsemmija, l-applikant għandu dritt li jbiegħ il-prodott bil-prezz propost.

2. Jekk l-awtoritajiet kompetenti jiddeċiedu li ma jħallux il-bejgħ tal-prodott mediċinali konċernat bil-prezz propost mill-applikant, id-deċiżjoni għandha tagħti wkoll raġunijiet imsejsa fuq kriterji oġġettivi u verifikabbli […]."

6. Għalkemm mhux applikabbli *ratione temporis* għall-fatti eżaminati quddiem il-qorti tar-rinviju, jeħtieġ li jissemma, minħabba r-riperkussjonijiet fil-futur tas-sentenza li ser tingħata mill-Qorti tal-Ġustizzja, it-tieni paragrafu tal-Artikolu 81 tad-Direttiva 2001/83/KE [6], li ħassret id-Direttiva 92/25/KEE [7], u li jipprovdi li:

"Id-detentur ta' awtorizzazzjoni għall-marketing għal [għat-tqegħid fis-suq ta'] prodott mediċinali u d-distributuri ta' l-imsemmi prodott mediċinali attwalment imqiegħed fis-suq ta' Stat Membru għandhom, fil-limiti tar-responsabbiltajiet tagħhom, jiżguraw provvista xierqa u kontinwa ta' dak il-prodott mediċinali lil spiżeriji u persuni awtorizzati li jipprovdu prodotti mediċinali sabiex il-ħtiġi[ji]et tal-pazjenti fl-Istat Membru in kwistjoni jkunu koperti".

7. It-tielet paragrafu tal-istess Artikolu 81 jisħaq fuq il-fatt li d-dispożizzjonijiet

5 — Direttiva tal-Kunsill, tal-21 ta' Diċembru 1988, dwar it-trasparenza ta' miżuri li jirregolaw il-prezzijiet ta' prodotti mediċinali għall-użu tal-persuna u li jkunu parti mill-pjan ta' sistemi nazzjonali ta' assigurazzjoni tas-saħħa (ĠU 1989, L 40, p. 8).

6 — Direttiva 2001/83/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tas-6 ta' Novembru 2001, dwar il-kodiċi tal-Komunità li għandu x'jaqsam ma' prodotti mediċinali għall-użu mill-bniedem (ĠU L 311, p. 67), kif emendata mid-Direttiva 2004/27/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 2004 (ĠU L 136, p. 34).

7 — Direttiva tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 1992, dwar it-tqassim bl-ingrossa ta' prodotti mediċinali għall-użu mill-bniedem (ĠU L 113, p. 1).

għall-implimentazzjoni ta' dan l-artikolu għandhom ikunu ġġustifikati minn raġunijiet ta' protezzjoni tas-saħħa pubblika u għandhom ikunu proporzjonati fir-rigward tal-għan ta' dik il-protezzjoni, "b'konformità mar-regoli tat-Trattat partikolarment dawk li jikkonċernaw il-moviment liberu ta' merkanzija u l-kompetizzjoni".

B — *Id-dritt nazzjonali*

8. L-Artikolu 2 tal-Liġi Nru 703/1977 dwar il-kontroll tal-monopolji u tal-oligopolji kif ukoll dwar il-protezzjoni tal-kompetizzjoni ħielsa (iktar 'il quddiem il-"Liġi Ellenika għall-protezzjoni tal-kompetizzjoni") tikkorrispondi, fis-sostanza, għad-dispożizzjonijiet tal-Artikolu 82 KE.

9. Skont it-tieni paragrafu tal-Artikolu 29, tal-Liġi Nru 1316/1983, li emendat l-Artikolu 8 tad-Digriet Leġiżlattiv 96/1973, id-detenturi ta' awtorizzazzjoni għat-tqegħid fis-suq ta' prodotti farmaċewtiċi għandhom l-obbligu li jfornu s-suq, fuq bażi regolari, bilprodotti mediċinali manifatturati jew importati minnhom.

10. Fl-aħħar, il-liġi Griega tissuġġetta l-attività tal-grossisti ta' prodotti farmaċewtiċi għal awtorizzazzjoni u għall-obbligu li jfornu, b'mod suffiċjenti, żona ġeografika partikolari.

III — Il-fatti tal-kawża prinċipali u d-domandi preliminari

11. L-impriża ta' riċerka u produzzjoni ta' prodotti farmaċewtiċi, GlaxoSmithKline plc, li għandha s-sede tagħha fir-Renju Unit, tieħu ħsieb id-distribuzzjoni u l-ħżin tal-prodotti tagħha fil-Greċja permezz tas-sussidjarja tagħha GSK AEVE (iktar 'il quddiem ser nindika iż-żewġ kumpanniji flimkien bħala "GSK"), li hija awtorizzata mill-kumpannija parent sabiex tbiegħ dawn il-prodotti fit-territorju Elleniku. Din il-kumpannija tiddistribwixxi l-prodotti farmaċewtiċi bit-trade mark Imigran, għall-emikranja, Lamictal, għall-epilessija u Serevent, għall-ażżma, li kollha jinbiegħu biss fuq riċetta medika obbligatorja u l-privattivi tagħhom huma proprjetà ta' GSK.

12. Għal diversi snin, ir-rikorrenti fil-kawżi prinċipali kienu jakkwistaw, bħala grossisti dawn il-prodotti mediċinali fid-diversi forom tagħhom sabiex imbagħad jerġgħu jbiegħuhom fis-suq Grieg jew f'pajjiżi oħrajn, partikolarment fil-Ġermanja u fir-Renju Unit.

13. Filwaqt li allegat li kien hemm sitwazzjoni ta' skarsezza ta' dawn it-tliet prodotti mediċinali msemmijin iktar 'il fuq, u ċaħdet kwalunkwe responsabbiltà għaliha, fl-aħħar ta' Ottubru tal-2000 GSK biddlet is-sistema tagħha ta' distribuzzjoni fil-Greċja. Mis-6 ta' Novembru tal-istess sena, din il-kumpannija ma baqgħetx tonora l-ordnijiet tar-rikorrenti u bdiet tipprovdi dawn il-prodotti mediċinali lill-isptarijiet u lill-ispiżeriji permezz talkumpannija Farmacenter AE.

14. Wara li reġgħet bdiet is-sistema normali ta' provvista, fi Frar 2001, GSK reġgħet bdiet tforni lill-grossisti, anki jekk fi kwantitajiet limitati, bil-prodotti Imigran, Lamictal u Serevent, imma abbandunat il-kooperazzjoni tagħha ma' Farmacenter AE. Dan l-aġir ta' GSK qajjem rabja fir-rikorrenti u wassal sabiex jitressqu żewġ rikorsi: wieħed amministrattiv u l-ieħor f'sede ċivili.

15. GSK ressqet rikors amministrattiv fejn l-Epitropi Antagonismou (Kummissjoni Ellenika għall-Kompetizzjoni) ċaħdet l-ilmenti dwar il-bidliet fil-politika tagħha ta' distribuzzjoni ta' prodotti mediċinali; min-naħa tagħhom ir-rikorrenti fil-kawżi prinċipali, li huma assoċjazzjonijiet Griegi ta' spiżjara u ta' grossisti ta' prodotti mediċinali, fetħu kawża abbażi tal-istess fatti u talbu li GSK tiġi kkundannata għal abbuż ta' pożizzjoni dominanti skont l-Artikolu 2 tal-Liġi Ellenika għall-protezzjoni tal-kompetizzjoni u tal-Artikolu 82 KE.

16. B'deċiżjoni dwar miżuri provviżorji, l-Epitropi Antagonismou obbligat lil GSK tonora l-ordnijiet għat-tliet prodotti inkwistjoni sakemm tingħata d-deċiżjoni fil-kawża prinċipali. Madankollu, billi kellha dubji dwar l-interpretazzjoni tad-dritt nazzjonali fid-dawl tad-dritt Komunitarju, l-awtorità Ellenika li tirregola l-kompetizzjoni ssospendiet il-proċeduri quddiemha u għamlet xi domandi preliminari lill-Qorti tal-Ġustizzja dwar l-interpretazzjoni tal-Artikolu 82 KE, li ġew irreġistrati fir-Reġistru tal-Qorti tal-Ġustizzja bin-numru C-53/03.

17. Is-sentenza tal-Qorti tal-Ġustizzja ma daħlitx fil-mertu tal-kawża, billi l-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat li ma kellhiex ġurisdizzjoni sabiex tirrispondi lil organu li m'għandux in-natura ta' qorti skont l-Artikolu 234 KE [8], imma, fl-1 ta' Settembru 2006, l-Epitropi Antagonismou ddeċidiet fuq l-ilmenti magħmulin mir-rikorrenti billi kkonstatat li: GSK kienet tokkupa pożizzjoni dominanti biss fir-rigward tal-Lamictal, billi l-morda bl-epilessija kellhom diffikultà li jadattaw għal prodotti mediċinali oħrajn simili; il-grupp ta' impriżi ta' GSK kien kiser biss l-Artikolu 2 tal-Liġi Ellenika għall-protezzjoni tal-kompetizzjoni fil-perijodu bejn Novembru 2000 u Frar 2001, imma mhux wara dan, u li ma kienx kiser l-Artikolu 82 KE.

18. Ir-rikorrenti kkontestaw il-validità tad-deċiżjoni tal-Epitropi Antagonismou quddiem id-Dioikitiko Efeteio Athinon (Qorti Amministrattiva tal-Appell ta' Ateni), liema kawża għadha pendenti.

19. Il-proċeduri ċivili bdew permezz tar-rikorsi mressqa mir-rikorrenti attwali quddiem il-Polymeles Protodikeio Athinon (Tribunal tal-Ewwel Istanza ta' Ateni), fit-30

8 — B'hekk ma segwietx is-sentenza tal-21 ta' Marzu 2000, Gabalfrisa *et* (C-110/98 sa C-147/98, Ġabra p. I-1577), li dejjem ikkunsidrajt li kienet żbaljata, u resqet ftit iktar qrib lejn it-teżi li niddefendi fil-konklużjonijiet tiegħi pprżentati fil-kawża De Coster li wasslet għas-sentenza tad-29 ta' Novembru 2001 (C-17/00, Ġabra p. I-9445); għal dak li jirrigwarda l-istat ta' dan id-dibattitu ara l-konklużjonijiet tiegħi tat-22 ta' Novembru 2007, fil-kawża Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt (C-393/06, Ġabra p. I-2339).

ta' April [9] u fit-30 ta' Ottubru 2001 [10], kif ukoll fil-5 ta' Marzu [11] u fil-11 ta' Novembru 2002, rispettivament. [12]

20. Huma sostnew li l-interuzzjoni tal-provvisti minn GSK u l-kummerċjalizzazzjoni ta' prodotti minn Farmacenter kienu jikkostitwixxu atti ta' kompetizzjoni żleali u abbuż ta' pożizzjoni dominanti tal-kumpannija GSK fis-suq tat-tliet prodotti mediċinali in kwistjoni. Fir-rikorsi tagħhom, ir-rikorrenti talbu li jkompli jkun hemm provvista skont il-kwantitajiet medji ta' kull xahar iddistribwiti minn GSK bejn l-1 ta' Jannar u l-31 ta' Ottubru 2000 miżjudin b'20 %, kif ukoll kumpens għad-dannu subit u għal *lucrum cessans*.

21. Bl-eċċezzjoni tat-talba għal kumpens għal *lucrum cessans*, li ma kinitx eżaminata, it-Tribunal tal-Ewwel Istanza ta' Ateni ddeċieda r-rikorsi fil-perijodu bejn Jannar u Ottubru 2003, billi ċaħadhom bħala infondati għaliex ikkunsidra li r-rifjut tal-provvista kien iġġustifikat u b'hekk waqgħet l-akkuża ta' abbuż ta' pożizzjoni dominanti min-naħa ta' GSK.

22. Ir-rikorrenti fil-proċeduri nazzjonali appellaw minn dawn is-sentenzi quddiem it-Trimeles Efeteio Athinon (Qorti tal-Appell ta' Ateni komposta minn tliet membri) li, wara li stenniet għalxejn id-deċiżjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja dwar id-domandi li kienu sarulha mill-Epitropi Antagonismou fil-kawża C-53/03, iċċitata iktar 'il fuq, iddeċidiet li tissospendi l-proċeduri tal-appell quddiemha u tibgħat lill-Qorti tal-Ġustizzja l-istess domandi preliminari, jiġifieri [13]:

"1. Ir-rifjut, min-naħa ta' impriża f'pożizzjoni dominanti, li tonora kompletament l-ordnijiet li jsirulha mill-grossisti ta' prodotti farmaċewtiċi, jikkostitwixxi fih innifsu aġir abbużiv skont l-Artikolu 82 KE meta l-għan tagħha jkun li jiġu ristretti l-attivitajiet ta' esportazzjoni talimsemmija grossisti u b'dan il-mod tiġi limitata l-ħsara kkawżata mill-kummerċ parallel? Ir-risposta għal din id-domanda tiġi affettwata mill-fatt li d-differenzi fil-prezzijiet li jeżistu fl-Unjoni Ewropea minħabba l-intervent tal-Istat, jew fi kliem ieħor, minħabba l-fatt li s-suq ta' prodotti farmaċewtiċi ma joperax taħt kundizzjonijiet assoluti ta' kompetizzjoni, peress li huwa kkaratterizzat minn grad għoli ta' intervent mill-Istat, irendu l-kummerċ parallel wieħed ta' qligħ għall-grossisti? Fl-aħħarnett, qorti nazzjonali għandha tapplika r-regoli Komunitarji tal-kompetizzjoni bl-istess mod għas-swieq li joperaw b'mod kompetittiv u għal dawk fejn il-kompetizzjoni hija distorta minħabba l-intervent tal-Istat?

9 — Kawżi C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06 C-476/06 u C-478/06.

10 — Kawża C-473/06.

11 — Kawża C-477/06.

12 — Kawżi C-469/06 u C-471/06.

13 — Hawnhekk qed jiġu riprodotti d-domandi li saru fil-kawżi C-476/06 sa C-478/06, billi d-domandi li kien ħemm fil-kawżi preċedenti (C-468/06 u C-473/06) kienu jirreferu bi żball għal "awtorità nazzjonali kompetenti fil-qasam tal-kompetizzjoni" minflok il-kliem korrett "qorti nazzjonali", probabbli għaliex ikkupjaw letteralment id-domandi magħmulin lill-Qorti tal-Ġustizzja mill-Epitroipi Antagonismou, kif fil-fatt huwa indikat mir-rikorrenti fl-osservazzjonijiet tagħhom fil-kawżi C-469/06 sa C-476/06.

2. Fil-każ li l-Qorti tal-Ġustizzja tqis li r-restrizzjoni tal-kummerċ parallel, għar-raġunijiet imsemmija iktar 'il fuq, m'hijiex dejjem prattika abbużiva meta ssir minn impriża f'pożizzjoni dominanti, kif għandha tiġi evalwata n-natura eventwalment abbużiva?

B'mod partikolari:

2.1 Il-perċentwali li biha jinqabeż il-konsum nazzjonali normali u/jew dak tad-danni li l-impriża f'pożizzjoni dominanti tkun subiet meta mqabbel mad-dħul mill-bejgħ komplessiv u mal-qligħ komplessiv huma kriterji xierqa? Fil-każ ta' risposta fl-affermattiv, b'liema mod huwa ddeterminat il-livell ta' din il-perċentwali u tad-danni subiti — dan tal-aħħar in kwantu perċentwali tad-dħul mill-bejgħ u tal-qligħ komplessiv — li'l fuq minnhom l-aġir inkwistjoni jiġi kkunsidrat bħala abbużiv?

2.2 Jeħtieġ li jkun approċċ ibbażat fuq l-ibbilanċjar tal-interessi u, fil-każ ta' risposta fl-affermattiv, liema huma l-interessi li għandhom jittieħdu inkunsiderazzjoni?

B'mod iktar speċifiku:

(a) Ir-risposta hija affettwata mill-fatt li l-pazjent-konsumatur finali jieħu vantaġġ finanzjarju limitat mill-kummerċ parallel?

(b) Jeħtieġ li jittieħdu inkunsiderazzjoni l-interessi tal-korpi tas-sigurtà soċjali sabiex jinkisbu prodotti mediċinali inqas għoljin, u jekk iva, sa fejn?

2.3 Liema kriterji u approċċi oħra jistgħu jiġu kkunsidrati xierqa f'dan il-każ partikolari?"

IV — Il-kawża quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja

23. Id-digrieti kollha ta' rinviju għal deċiżjoni preliminari waslu fir-Reġistru tal-Qorti tal-Ġustizzja fil-21 ta' Novembru 2006. Skont l-Artikolu 43 tar-Regoli tal-Proċedura tal-Qorti tal-Ġustizzja, il-President, b'digriet tad-29 ta' Jannar 2007, ordna li l-kawżi jiġu magħquda peress li oġġettivament huma relatati flimkien.

24. L-impriżi Sot. Lelos kai Sia EE (Kawża C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton *et* (Kawżi C-469/06 sa C-476/06) u Kokkoris D. Tsánas K. EPE *et* (Kawżi C-477/06 u C-478/06), rikorrenti fil-kawżi prinċipali, kif ukoll GSK, il-Gvern Pollakk u l-Kummissjoni tal-Komunitajiet Ewropej ippreżentaw noti tal-osservazzjonijiet fit-terminu stabbilit fl-Artikolu 23 tal-Istatut tal-Qorti tal-Ġustizzja.

25. Fis-seduta tad-29 ta' Jannar 2008 ir-rappreżentanti ta' Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton *et*, ta' Kokkoris D. Tsánas K. EPE, ta' GSK, tar-Repubblika Taljana, li ma kinitx ippreżentat noti tal-osservazzjonijiet, ir-Repubblika tal-Polonja u tal-Kummissjoni tal-Komunitajiet Ewropej ippreżentaw l-osservazzjonijiet orali tagħhom u rrispondew id-domandi li għamlitilhom il-Qorti tal-Ġustizzja.

V — Analiżi tad-domandi preliminari

A — *Kunsiderazzjonijiet preliminari*

1. Oġġezzjonijiet fir-rigward tal-formulazzjoni tad-domandi

a) Il-pożizzjoni dominanti

26. Fil-punti preċedenti semmejt id-deċiżjoni tal-Kummissjoni Ellenika għall-Kompetizzjoni tal-1 ta' Settembru 2006, li kkonstatat li GSK kellha poter kbir fir-rigward tal-prodotti mediċinali Lamictal, imma mhux fir-rigward tal-prodotti mediċinali Imigran u Serevent. Madankollu, GSK, fil-punt 5 tannota tal-osservazzjonijiet tiċħad dan il-fatt u tibbaża ruħha prinċipalment fuq żewġ argumenti: l-impossibbiltà ta' azzjoni finnuqqas ta' kompetituri u l-idea li b'suq rilevanti wieħed għandu jifhem mhux is-suq tal-prodotti terapewtiċi, imma s-suq tal-prodotti farmaċewtiċi kollha suġġetti għall-obbligu ta' riċetta medika fl-Ewropa.

27. Skont ġurisprudenza stabbilita dwar is-separazzjoni netta bejn il-funzjonijiet tal-qrati nazzjonali u dawk tal-Qorti tal-Ġustizzja fil-kuntest tal-proċeduri taħt l-Artikolu 234 KE, l-evalwazzjoni tal-fatti tal-kawża għandha ssir mill-qorti nazzjonali [14].

28. Billi l-analiżi tas-sitwazzjoni ta' impriża f'suq partikolari, li fiha jiġi speċifikat liema huwa s-suq rilevanti, hija xi ħaġa li tirrigwarda l-fatti, din tista' ssir biss mill-awtur tar-rinviju, u għandha tiġi eskluża kull possibbiltà ta' deċiżjoni mill-Qorti tal-Ġustizzja fir-rigward ta' dan l-aspett.

29. Għalhekk, it-Trimeles Efeteio Athinon għandu jivverifika jekk hijiex issodisfatta l-kundizzjoni *sine qua non* għall-applikazzjoni tal-Artikolu 82 KE u, jekk jasal għal konklużjoni f'sens negattiv, huwa għandu jiċħad ir-rikorsi tal-appell li huwa adit bihom.

14 — Sentenzi tal-15 ta' Novembru 1979, Denkavit Futtermittel (36/79, Ġabra p. 3439, punt 12); tal-5 ta' Ottubru 1999, Lirussi u Bizzaro (kawżi magħquda C-175/98 u C-177/98, Ġabra p. I-6881, punt 37); tat-22 ta' Ġunju 2000, Fornasar *et* (C-318/98, Ġabra p. I-4785, punt 31), u tal-21 ta' Ġunju 2007, Omni Metal Service (C-259/05, Ġabra p. I-4945, punt 17).

30. Minkejja dan, id-deċiżjoni ta' Epitropi Antagonismou hija attwalment suġġetta għal appell quddiem il-qorti amministrattiva fil-Greċja, u minħabba dan, sabiex tingħata risposta għad-domandi magħmula mill-qorti tar-rinviju, wieħed għandu jitlaq mill-idea li GSK għandha pożizzjoni dominanti.

33. Jiena naqbel mal-opinjoni tal-importaturi paralleli dwar il-fatt li huwa xieraq li l-kwistjoni tiġi ttrattata skont il-kundizzjonijiet li qamet fihom, jiġifieri, il-provvista minn GSK tal-prodotti mediċinali inkwistjoni fl-istess kwantitajiet medji fix-xahar ipprovduti fis-sena 2000, miżjudin b'20 % kif ipprovdut fl-ordni ta' rinviju, peress li, minn naħa, fil-proċeduri mibdija taħt l-Artikolu 234 KE il-qorti tar-rinviju tesponi l-fatti li l-Qorti tal-Ġustizzja m'għandhiex tiddeċiedi dwarhom, iżda min-naħa l-oħra, jekk ma jiġix meqjus dan il-kuntest fattwali ma jkunx possibbli li tingħata risposta utli għad-domandi in kwistjoni.

b) Li l-ordnijiet jiġu onorati kompletament

31. Fin-nota tal-osservazzjonijiet tagħha, il-kumpannija rikorrenti fil-kawża prinċipali, Lelos kai Sia EE, tikkritika l-formulazzjoni tal-ewwel domanda preliminari minħabba li tuża l-kliem "li tonora kompletament l-ordnijiet" li tista' twassal għal żball billi tista' tisposta d-diskussjoni mill-kuntest li qamet fih għal livell teoretiku, fejn ikollha tiġi evalwata l-fondatezza ta' kull ordni magħmula lil GSK, anki jekk din tkun eċċessiva u sproporzjonata.

2. Approċċ

34. Sabiex wieħed jifhem aħjar din il-kawża, ikun xieraq li tintuża l-fakultà rikonoxxuta mill-ġurisprudenza [15] li d-domandi tat-Trimeles Efeteio Athinon jiġu riformulati mill-ġdid, billi bl-ewwel domanda l-qorti tar-rinviju tixtieq tivverifika jekk ir-rifjut tal-provvista min-naħa ta' GSK, li r-raġuni għalih kien it-tnaqqis tal-kummerċ parallel, huwiex fih innifsu abbuż ta' pożizzjoni dominanti, billi l-għan tiegħu kien esklużivament l-eliminazzjoni tal-kompetituri tal-imsemmija kumpannija fis-suq tad-distribuzzjoni bl-ingrossa.

32. Għalkemm b'inqas qawwa, anki l-kumpanniji rikorrenti l-oħra jesponu l-ħtieġa li d-diskussjoni titqiegħed fil-kuntest li fih qamet, u kif żviluppata fil-proċeduri quddiem il-qrati Griegi, billi GSK għandha tendenza li teżaġera t-talbiet tal-grossisti Griegi u tibni l-argumenti tagħha daqs li kieku qed tiġi kkunsidrata kwalunkwe ordni, indipendentement min-natura eċċessiva tagħha.

15 — Per eżempju fis-sentenzi tat-23 ta' Novembru 1977, Enka (38/77, Ġabra p. 2203); tal-1 ta' April 1993, Hewlett-Packard-France (C-250/91, Ġabra p. I-1819), u tal-10 ta' Mejju 2001, Agorà u Excelsior (kawżi magħquda C-223/99 u C-260/99, Ġabra p. I-3605).

35. Madankollu, id-domandi li żiedet sussegwentement jirrigwardaw sensiela ta' fatti li jaqgħu taħt l-isfera ta' ġustifikazzjonijiet eventwali tal-abbuż, u għaldaqstant ikun iktar loġiku li jiġu ttrasferiti għat-tieni domanda preliminari, li tistaqsi dwar liema huma l-kriterji xierqa għall-evalwazzjoni tal-karattru sproporzjonat tal-aġir ta' GSK. Barra minn dan, in-noti tal-osservazzjonijiet ippreżentati f'dawn il-proċeduri għal deċiżjoni preliminari huma ispirati sew mill-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Jacobs fil-kawża Syfait, li jeżaminaw b'mod estensiv il-kawżi għall-esklużjoni tal-abbuż.

36. Dan l-approċċ lejn id-domandi jippermetti li tiġi indirizzata dilemma dottrinali ta' ċertu attwalità, jiġifieri l-eżistenza ta' prattiċi abbużivi fihom infushom, u li ssir riflessjoni iktar fil-fond dwar il-ġustifikazzjonijiet eventwali tagħhom.

B — *L-abbuż ta' pożizzjoni dominanti fih innifsu fis-sens tal-Artikolu 82 KE (l-ewwel domanda preliminari)*

37. Fil-kawżi prinċipali qed jiġi lmentat li GSK li kienet issospendiet il-bejgħ ta' Imigram, Lamictal u Serevent lill-grossisti, abbażi ta' allegata skarsezza ta' dawn il-prodotti mediċinali msemmijin; qed jiġi lmentat ukoll li hija qed tkompli tforni lil dawn il-kompetituri iżda adattat il-volum tagħhom għall-bżonnijiet tas-suq Grieg, sabiex jiġi evitat li l-prodotti mediċinali inkwistjoni jiġu esportati mill-ġdid lejn pajjiżi oħra Ewropej, speċjalment il-Ġermanja u r-Renju Unit.

38. Qabel ma jiġi eżaminat jekk dak l-aġir għandux jiġi kkunsidrat bħala abbuż fih innifsu, jeħtieġ li jiġi vverifikat kif, fil-ġurisprudenza tal-Komunità, jiġi ttrattat ir-rifjut ta' provvista, kif ukoll l-effett tal-intenzjoni ċara li jitwaqqaf il-kummerċ parallel bħala ċirkostanzi aggravanti fl-evalwazzjoni tal-aġir. Ladarba tinkixef il-preżenza ta' abbuż, l-analiżi tista' tiffoka fuq il-kwalifikazzjoni tal-abbuż fih innifsu.

1. Ir-rifjut ta' provvista bħala aġir abbużiv

a) Il-ġurisprudenza Komunitarja

39. Is-sentenzi rari tal-Qorti tal-Ġustizzja f'dan il-kuntest ingħataw f'ċirkustanzi ta' fatt li jqajmu dubju dwar l-applikabbiltà tagħhom f'dan il-każ, fejn l-impriżi ta' distribuzzjoni bl-ingrossa tat-tliet prodotti mediċinali inkwistjoni jkollhom jaffaċjaw ruħhom mar-rifjut ta' provvista min-naħa tal-uniku fornitur tagħhom, jiġifieri l-impriża li jkollha l-privattivi ta' manifattura tal-imsemmija mediċinali li, minn dejjem, kienet kompetitriċi tagħhom fil-bejgħ ta' dawn il-prodotti. Madankollu m'huwiex superfluwu li jsir riferiment, minħabba l-ġeneralità tagħhom, għal uħud mis-sentenzi l-iktar sinjifikattivi li jirrigwardaw l-Artikolu 82 KE.

40. Fil-kawża Commercial Solvents vs Il-Kummissjoni [16], il-kumpannija kkonċernata kienet interrompiet il-provvista tagħha ta' aminobutanol lill-kumpannija Taljana Zoja, li kienet timmanifattura l-ethanbutanol, derivat ta' din il-materja prima, billi ż-żewġ impriżi kienu jikkompetu ma' xulxin fis-suq. Skont il-Qorti tal-Ġustizzja dan il-waqfien ta' provvisti kien jikser l-Artikolu 82 KE peress li l-pożizzjoni dominanti li kellha Commercial Solvents fil-produzzjoni ta' din is-sustanza, li kienet tippermettilha tikkontrolla l-provvista lill-manifatturi tad-derivati tal-istess sustanza, ma kienx jawtorizzaha telimina mis-suq il-klijenti antiki tagħha, abbażi biss tal-fatt li anki hija kienet bdiet tipproduċi l-istess derivati [17].

41. Jeżisti xebh evidenti bejn is-sentenza Commercial Solvents u din il-kawża sa fejn anki GSK interrompiet il-provvisti tal-prodotti tagħha lill-grossisti Griegi, bil-għan li torganizza mill-ġdid il-bejgħ tat-tliet prodotti mediċinali inkwistjoni permezz tad-distributur esklużiv tagħha fil-pajjiż; wara xi tliet xhur, GSK reġgħet bdiet tiddistribwixxi l-imsemmija prodotti imma fi kwantità limitata meta mqabbla mad-domanda tagħhom fis-suq nazzjonali tar-Repubblika Ellenika.

42. Fil-kawża United Brands vs Il-Kummissjoni, dwar il-banana "Chiquita" [18], il-Qorti tal-Ġustizzja qieset li, billi waqqfet il-bejgħ tal-banana lill-impriża Daniża Olesen li kienet taħżen il-banana sakemm timmatura u tiddistribwixxiha, għaliex kienet ikkollaborat f'kampanja pubbliċitarja tal-impriża kompetitriċi Dole, United Brands kienet kisret id-dritt tal-kompetizzjoni.

43. F'dik l-okkażjoni, il-Qorti tal-Ġustizzja kienet iddeċidiet li impriża li jkollha pożizzjoni dominanti fid-distribuzzjoni ta' prodott partikolari ma tistax tissospendi l-provvisti lil klijent antik "li josserva l-użi kummerċjali, jekk l-ordnijiet ta' dan il-klijent ma jkun fihom xejn anormali" [19].

44. Jeħtieġ jiġi enfasizzat ix-xebh bejn il-kawża United Brands u l-kawża preżenti firrigward tal-pożizzjoni dominanti tal-impriża kif ukoll dwar l-użi kummerċjali — jew it-twettiq ta' kuntratti — min-naħa tal-grossisti kompetituri; iżda fil-kawżi prinċipali jitqajmu problemi differenti dwar il-livell ta' provvista pretiż mill-impriżi kompetituri quddiem it-Trimeles Efeteio Athinon, u dwar il-klassifikazzjoni ta' din il-provvista bħala abitwali jew, bil-kontra, eżaġerata. Fis-sentenza United Brands dan l-aħħar punt ma kienx ġie diskuss, u għalhekk il-Qorti tal-Ġustizzja ddeċidiet li l-ordnijiet ta' Olesen kienu normali. Minkejja dan, il-mod kif tiġi evalwata din il-karatteristika jikkonsisti fl-eżami tal-ġustifikazzjonijiet possibbli għarrifjut li l-ordnijiet tal-kumpanniji li qegħdin f'kummerċ parallel jiġu onorati kompletament u għaldaqstant m'hemmx bżonn li dan l-aspett jiġi eżaminat iktar fil-fond.

16 — Sentenza tas-6 ta' Marzu 1974 (kawżi magħquda 6/73 u 7/73, Ġabra p. 223).

17 — *Ibid* (punti 25 u 26).

18 — Sentenza tal-14 ta' Frar 1978 (27/76, Ġabra p. 207).

19 — Sentenza United Brands, iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 18 (punt 182).

45. Anki f'kawżi oħrajn il-Qorti tal-Ġustizzja ddeċidiet fuq ir-rifjut ta' provvista iżda f'kuntest fattwali differenti għal kollox minn dak f'din il-kawża, jew f'kuntest leġiżlattiv differenti ħafna. Dwar l-ewwel ipoteżi, huwa xieraq li tissemma s-sentenza CBEM [20], li estendiet għas-suq tas-servizzi l-projbizzjoni għall-impriżi f'pożizzjoni dominanti li jirriżervaw għalihom infushom, jew li jirriżervaw għal impriża oħra li tappartjeni għall-istess grupp, is-suq ta' attività awżiljarja pprovduta minn impriża terza f'suq viċin, imma distint; fit-tieni ipoteżi nsibu s-sentenzi li fihom ġie diskuss l-aċċess għal infrastruttura essenzjali ("essential facility") bħas-sentenza Bronner [21], jew dawk li jirrigwardaw ir-rifjut ta' liċenzja ta' drittijiet ta' proprjetà intellettwali jew industrijali, bħas-sentenzi Magill [22] u IMS Health [23], kollha differenti ħafna miċ-ċirkustanzi li huwa bbażat fuqhom dan ir-rinviju.

46. Fi ftit kliem, mis-sentenzi Commercial Solvents u United Brands jirriżulta li impriża li għandha pożizzjoni dominanti li tirrifjuta tagħti l-provvista ta' merkanzija, l-iktar finnuqqas ta' prodotti alternattivi, bħal fil-każ tal-Lamictal, u żżomm għaliha s-suq ta' esportazzjoni parallela, taġixxi b'mod abbużiv skont l-Artikolu 82 KE. Wara jrid jiġi ddeterminat jekk l-intenzjoni li jiġi eliminat dan il-kummerċ parallel tippermettix li dan l-aġir jiġi meqjus bħala abbuż fih innifsu, skont id-dritt Komunitarju tal-kompetizzjoni.

20 — Sentenza tat-3 ta' Ottubru 1985, (311/84, Ġabra p. 3261), magħrufa bħala s-sentenza "Telemarketing".

21 — Sentenza tas-26 ta' Novembru 1998 (C-7/97, Ġabra p. I-7791).

22 — Sentenza tas-6 ta' April 1995, RTE u IPT vs Il-Kummissjoni (kawżi magħquda C-241/91 P u C-242/91 P, Ġabra p. I-743), magħrufa bħala s-sentenza "Magill".

23 — Sentenza tad-29 ta' April 2004 (C-418/01, Ġabra p. I-5039).

b) L-intenzjoni bħala ċirkustanza aggravanti

47. Mill-bidu nett, il-ġurisprudenza Komunitarja stabbiliet li l-kunċett ta' "abbuż" fl-Artikolu 82 KE huwa wieħed oġġettiv, marbut mal-attivitajiet ta' impriżi f'pożizzjoni dominanti [24] u bħala tali m'huwiex affettwat minn kwalunkwe raġunijiet li jwassluhom sabiex jaġixxu b'dan il-mod [25]. L-abbuż lanqas jeħtieġ l-eżistenza ta' *culpa* sabiex l-Artikolu 82 KE jkun applikabbli [26].

48. Minkejja dan, għandhom jittieħdu inkunsiderazzjoni żewġ aspetti importanti li jippreċiżaw iż-żewġ dikjarazzjonijiet preċedenti.

49. Minn naħa, ma jistax jiġi eskluż kompletament li l-elementi suġġettivi tal-ksur spiss iservu bħala indikazzjonijiet li operatur ikollu għan aħħari li jmur kontra l-kompetizzjoni u li huma stess jistgħu jikkostitwixxu ksur abbużiv [27].

24 — Sentenzi tat-13 ta' Frar 1979, Hoffmann-La Roche vs Il-Kummissjoni (85/76, Ġabra p. 461, punt 91); tad-9 ta' Novembru 1983, Michelin vs Il-Kummissjoni (322/81, Ġabra p. 3461, punt 70), u tat-3 ta' Lulju 1991, AKZO vs Il-Kummissjoni (C-62/86, Ġabra p. I-3359, punt 69).

25 — Fid-duttrina hemm prattikament qbil unanimu dwar dan: ara, Schröter, H., "Artikel 82", f'Schröter, H./Jacob, T./ Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 905.

26 — Sentenza tal-21 ta' Frar 1973, Europemballage u Continental Can vs Il-Kummissjoni (6/72, Ġabra p. 215, punti 25 sa 27; iktar 'il quddiem is-sentenza "Continental Can").

27 — A. Gleiss u M.Hirsch, *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, Ed. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, it-Tielet edizzjoni, Heidelberg, 1978, p. 347.

50. Min-naħa l-oħra, il-Qorti tal-Ġustizzja kkonfermat it-teżi tal-Qorti tal-Prim'Istanza li, minħabba d-differenza bejn l-Artikolu 81(1) KE u l-Artikolu 82 KE, sa fejn dan tal-aħħar ma fih l-ebda referenza għall-effett antikompetittiv tal-prattika in kwistjoni, sabiex jiġi stabbilit li jkun hemm ksur tal-Artikolu 82 KE huwa biżżejjed li jiġi ppruvat li l-għan tal-aġir abbużiv tal-impriża dominanti huwa li jirrestriġi l-kompetizzjoni jew, fi kliem ieħor, li jista' jkollu dan l-effett [28].

51. Għalhekk, iktar ma l-impriża li għandha pożizzjoni dominanti tipprova tfixkel il-kompetizzjoni ħielsa fis-suq, iktar tissaħħaħ il-preżunzjoni ta' aġir abbużiv. Din hija s-sitwazzjoni f'din il-kawża. Lanqas GSK ma ċaħdet il-veru għan li telimina l-esportazzjonijiet paralleli tat-tliet prodotti mediċinali inkwistjoni magħmula mill-impriżi ta' distribuzzjoni bl-ingrossa mill-Greċja lejn pajjiżi Komunitarji oħra.

52. Barra minn hekk, billi dawn ir-restrizzjonijiet fil-volum ta' bejgħ ta' distributuri oħrajn jillimitaw il-possibbiltajiet tal-kompetituri ta' GSK fis-sens tas-subparagrafu (b) tat-tieni paragrafu tal-Artikolu 82 KE, hemm preżunzjoni qawwija li dan l-aġir u, b'hekk, l-għan li ispirah, jikser l-ewwel paragrafu ta' din id-dispożizzjoni [29].

53. Huwa evidenti li l-intenzjoni ta' GSK hija kuntrarja għall-għanijiet tat-Trattat għaliex tolqot il-libertà tal-kummerċ fost l-Istati Membri b'tali mod li tista' tagħmel ħsara għat-twaqqif tas-suq uniku, skont l-interpretazzjoni tal-ġurisprudenza u skont l-Artikolu 3(1)(g) KE billi, mingħajr dubju, taqsam is-swieq nazzjonali u tibdel l-istruttura tal-kompetizzjoni fis-suq komuni [30].

54. Fil-qosor, dawn l-osservazzjonijiet juru li GSK ikkommettiet ksur gravi tat-Trattat, li jistħoqqlu jiġi kkunsidrat bħala abbuż fih innifsu, peress li m'hemm ebda bażi ekonomika oħra ħlief li jiġi eliminat il-kummerċ parallel magħmul mill-kompetituri tagħha, il-grossisti Griegi [31]. Madankollu, għandi dubji ta' natura metodoloġika dwar il-gradi ta' aġir abbużiv tal-impriżi f'pożizzjoni dominanti u għalhekk huwa tajjeb li dan l-aspett jiġi analizzat iktar fil-fond.

28 — Sentenza tal-15 ta' Marzu 2007, British Airways plc vs Il-Kummissjoni (C-95/04 P, Ġabra p. I-2331, punt 30), b'referenza għas-sentenzi tal-Qorti tal-Prim'Istanza tat-30 ta' Settembru 2003, Michelin vs Il-Kummissjoni (T-203/01, Ġabra p. II-4071, punt 239), u tas-17 ta' Diċembru 2003, British Airways plc vs Il-Kummissjoni (T-219/99, Ġabra p. II-5917, punt 293).

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

30 — Sentenzi tal-31 ta' Mejju 1979, Hugin vs Il-Kummissjoni (22/78, Ġabra p. 1869, punt 17) u tal-11 ta' Diċembru 1980, L'Oréal (31/80, Ġabra p. 3775, punt 27).

31 — Dan l-argument huwa parzjalment rifless fid-duttrina: 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.*, nru 6/2005, p. 341.

2. L-għarfien tal-abbuż fih innifsu fil-kuntest tal-Artikolu 82 KE: problema metodoloġika

55. Qabel ma jiġu elenkati l-argumenti kontra l-aċċettazzjoni ta' aġir abbużiv fih innifsu, jeħtieġ li tiġi eżaminata l-evoluzzjoni tal-kunċett ta' abbuż fil-ġurisprudenza Komunitarja.

a) Il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja

56. Sa llum, il-Qorti tal-Ġustizzja identifikat tliet prattiċi li, jekk applikati minn impriżi f'pożizzjoni dominanti, jirriżultaw inevitabbilment f'abbuż tal-pożizzjoni tagħhom fis-suq, apparentement mingħajr ebda possibbiltà li tiġi ammessa xi prova kuntrarja bħala ġustifikazzjoni għal dan l-aġir.

57. Il-Qorti tal-Ġustizzja ddeċidiet b'dan il-mod fir-rigward tal-obbligi ta' provvista esklużiva imposti mill-impriża f'pożizzjoni dominanti fuq ix-xerrejja tagħha, kemm jekk dawn l-obbligi kienu ġew stabbiliti *sic et simpliciter*, kif ukoll jekk kienu ġew iffissati bħala korrispettiv għall-għoti ta' skontijiet [32].

58. L-iskontijiet għal-lealtà jirrappreżentaw it-tieni waħda mill-prattiċi li dejjem huma preżunti abbużivi billi, b'differenza mill-iskontijiet kwantitattivi, li huma marbutin biss mal-kwantitajiet akkwistati mingħand il-produtturi kkonċernati, huma għandhom it-tendenza li jimpedixxu, permezz tal-għoti ta' vantaġġi finanzjarji, lill-klijenti milli jakkwistaw il-provvista tagħhom mingħand produtturi kompetituri [33].

59. It-tielet prattika kkunsidrata abbużiva fih innifsu tikkonċerna prezzijiet predatorji. Skont il-Qorti tal-Ġustizzja, prezzijiet li huma orħos mill-medja tal-ispejjeż varjabbli (jiġifieri dawk li jvarjaw skont il-kwantitatijiet prodotti) m'għandhom l-ebda bażi ekonomika u għalhekk jindikaw biss l-għan li jiġi eliminat kompetitur, u konsegwentement għandhom jiġu kkunsidrati bħala abbużivi [34]. Għal kuntrarju, il-prezzijiet li huma orħos mill-medja tal-ispejjeż totali (li jinkludu l-prezzijiet fissi u dawk varjabbli, imma ogħla mill-medja tal-ispejjeż varjabbli) għandhom jiġu kkunsidrati abbużivi meta jiġu ffissati fil-kuntest ta' pjan li għandu l-għan li jelimina kompetitur [35].

60. Il-motivazzjoni ta' dawn is-sentenzi eskludiet kwalunkwe skuża min-naħa

32 — Sentenza Hoffmann La Roche vs Il-Kummissjoni, iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 24, punt 89.

33 — Sentenzi tas-16 ta' Diċembru 1975, Suiker Unie *et* vs Il-Kummissjoni (kawżi magħquda 40/73 sa 48/73, 50/73, 54/73 sa 56/73, 111/73, 113/73 u 114/73, Ġabra p. 1663) Michelin vs Il-Kummissjoni, iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 24, punt 71.

34 — Sentenzi AKZO vs Il-Kummissjoni, iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 24, punt 71, u tal-14 ta' Novembru 1996, Tetra Pak vs Il-Kummissjoni (C-333/94 P, Ġabra p. I-5951, punt 41).

35 — Sentenza AKZO vs Il-Kummissjoni, iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 24, punt 72.

tal-impriża f'pożizzjoni dominanti [36]. Minkejja dan, il-ġurisprudenza l-iktar riċenti, dejjem fil-qasam tal-iskontijiet għall-lealtà, ma kkonfermatx il-prinċipju li dawn il-prattiċi għandhom bilfors jiġu kkunsidrati bħala abbużivi. Għalhekk, fir-rigward ta' skontijiet marbuta mat-twettiq ta' għanijiet ta' bejgħ individwali fis-settur tal-avjazzjoni kummerċjali ta' passiġġieri, mogħtija lil aġenziji tal-ivvjaġġar ta' impriża f'pożizzjoni dominanti fis-suq tal-ajru Anglosassonu, il-Qorti tal-Ġustizzja ppermettiet lill-impriża kkonċernata li tiġġustifika ekonomikament is-sistema tagħha ta' inċentivi, li l-effett tagħha kien is-soppressjoni tal-kompetizzjoni [37].

61. Għalhekk, il-Qorti tal-Ġustizzja hija lesta li tippermetti ġustifikazzjonijiet mill-impriżi f'pożizzjoni dominanti, anki f'oqsma fejn kien jidher li hija tippreżumi l-eżistenza, fihom infushom, ta' abbużi eventwali, u b'hekk fil-verità qed issegwi l-ġurisprudenza klassika tagħha, li kienet ġiet żviluppata indipendentement mis-sentenzi msemmija iktar 'il fuq, li jistabbilixxu kategorija ta' prattiċi fihom infusjom abbużivi [38]. Madankollu, apparti l-indikazzjonijiet konkreti dwar iċ-ċirkustanzi ta' kull każ partikolari, il-Qorti tal-Ġustizzja ma pprovdietx kriterji ta' karattru ġenerali sabiex teskludi li l-abbużi eventwali fihom infushom jaqgħu taħt l-artikolu tat-Trattat dwar l-abbuż ta' pożizzjoni dominanti. Għalhekk huwa opportun li jiġu ppreżentati wħud minn dawn il-kriterji.

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

37 — Sentenza tal-15 ta' Marzu 2007, British Airways plc vs Il-Kummissjoni, iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 28, punt 69.

38 — Sentenza Tetra Pak, iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 34, punt 37, u s-sentenzi tal-15 ta' Diċembru 1994, DLG (C-250/92, Ġabra p. I-5641, punt 52), u tat-13 ta' Novembru 1975, General Motors vs Il-Kummissjoni (26/75, Ġabra p. 1367, punti 20 u 22).

b) L-inadegwatezza tal-kunċett ta' abbuż fih innifsu fl-Artikolu 82 KE

62. L-Artikolu 82 KE m'huwiex adattat sabiex ikopri aġir li huwa preżunt fih innifsu abbużiv, u dan għal raġunijiet legali kif ukoll ekonomiċi.

i) Kriterji ta' natura legali

63. Huwa hawnhekk li nsibu l-istruttura tal-Artikolu 82 KE, speċjalment f'paragun ma' dik tal-artikolu ta' qablu fit-Trattat.

64. L-Artikolu 81 KE huwa magħmul minn tliet paragrafi li jistabbilixxu, rispettivament, il-prinċipju li jipprojbixxi l-prattiċi miftiehma, in-nullità tal-akkordji bħala korollarju ewlieni tal-inosservanza tal-projbizzjoni prevista fil-paragrafu 1, u l-possibiltà li tinkiseb eżenzjoni, jekk din ma tkunx inkisbet permezz tal-applikazzjoni ta' ebda regolament ta' eżenzjoni għal kategoriji partikolari adottat skont l-Artikolu 83(2)(b) KE tal-paragrafu 1.

65. L-eżempji ta' ententes [akkordji] antikompetittivi elenkati fl-Artikolu 81(1)(a)

sa (e) KE huma tradizzjonalment ekwiparati ma' ksur fih innifsu ta' din id-dispożizzjoni b'mod li ma jaqgħux fost l-eżenzjonijiet għal kategoriji partikolari stabbiliti fil-paragrafu 3 [39]. Għalkemm b'ħafna diffikultajiet, dawn l-akkordji ma jiġux kompletament eliminati billi jibqgħu fis-seħħ permezz ta' eżenzjoni individwali, jekk il-persuni kkonċernati juru li l-akkordji tagħhom jissodisfaw ir-rekwiżiti tal-Artikolu 81(3) KE. F'dan il-kuntest, il-Qorti Suprema tal-Istati Uniti reċentement bidlet il-ġurisprudenza tagħha dwar l-impożizzjoni ta' prezzijiet minimi ta' bejgħ mill-ġdid ("Resale price maintenances") fl-akkordji vertikali, b'mod li issa tissuġġettaha għar-"rule of reason" [40], u b'hekk titwarrab mis-severità tal-ġurisprudenza stabbilita tagħha li, sa mill-preċedent tal-1911 [41], qieset lil din il-prattika illegali fiha nnifisha, billi kienet tikser l-ewwel taqsima tax-Sherman Act.

66. Fil-qosor, din id-dispożizzjoni toffri lill-impriżi diversi possibbiltajiet sabiex jikkontestaw kull kwalifikazzjoni ta' ksur fih innifsu tal-klawżoli li jinkludu fl-akkordji tagħhom. Dan ma jgħoddx għall-impriżi f'pożizzjoni dominanti fil-kuntest tal-artikolu korrispondenti tat-Trattat.

67. Fid-dawl tal-formulazzjoni tal-Artikolu 82 KE, li ma fih ebda dispożizzjoni li tistabbilixxi eżenzjoni minn xi abbużi, l-analiżi ta' aġir abbużiv teħtieġ dibattitu dijalettiku bejn l-operaturi li għandhom pożizzjoni dominanti f'suq speċifiku u l-awtoritajiet kompetenti, nazzjonali jew Komunitarji, kif ukoll mal-persuni kkonċernati.

68. Kull parteċipant fid-dibattitu għandu jressaq il-provi sabiex isostni l-argumenti tiegħu, skont il-prinċipju tradizzjonali Latin *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

69. F'dan ix-xenarju, jekk aġir partikolari jqajjem dejjem il-preżunzjoni *iuris et de iuris* ta' abbuż, l-impriżi f'pożizzjoni dominanti ma jkollhomx id-dritt ta' difiża billi, kif għidt diġà iktar 'il fuq, l-istruttura tal-Artikolu 82 KE ma tammetti l-ebda eżenzjoni; għaldaqstant, ladarba jiġi aċċertat l-abbuż, għandu jiġi ddikjarat li hemm abbuż sakemm ma jkunx hemm provi suffiċjenti li l-istess abbuż ma ġiex kommess.

39 — F'dan is-sens l-Artikolu 4 tar-Regolament tal-Kummissjoni (KE) Nru 2790/1999, tat-22 ta' Diċembru 1999, dwar l-applikazzjoni tal-Artikolu 81(3) tat-Trattat għal kategoriji ta' ftehim vertikali u prattiċi miftiehma (ĠU L 336, p. 21), fih "blacklist".

40 — Sentenza tat-28 ta' Ġunju 2007, nru 6-480, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc: ara, 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 nº 736*, p. 2 *et seq*.

41 — Sentenza tat-3 ta' April 1911, Dr. Miles Medical Co. vs John D. Park & Sons Co. (220 U.S. 373).

70. Barra minn hekk, l-eżempji elenkati fl-Artikolu 82 KE (2)(a) sa (d) ma joħolqux preżunzjoni *iuris et de iure*, b'differenza minn dawk tal-Artikolu 81(1)(a) sa (e) KE. L-iktar l-iktar huma għandhom jiġu kkunsidrati, minħabba l-loġika ekonomika li huma bbażati fuqha, bħala preżunzjonijiet *iuris tantum* li jeħilsu mill-oneru tal-prova lil persuna li tinvokahom [42], imma qatt ma jistgħu jissostitwixxu d-dibattitu dijalettiku li rreferejt għalih fil-paragrafi preċedenti. Bħal fil-każ tal-prattiċi miftiehma fihom infushom, imsemmija fl-Artikolu 81 KE, li huma ġġustifikati taħt il-paragrafu 3 tal-istess dispożizzjoni, il-possibbiltà li jiġu aċċettati ċerti prattiċi abbużivi taħt l-Artikolu 82 KE permezz ta' ġustifikazzjoni oġġettiva għandha tibqa' miftuħa.

ii) Kriterji tat-tip ekonomiku

71. Fl-ewwel lok, ir-rikonoxximent ta' abbużi ta' pożizzjoni dominanti fihom infushom imur kontra l-ħtieġa li kull każ jiġi eżaminat abbażi tal-parametri tal-kuntest ekonomiku u legali li jkun inqala' fih.

72. Fit-tieni lok, mil-lat strettament ekonomiku, l-approċċ fih innifsu fih formaliżmu eċċessiv, difett ikkritikat minn esponenti kkwalifikati tad-duttrina, li jipproponu approċċ ieħor għall-Artikolu 82 KE, li jiffoka fuq ir-riperkussjonijiet ta' kull abbuż u li jinvolvi evalwazzjoni taċ-ċirkustanzi speċifiċi ta' kull każ permezz ta' analiżi tal-mertu [43] (jew "rule of reason") [44].

73. Jekk tingħata prijorità lil ideat prekonċepiti u formali fir-rigward ta' pożizzjoni dominanti jintilef il-fatt li, xi kultant, dawn il-prattiċi jistgħu jkunu ta' vantaġġ ukoll għall-konsumatur [45]. Dan jiġri meta s-setgħa ta' wieħed mill-operaturi tirrestriġi l-kompetizzjoni fis-suq inkwistjoni billi, kif ġie kkritikat ġustament, l-Artikolu 82 KE ma fih l-ebda klawżola li abbaži tagħha dawn l-operaturi jistgħu jiddefendu ruħhom b'suċċess minn akkuża ta' abbuż billi juru l-effikaċja tal-aġir tagħhom f'termini ekonomiċi [46].

74. Fit-tielet u fl-aħħar lok, jekk, kif intqal diġà, is-soltu jkun hemm diviżjoni f'żewġ kategoriji tal-kundizzjonijiet għall-applikazzjoni tal-Artikolu 82 KE, jiġifieri,

42 — Fuq l-applikazzjoni ta' dawn il-preżunzjonijiet ta' fatt, ara E. Paulis, "The burden of proof in Article 82 cases", f'B.E. Hawk, *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute,* Ed. Juris Publishing, Inc., New York, 2007, p. 470.

43 — Ser nissellef it-traduzzjoni fil-lingwa Spanjola tal-kliem Anglosassonu "rule of reason" proposta minn Arruñada, B., "Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia", f'Beneyto Pérez, J.M. (direttur) u Maillo González-Orús, J. (koordinatur), *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, Edizzjoni Bosch, Barċellona, 2002, p. 53.

44 — Report by the EAGCP "An Economic Approach to Article 82", Lulju 2005, disponibbli fuq http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies /eagcp_july_21_05.pdf, p. 5 u 6.

45 — A. P. Jacquemin, "The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community", f'R. Greaves (koordinatriċi), *Competition Law*, Edizzjoni Ashgate/Dartmouth, Aldershot (ir-Renju Unit), 2003, p. 214, jindika r-riskju inerenti fir-regola tal-abbużi fihom infushom, anki barra mill-kuntest ta' pożizzjoni dominanti.

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

l-aġir abbużiv li jippreġudika lill-konsumaturi (sfruttament abbużiv ta' pożizzjoni dominanti) u dak li jagħmel ħsara lill-kompetituri attwali jew potenzjali (prattiċi abbużivi intiżi biex jeskludu l-kompetituri) [47], b'mod li kwalunkwe att antikompetittiv ta' impriża f'pożizzjoni dominanti jista' jkun abbuż [48], fin-nuqqas ta' ġerarkija bejn dawn iż-żewġ aspetti tal-Artikolu 82 KE [49], jeħtieġ li jiġi sostnut li l-impriża f'pożizzjoni dominanti għandha tkun tista' tiddefendi lilha nnifisha billi tibbaża ruħha fuq ir-riżultati ekonomiċi miksuba.

75. Huwa biss meta jitqabblu l-konsegwenzi pożittivi u negattivi għall-utent u għall-operaturi l-oħra tal-istess suq li tista' tinħareġ informazzjoni rilevanti sabiex wieħed jasal għad-deduzzjonijiet opportuni.

47 — Id-dokument ta' riflessjoni approvat mill-Kummissjoni Ewropea bit-titolu "DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" għandu x'jaqsam biss mal-prattiċi abbużivi ta' esklużjoni; dan jista' jiġi kkonsultat fis-sit tal-Internet li ġej: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Ma naqasx li dan il-*modus procedendi* jiġi kkritikat: ara, Díez Estella, F., "El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?", f'Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nru 242, ta' Mejju 2006, p. 24.

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

49 — In-nuqqas ta' għan li l-ħarsien tiegħu huwa espressament insegwit mill-Artikolu 82 KE ġie kkritikat minn Whish, R., "Rethinking Article 82 CE", f' *Concurences: revue des droits de la concurrence*, nru 4/2005, p. 18, li assimila dan in-nuqqas ta' orjentament mal-fatt li l-Artikolu 82 KE thalla "bħal dgħajsa mingħajr mqadef". Għall-kuntrarju, Schröter, H., *op. cit*, p. 813, jiddeduċi mis-sentenzi Hoffmann-La Roche, Michelin u L'Oréal, li din id-dipożizzjoni hija fuq kollox intiża li tħares il-kompetizzjoni bħala istitut u dan il-ħarsien, f'forma indiretta, huwa ta' vantaġġ għall-kompetituri, għall-imsieħba kummerċjali tal-impriża f'pożizzjoni dominanti u għall-konsumaturi.

3. Risposta ssuġġerita għall-ewwel domanda preliminari

76. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, l-aġir abbużiv fih innifsu ma jiksirx l-Artikolu 82 KE u għalhekk ir-risposta għall-ewwel domanda magħmula mit-Trimeles Efeteio Athinon m'għandhiex tkun fl-affermattiv. Għaldaqstant, nirrakkomanda li l-Qorti tal-Ġustizzja tiddikjara, mingħajr eżitazzjoni, li l-Artikolu 82 KE ma jippermettix li jiġi attribwit aġir fih innifsu abbużiv lill-impriżi li huma f'pożizzjoni dominanti, lanqas meta ċ-ċirkustanzi tal-każ ma jħallu l-ebda dubju, dwar l-intenzjoni tal-impriżi u l-effett antikompetittiv tal-aġir tagħhom.

77. Fid-dawl tas-soluzzjoni proposta għall-ewwel domanda, jeħtieġ li tiġi eżaminata t-tieni domanda, li tirrigwarda ġustifikazzjonijiet oġġettivi possibbli għal dan l-aġir.

C — *Elementi li jiġġustifikaw aġir normalment abbużiv (it-tieni domanda preliminari)*

78. Qabel kollox nixtieq infakkar li, kif indikajt ftit qabel, parti mill-ewwel domanda preliminari għandha r-risposta tagħha

fit-tieni domanda, billi hija marbuta mal-motivi ta' ġustifikazzjoni tal-prattiċi abbużivi previsti mill-Artikolu 82 KE. Fil-fehma tiegħi, il-qorti tar-rinviju qed tistaqsi lill-Qorti tal-Ġustizzja dwar il-kriterji li jistgħu jaqilbu d-deċiżjoni negattiva li, bħala prinċipju, tolqot lill-impriża f'pożizzjoni dominanti.

79. Hemm tliet motivi ta' ġustifikazzjoni li jistgħu jiġu invokati mill-impriżi f'pożizzjoni dominanti akkużati b'aġir abbużiv: il-motivi li jirrigwardaw is-suq li fih joperaw l-impriżi kkonċernati [50], id-difiża tal-interessi kummerċjali leġittimi tagħhom u l-prova ta' bilanċ pożittiv. Iktar 'il quddiem ser neżaminahom b'mod separat filwaqt li nżomm f'moħħi l-fatti ppreżentati quddiem l-qorti tar-rinviju.

1. Il-kundizzjonijiet ta' suq imperfett

80. L-impriża GSK insistiet fuq il-fatt li l-leġiżlazzjoni nazzjonali ma tħallihiex tiżvolġi l-attivitajiet tagħha f'kundizzjonijiet normali ta' kompetizzjoni. Hija ssemmi żewġ aspetti li jispjegaw il-limitazzjonijiet għall-esportazzjonijiet paralleli imposti fuq il-grossisti Griegi: l-iffissar tal-ogħla prezzijiet għall-bejgħ tal-prodotti mediċinali, prattika abitwali fl-Istati Membri kollha, u l-obbligu taż-żamma ta' ħażna ta' prodotti fi kwantitajiet suffiċjenti sabiex jissodisfaw id-domanda nazzjonali fi kwalunkwe mument.

81. Ir-rikorrenti fil-kawżi prinċipali, il-Gvern Pollakk u l-Kummissjoni jiċħdu dan l-argument, għalkemm b'ċerti kwalifikazzjonijiet. Qabel ma jsir l-eżami tal-motivi ta' ġustifikazzjoni, jeħtieġ li jiġu ddeterminati l-konfini tas-suq in kwistjoni.

a) Karatteristiċi essenzjali tas-suq

82. Ġie ppreċiżat ġustament li s-suq Ewropew tal-prodotti farmaċewtiċi, mifhum bħala dak tal-kummerċ u d-distribuzzjoni ta' prodotti mħarsa jew le minn privattiva, huwa kkaratterizzat minn grad ta' armonizzazzjoni mnaqqas, minħabba l-intervent tal-Istat fil-prezzijiet u fis-sistemi pubbliċi ta' rimbors tal-ispejjeż sostnuti mill-pazjent għall-akkwist ta' prodotti mediċinali, li jfisser

50 — Fid-dokument ta' riflessjoni tagħha ċċitat iktar 'il fuq, il-Kummissjoni (punt 80) teżiġi li l-aġir tal-impriża jkun meħtieġ għal motivi ta' sigurtà jew saħħa pubblika; jiena nqis li dan il-motiv ta' ġustifikazzjoni għall-impriżi f'pożizzjoni dominanti huwa eċċessivament limitat u għalhekk qed nipproponi ieħor iktar wiesa', imma marbut mas-suq.

li l-prezz imħallas mill-konsumatur aħħari huwa inqas importanti [51].

83. Il-partijiet li ppreżentaw in-noti tal-osservazzjonijiet tagħhom f'dan ir-rinviju jaqblu fuq il-fatt li l-Istati Membri kollha jimponu l-ammont li l-kumpanniji produttur tas-settur jeżiġu mill-pazjenti, billi jiġu limitati l-ammonti rimborsati mid-diversi korpi tas-sigurtà soċjali u b'ħekk tiġi limitata l-ispiża pubblika għas-saħħa. Huma jaqblu wkoll fuq il-fatt li teżisti differenza kbira bejn il-prezzijiet ta' bejgħ fid-diversi Stati Membri. Flimkien ma' din is-sistema ta' finanzjament pubbliku teżisti oħra kompletament privata, li fiha l-kumpanniji farmaċewtiċi jiffissaw il-prezz tal-prodotti mediċinali b'mod liberu; madankollu jidhirli li huwa aċċettat li dan l-aħħar mudell jirrappreżenta perċentwali żgħira tas-suq, għalkemm din tvarja minn pajjiż għal ieħor.

84. Fl-aħħar, hemm bżonn li tiġi indikata karatteristika oħra distintiva ta' dan is-suq, jiġifieri d-diversi privattivi industrijali għall-mediċini. Dan l-aspett, għalkemm ma jirriflettix il-kontroll mill-awtoritajiet pubbliċi, huwa sinjifikattiv għaliex id-detenturi ta' dawn id-drittijiet ta' proprjetà industrijali jista' faċilment ikollhom pożizzjoni dominanti, billi dawn il-monopolji ġeneralment jikkostitwixxu ostakoli legali u temporali [52].

85. F'dawn iċ-ċirkustanzi, GSK issostni li l-limiti fil-prezzijiet imposti mill-Istati Membri, flimkien mal-obbligu taż-żamma ta' ħażniet adegwati għad-domanda nazzjonali, jorbtuha b'tali mod li, sabiex terġa' tistabbilixxi l-attività kummerċjali tagħha, ma jkollhiex għażla oħra ħlief li tissielet kontra l-esportazzjonijiet paralleli min-naħa tal-grossisti Griegi lejn pajjiżi fejn l-ammont rimborsat għall-prodotti mediċinali jisboq bil-bosta l-marġni miksub fir-Repubblika Ellenika.

b) Eżami tal-motivi ta' ġustifikazzjoni msemmija iktar 'il fuq

86. Għalkemm il-ġurisprudenza Komunitarja ma tammettix ġustifikazzjonijiet ibbażati fuq karatteristiċi partikolari tar-regolamentazzjoni ta' suq partikolari, jiena naħseb li jista' jkun hemm każijiet fejn hija tkun disposta li tagħmel dan, skont l-effett tal-kontroll tal-Istat fuq l-istess suq. GSK invokat żewġ fatturi fundamentali: l-intervent fir-rigward tal-prezzijiet u l-obbligu taż-żamma ta' ħażniet.

51 — J. W. Myhre, "The pharmaceutical sector — Article 81 EC and Article 82 EC — Imperfect tools for an imperfect market?", f'M. Johansson, N. Wahl u U. Bernitz, U. (edituri), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons,* Ed. Bruylant, Brussell, 2006, p. 378.

52 — J. Pelkmans, *op. cit.*, p. 193.

i) L-iffissar tal-prezzijiet mill-Istati Membri

87. Fir-rigward tal-politika segwita fl-Istati Membri sabiex il-korpi tas-sigurtà soċjali jħallsu lura l-ispejjeż li jkunu għamlu l-pazjenti għall-akkwist ta' prodotti mediċinali, fis-sentenza Merck u Beecham [53], il-Qorti tal-Ġustizzja rrikonoxxiet li l-kontroll tal-prezzijiet tista' tikkawża distorsjoni tal-kompetizzjoni fost l-Istati Membri, imma ppreċiżat ukoll li din id-distorsjoni pprovokata mill-indħil tal-Istat ma tistax tiġġustifika deroga mill-prinċipju tal-moviment liberu tal-merkanzija [54].

88. Għalkemm il-projbizzjoni fl-Artikolu 28 KE ma tistax tiġi invokata kontra impriżi, l-obbligu li ma jostakolawx it-twettiq tal-għanijiet tat-Trattat, b'mod partikolari tal-libertà tal-kummerċ bejn l-Istati Membri, huwa impost bis-saħħa tal-Artikolu 81 KE u 82 KE, li jiddikjaraw li l-aġir li jipprovoka t-taqsim artifiċjali tas-swieq nazzjonali u d-distorsjoni tal-kompetizzjoni huwa inkompatibbli mat-Trattat [55]. Għalhekk huwa opportun li tiġi analizzata l-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja fir-rigward tal-moviment liberu tal-merkanzija, tal-inqas għal dak li jirrigwarda t-taqsim tas-swieq nazzjonali.

89. Fi kwalunkwe każ, ir-riġidità tal-politika tal-prezzijiet hija mtaffija mill-Artikolu 2(1) u (2) tad-Direttiva 89/105 [56], applikabbli għal kull tip ta' intervent tal-Istat [57]. Millimsemmi Artikolu 2(2) joħroġ ċar li l-manifatturi ta' prodotti mediċinali jipparteċipaw f'diskussjonijiet mal-awtoritajiet inkarigati mill-iffissar tal-prezzijiet, li huma obbligati li jimmotivaw bi "kriterji oġġettivi u verifikabbli" l-oppożizzjoni tagħhom għallkummerċjalizzazzjoni ta' prodott mediċinali bil-prezz propost mill-applikant. L-Artikolu 2(1) jipprovdi wkoll għal awtorizzazzjoni impliċita li tirriżulta mis-silenzju tal-amministrazzjoni pubblika billi, fin-nuqqas ta' deċiżjoni mill-Istat Membru f'90 jum mill-preżentazzjoni tal-applikazzjoni, l-applikant jiġi awtorizzat jikkummerċjalizza l-prodott mediċinali.

90. Ikunu kemm ikunu diffiċili n-negozjati, wieħed m'għandux jinsa s-sitwazzjoni tal-impriżi farmaċewtiċi, speċjalment meta jkollhom privattivi ġodda li, b'mod ġenerali, jippreżupponu titjib fl-istat tas-saħħa tal-pazjent li jiġi kkurat b'dawn il-prodotti mediċinali. Dan l-aspett huwa importanti ħafna, billi l-Istat Membru, li għandu l-obbligu li jiggarantixxi sistema ta' saħħa ta' kwalità għas-servizz tal-pazjent, m'għandu l-ebda interess li jirrinunzja għall-aħjar offerti fis-suq, dejjem jekk ikun jista' jakkwistahom bi prezz raġonevoli [58].

53 — Sentenza tal-5 ta' Diċembru 1996, (kawżi maqħquda C-267/95 u C-268/95, Ġabra p. I-6285, punt 47).

54 — *Ibidem*.

55 — Sentenza Hugin vs Il-Kummissjoni iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 30, punt 17.

56 — Deskritti fil-punt 5 ta' dawn il-konklużjonijiet.

57 — L-Artikolu 1(1) tad-Direttiva 89/105.

58 — It-tieni u t-tielet premessi tad-Direttiva 89/105.

91. Nammetti li, iktar ma jgħaddi ż-żmien, il-vantaġġ tad-detentur tal-privattiva farmaċewtika jiddgħajjef billi jiġi obbligat ibaxxi l-prezzijiet miftiehma fil-bidu mal-awtoritajiet tas-saħħa. Madankollu, din l-evoluzzjoni m'hijiex anormali għaliex tiddependi mill-offerta ta' manifatturi oħrajn ta' prodotti sostitwibbli, li jkunu iktar effikaċi mil-lat terapewtiku u li jieħdu post il-prodotti l-oħra minħabba progress fir-riċerka.

92. Barra minn hekk, il-prezz miftiehem m'għandux jilħaq il-livelli li jġiegħlu lill-kumpanniji f'dan is-settur ibiegħu l-prodotti tagħhom bi prezz iktar baxx mill-kost.

93. Għalhekk, għalkemm is-suq tal-prodotti farmaċewtiċi ma jaħdimx f'kundizzjonijiet normali ta' kompetizzjoni, is-sistema ta' kontroll tal-prezzijiet ma taħrabx għal kollox mill-influwenza tal-manifatturi farmaċewtiċi, li jinnegozjaw il-prezzijiet mal-awtoritajiet tas-saħħa tal-Istati Membri, li għandhom ċerta saħħa fuq is-suq u li jadattaw malajr għal dak li jiġri fil-politika sanitarja, tal-inqas fil-qasam tal-prodotti mediċinali.

ii) L-obbligu taż-żamma ta' ħażna

94. It-tieni aspett tar-regolamentazzjoni tas-suq li, skont GSK jostakola l-iżvolġiment normali tal-attivitajiet tagħha fil-Greċja u jiġġustifika l-limitazzjoni tal-kummerċ parallel, jirrigwarda l-obbligu li tinżamm dejjem ħażna suffiċjenti fis-suq Grieg. Din il-kumpannija ssostni wkoll li l-ħarsien ta' dan l-obbligu ma jħallihiex tonora l-ordnijiet tal-grossisti fit-termini mixtieqa.

95. Il-portata ta' dan l-obbligu tirrikjedi xi preċiżazzjonijiet, peress li wħud mir-rikorrenti fil-kawżi prinċipali jikkunsidraw li huma wkoll għandhom ifornu s-suq, obbligu li jirriżulta mill-Artikolu 81(2) tad-Direttiva 2001/83, imsemmi fil-punt 6 ta' dawn il-konklużjonijiet. Għaldaqstant, m'hemm l-ebda raġuni għaliex GSK tinvoka dan l-obbligu għad-difiża tagħha.

96. M'hemmx dubju li l-bżonnijiet tal-pazjenti tal-Istat Membru kkonċernat ma jinbidlux f'daqqa, ħlief fil-każ ta' epidemiji jew pandemiji, u għalhekk l-istatistiċi fuq il-pazjenti milqutin minn kull marda huma affidabbli u jagħtu lill-impriżi ċerta prevedibbiltà li tgħinhom jadattaw għas-suq.

97. Fil-qosor, fid-dawl tar-raġunijiet kollha esposti iktar 'il fuq, il-garanzija tal-provvista ma tistax tiġġustifika l-aġir tal-impriża GSK li tillimita l-provvisti intiżi għall-kompetituri tagħha, il-grossisti Griegi.

98. Għaldaqstant, billi l-motivi ta' ġustifikazzjoni proposti mill-GSK għandhom jiġu miċħuda, jeħtieġ li jiġi eskluż l-argument li, f'dan il-każ partikolari, jeżistu raġunijiet oġġettivi li jirrigwardaw l-intervent tal-awtoritajiet pubbliċi fis-suq u li jistgħu jiġġustifikaw l-aġir tagħha.

2. Id-difiża tal-interessi kummerċjali leġittimi

a) Analiżi tal-ġurisprudenza

99. Analiżi sommarja tal-ġurisprudenza turi li din il-kategorija ta' ġustifikazzjonijiet oġġettivi hija l-unika li attwalment hija definita tajjeb, billi d-djalettika intrinsika fl-Artikolu 82 KE tispiċċa f'dikotomija bejn prattiċi abbużivi u aġir intiż sabiex iħares l-interessi kummerċjali leġittimi [59].

100. Ir-rifjut li l-ordnijiet tal-grossisti Griegi jiġu onorati kompletament huwa ekwivalenti għal rifjut ta' provvista, għalkemm parzjalment, u għalhekk ser nillimita ruħi għall-analiżi tad-deċiżjonijiet rari tal-Qorti tal-Ġustizzja f'dan ir-rigward.

101. Fis-sentenza tagħha United Brands, il-Qorti tal-Ġustizzja rrikonoxxiet li l-protezzjoni tal-interessi kummerċjali leġittimi hija strument xieraq sabiex jeħles lil impriża f'pożizzjoni dominanti minn suspetti ta' abbuż, billi din l-impriża tiġi awtorizzata tieħu l-miżuri neċessarji għall-protezzjoni ta' dawn l-interessi, dejjem jekk jiġi rrispettat il-prinċipju inderogabbli ta' proporzjonalità bejn ir-reazzjoni tal-impriża f'pożizzjoni dominanti u t-theddid għall-interessi tagħha [60].

102. Madankollu, l-affermazzjoni ta' dan il-prinċipju ma kienet tal-ebda utilità għall-

59 — I. Van Bael u J.-F. Bellis, *Competition Law of the European Community,* Ir-Raba' Ed., Edizzjoni Kluwer, L-Aja, 2005, p. 907.

60 — Sentenza United Brands, iċċitata iktar 'il fuq fin-nota ta' qiegħ il-paġna 18 (punti 189 u 190).

multinazzjonali Amerikana tal-banana, billi fis-sentenza tagħha, li kienet ibbażata preċiżament fuq in-nuqqas ta' proporzjonalità bejn ir-rifjut li jiġu onorati l-ordnijiet tal-impriża klijent u kompetitriċi Olesen, il-Qorti tal-Ġustizzja eskludiet l-eżistenza tal-ħtieġa ta' protezzjoni leġittima [61].

103. F'kawża oħra, il-Qorti tal-Ġustizzja eżaminat ir-rifjut tal-provvista f'sitwazzjoni ta' skarsezza, matul il-kriżi taż-żejt [62] li seħħet fis-snin sebgħin tas-seklu ta' qabel, u ppermettiet lill-impriża BP li fir-rigward ta' akkwirenti okkażjonali, il-kooperativa ABG, tapplika koeffiċjent ta' tnaqqis tal-provvista ta' żejt mhux irraffinat akbar minn dak applikat lill-klijenti abitwali tagħha, bl-iskop li jiġi evitat li dawn jispiċċaw relattivament żvantaġġati [63].

104. Ċerti motivi ta' ġustifikazzjoni ġew elaborati barra mill-kuntest tal-ġurisprudenza Komunitarja. Per eżempju, il-Kummissjoni ppermettiet li manifattur f'pożizzjoni dominanti jeżamina mill-ġdid ir-relazzjonijiet kummerċjali tiegħu ma' klijent meta dan jibdel il-politika tiegħu sabiex jiddedika ruħu għall-promozzjoni ta' marka rivali [64].

105. Id-duttrina tipprovdi ġustifikazzjonijiet oħra, bħal dik tas-soċju kummerċjali mhux xieraq, dak li jkun f'xifer il-falliment, dak li sistematikament ma jirrispettax il-kuntratti konklużi jew dak li jagħmel ħsara għall-immaġni jew għall-kwalità tal-merkanzija tal-fornitur [65]. F'dawn il-każijiet is-sens komun jiddetta li għandha tiġi rrispettata x-xewqa tal-impriża f'pożizzjoni dominanti li tirrifjuta l-ordnijiet tal-klijent.

b) Motivi mressqin fil-kawża prinċipali

106. Fost l-argumenti mressqin minn GSK fin-nota tal-osservazzjonijiet ippreżentati lill-Qorti tal-Ġustizzja, dawk kollha li jirreferu għal tnaqqis fid-dħul minħabba telf ta' sehem mis-suq b'vantaġġ għall-grossisti Griegi u għal riperkussjonijiet li jirrigwardaw l-irkupru tal-investiment fis-settur tar-riċerka u l-iżvilupp (iktar 'il quddiem "R & Ż") iwasslu għad-difiża tal-interessi leġittimi.

107. Kemm GSK kif ukoll parti mil-letteratura ġuridika jsemmu l-ispiża enormi tal-investiment fir-R & Ż bil-għan li jiġi introdott fis-suq prodott mediċinali; huma jżidu jgħidu li l-perijodu li jgħaddi bejn il-kisba tal-privattiva

61 — *Ibid* (punti 191 *et seq*).

62 — Sentenza tad-29 ta' Ġunju 1978, BP *et* vs Il-Kummissjoni (75/77, Ġabra p. 1513), magħrufa bħala "kawża tal-kriżi taż-żejt".

63 — *Ibidem*, punti 32 u 33.

64 — Deċiżjoni tal-Kummissjoni 87/500/KEE, tad-29 ta' Lulju 1987, dwar proċedura skont l-Artikolu 86 tat-Trattat KEE (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: miżuri provviżorji, ĠU L 286, p. 36, punt 19).

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

għall-prinċipju attiv u d-disponibbiltà terapewtika tal-prodott is-soltu jkun fil-medja ta' bejn ħdax-il jew tlettax-il sena, u għalhekk il-fażi tal-qligħ mill-kummerċjalizzazzjoni tkun limitata għal seba' jew tmien snin [66].

108. Huma josservaw li, f'dawn iċ-ċirkustanzi, il-kummerċ parallel u l-manifattura tal-prodotti ġeneriċi meta tispiċċa l-protezzjoni tat-titolu ta' proprjetà industrijali jnaqqsulhom il-possibbiltà li jirkupraw l-ispejjeż għar-R & Ż.

109. M'hemm l-ebda rabta kawżali meħtieġa bejn il-ħsara eventwali għall-investimenti fir-R & Ż u l-kummerċ parallel, billi, l-ewwel nett, GSK u l-awturi li rreferejt għalihom iktar 'il fuq ma pprovdew l-ebda informazzjoni dwar l-oriġini tal-perijodu li matulu l-privattiva ma tħallix qligħ. Madankollu, dan id-dewmien twil jirriżulta mill-istrutturi interni tal-ispejjeż tal-impriżi farmaċewtiċi. Fi kwalunkwe każ, billi l-perijodu ta' qligħ mill-privattiva huwa qasir ħafna, il-persuni kkonċernati jesperjenzaw sentiment ta' xi ħadd li jgawdi d-drittijiet tiegħu għal perijodu limitat. Anki nazzarda ngħid li jeżistu wkoll setturi oħrajn fejn tiġri ħaġa bħal din b'dan it-tip ta' proprjetà immaterjali.

110. Fit-tieni lok, għalkemm huwa loġiku li wieħed jgħid li huwa biss is-suċċess ekonomiku ta' privattiva li jiggarantixxi d-dħul ta' iktar kapital għat-tkomplija tar-riċerka, il-politika ta' R & Ż fis-settur farmaċewtiku hija l-element fundamentali tal-attività kollha. F'dan il-qasam tal-ekonomija, hija biss ir-riċerka kontinwa ta' mediċini rivoluzzjonarji li tippermetti s-sopravivenza f'suq kompetittiv u globalizzat ħafna u li jħalli ħafna qligħ. Madankollu, fin-nuqqas ta' politika kummerċjali maħsuba tajjeb, hemm riskju li anki l-iskoperti l-iktar brillanti ma jintgħarfux. Għaldaqstant, kull impriża ta' riċerka farmaċewtika għandha ssib il-mezzi l-iktar effikaċi sabiex tikkonvinċi u tilħaq lill-konsumatur.

111. GSK kienet libera li tistabbilixxi d-distribuzzjoni tal-prodotti tagħha fl-Ewropa. Hija għażlet strateġija li kienet tinkludi lill-grossisti Griegi għaliex qieset li mill-aspett ekonomiku din kienet iktar utli u vantaġġuża. GSK setgħet tagħżel sistema ta' distribuzzjoni tal-mediċini tagħha li tkun vertikalment integrata, kif xtaqet li tagħmel

66 — E. Krapf, *Parallelimporte von Arzheimitteln und europäisches Kartellrecht — eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels*, Ed. Shaker, Aquisgrana, 2006, p. 107 u 108.

f'Novembru 2000. Għalkemm din l-impriża hija libera li tirristruttra mill-ġdid is-sistema ta' provvista tagħha, b'rispett lejn l-użi kummerċjali, f'dan il-każ partikolari qed tiġi akkużata li kkawżat ħsara lill-grossisti għaliex kienu ħadu vantaġġ mill-kundizzjonijiet tas-suq u b'hekk waqqfu l-attività tagħha ta' esportazzjoni.

112. Fit-tielet lok, meta wieħed iqabbel l-informazzjoni pprovduta mid-duttrina fil-paragrafu 107 ta' dawn il-konklużjonijiet, li tistabbilixxi li bejn l-1998 u l-2003 is-sehem fis-suq tal-importaturi paralleli żdied minn 1.8 % għal 6.8 %[67], huwa jkollu l-impressjoni li l-battalja vera tikkonsisti fl-irkupru ta' dawn il-marġni ta' profitt li jkunu qalgħu l-kompetituri tal-kumpanniji farmaċewtiċi l-kbar.

113. F'dawn iċ-ċirkustanzi jidhirli li l-argument ibbażat id-dissważjoni pprovokata minnuqqas ta' dħul minħabba l-importazzjoni parallela tal-mediċini koperti minn privattiva, huwa żbaljat għaliex jipprova biss jikkonvinċi l-opinjoni pubblika, li hija sensibbli għall-importanza vitali tar-riċerka u tal-iżvilupp għall-kompetittività, billi x-xenarju ta' rivalità bejn l-impriżi jinbidel f'wieħed ta' politika ta' promozzjoni tar-riċerka, settur li l-Unjoni Ewropea żiedet fl-attivitajiet tagħha sa minn meta l-Att Uniku Ewropew introduċa fit-Trattat KE it-Titolu XVIII bl-isem "L-Iżvilupp fir-Riċerka u t-Teknoloġija".

114. B'hekk, l-Unjoni Ewropea toffri ambjent favorevoli għall-impriżi, billi tinkoraġġihom inaqqsu l-ispejjeż tar-R & Ż permezz tal-eżenzjoni skont il-kategorija tal-akkordji orizzontali f'dak il-qasam[68]; peress li huwa magħruf li l-kooperazzjoni f'dan il-qasam u fl-isfruttament komuni tar-riżultati tagħhom ġeneralment jippromwovu l-progress tekniku u ekonomiku billi jinfirex l-għarfien bejn l-impriżi, billi jiġi evitat ix-xogħol doppju ta' riċerka u ta' żvilupp, billi jiġu inkoraġġuti avvanzi ġodda permezz tal-iskambju ta' għarfien kumplimentari, u billi tiġi rrazzjonalizzata l-manifattura tal-prodotti jew l-applikazzjoni ta' metodi li joħorġu mir-riċerka u l-iżvilupp[69].

115. Għaldaqstant, anki jekk l-aġir ta' GSK jista' jiġi ġġustifikat, madankollu huwa għandu jiġi kkunsidrat bħala spro-

67 — E. Krapf, *op. cit.*, p. 2.

68 — Regolament tal-Kummissjoni (KE) Nru 2659/2000, tad-29 ta' Novembru 2000, dwar l-applikazzjoni tal-Artikolu 81(3) tat-Trattat għal kategoriji ta' ftehim dwar ir-riċerka u l-iżvilupp (ĠU L 304, p. 7).

69 — L-għaxar premessa tar-Regolament Nru 2659/2000.

porzjonat billi jelimina l-kompetizzjoni fid-distribuzzjoni ġewwa l-Ewropa, u b'hekk joħnoq l-importazzjonijiet paralleli ġejjin mill-Greċja.

3. Il-bilanċ ekonomiku pożittiv

116. L-aħħar motiv ta' ġustifikazzjoni invokabbli mill-impriżi dominanti jirreferi għall-effikaċja, f'termini ekonomiċi, tal-aġir ipotetikament abbużiv ("efficiency defence"). Id-dokument ta' riflessjoni tal-Kummissjoni dwar l-applikazzjoni tal-Artikolu 82 KE jinkludih f'dan it-tip ta' aġir [70], bħala risposta għad-duttrina li ddeplorat il-fatt li ma kienx ġie kkunsidrat [71].

117. Mill-osservazzjonijiet ta' GSK naħseb li l-argumenti kollha tagħha dwar il-konsegwenzi perversi tal-kummerċ parallel tal-prodotti mediċinali suġġetti għall-obbligu ta' riċetta medika għandhom jitqiegħdu taħt din il-kategorija. Din l-impriża ssostni li l-kummerċ parallel la jiffavorixxi lill-pazjenti u lanqas lill-korpi tas-sigurtà soċjali li jipprovdu għar-rimbors tal-ispejjeż mediċi. GSK tikkuntrasta din l-informazzjoni mal-qligħ kunsiderevoli li jiksbu l-grossisti Griegi mill-bejgħ ta' prodotti farmaċewtiċi fil-pajjiżi fejn il-prezz imħallas mill-assigurazzjonijiet tas-saħħa huwa ogħla minn dak imħallas fil-Greċja filwaqt li fl-istess ħin tilmenta dwar is-somom kbar ta' flus li tgħid li tilfet.

118. Apparti d-deskrizzjoni tal-"orruri" pprovokati mill-kummerċ parallel, GSK ma tindika l-ebda aspett pożittiv li jirriżulta mill-fatt li llimitat il-provvista ta' prodotti mediċinali lill-grossisti, ħlief għall-irkupru tal-marġni tagħha ta' qligħ, li huwa irrilevanti għall-finijiet kemm tal-kwalifikazzjoni kif ukoll tal-ġustifikazzjoni ta' aġir abbużiv, kif osserva ġustament il-Gvern Pollakk.

119. Anki jekk wieħed jassumi li l-impriżi f'pożizzjoni dominanti jistgħu jagħtu prova tal-benefiċċji ekonomiċi prodotti mill-aġir abbużiv tagħhom, GSK ma pprovdiet l-ebda element li jista' jxaqleb il-miżien favoriha, għalkemm il-fatturi li jirrigwardaw is-saħħa tal-marid u t-tnaqqis tal-ispejjeż sostnuti mis-saħħa pubblika jistħoqqilhom attenzjoni partikolari fil-kawża prinċipali. Għalhekk, m'hemmx bżonn li tiġi kkunsidrata

70 — Il-Kummissjoni Ewropea, *op. cit.*, punti 84 sa 91.

71 — P.-J. Loewenthal, *op. cit*, p. 464 u 465.

l-proporzjonalità, li kienet tikkostitwixxi l-aħħar fażi tal-analiżi, kieku ġiet aċċettata ġustifikazzjoni għall-aġir ta' GSK.

— l-elementi ta' regolamentazzjoni tas-suq li, billi ma jistgħux jinbidlu mill-impriża kkonċernata, ikunu ġiegħluha taġixxi b'dak il-mod, bl-esklużjoni tal-iffissar tal-prezzijiet tal-prodotti mediċinali u tal-obbligu li tinżamm ħażna għall-provvista tal-pazjenti;

4. Risposta ssuġġerita għat-tieni domanda preliminari

— il-prova tal-fatt li l-intenzjoni tal-impriża kkonċernata kienet biss li tiddefendi l-interessi leġittimi kummerċjali tagħha, li f'din il-kawża ma jinkludux l-impatt fuq l-inċentivi għall-innovazzjoni, u

120. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, nirrakkomanda li r-risposta tal-Qorti tal-Ġustizzja għat-tieni domanda preliminari tkun li t-tnaqqis, minn impriża f'pożizzjoni dominanti, tal-ordnijiet tal-grossisti għal kwantitajiet korrispondenti għad-domanda tas-suq nazzjonali bl-intenzjoni li twaqqaf l-importazzjonijiet paralleli ta' dawn il-grossisti lejn Stati Membri oħra jikkostitwixxi, bħala prinċipju, abbuż ta' pożizzjoni dominanti skont l-Artikolu 82 KE.

— il-benefiċċji ekonomiċi tal-aġir li ġiet akkużata bih.

121. Madankollu, l-impriża ssuspettata tista' tippreżenta kwalunkwe element xieraq sabiex tiġġustifika l-aġir tagħha oġġettivament, u b'mod partikolari:

122. Fil-każ li l-ġustifikazzjoni tkun fondata, m'għandhiex tiġi minsija l-verifika tal-proporzjonalità, jiġifieri l-verifika li dan l-aġir ikun indispensabbli u xieraq.

VI — Konklużjoni

123. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, filwaqt li nieħu pożizzjoni differenti minn tal-Avukat Ġenerali Jacobs fil-konklużjonijiet tiegħu fil-kawża Syfait, nipproponi li r-risposta tal-Qorti tal-Ġustizzja għad-domandi preliminari magħmula mit-Trimeles Efeteio Athinon, tkun kif ġej:

"1) L-Artikolu 82 KE ma jippermettix li jiġi attribwit aġir fih innifsu abbużiv lill-impriżi li huma f'pożizzjoni dominati, lanqas meta ċ-ċirkustanzi tal-każ ma jħallu l-ebda dubju, dwar l-intenzjoni tal-impriżi u l-effett antikompetittiv tal-aġir tagħhom.

2) Impriża f'pożizzjoni dominanti li tirrifjuta li tonora kompletament l-ordnijiet li jsirulha mill-grossisti ta' prodotti farmaċewtiċi bil-għan li tnaqqas l-esportazzjoni tagħhom u tillimita l-ħsara kkawżata mill-kummerċ parallel, twettaq aġir abbużiv skont l-Artikolu 82 KE. Minkejja dan, l-impriża tista' tressaq provi xierqa sabiex tiġġustifika oġġettivament l-aġir tagħha u, b'mod partikolari:

— l-elementi ta' regolamentazzjoni tas-suq li, billi ma jistgħux jinbidlu mill-impriża kkonċernata, ikunu ġiegħluha taġixxi b'dak il-mod, bl-esklużjoni tal-iffissar tal-prezzijiet tal-prodotti mediċinali u tal-obbligu li tinżamm ħażna għall-provvista tal-pazjenti;

— il-prova tal-fatt li l-intenzjoni tal-impriża kkonċernata kienet biss li tiddefendi l-interessi leġittimi kummerċjali tagħha, li f'din il-kawża ma jinkludux l-impatt fuq l-inċentivi għall-innovazzjoni, u

— il-benefiċċji ekonomiċi tal-aġir li kien hemm ilment dwaru".