OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA przedstawiona w dniu 1 kwietnia 2008 r. [1]

Spis treści

I — Wprowadzenie ..... I - 7145

II — Ramy prawne ..... I - 7146

A — Prawo wspólnotowe ..... I - 7146

B — Uregulowania krajowe ..... I - 7148

III — Stan faktyczny w postępowaniach przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne ..... I - 7148

IV — Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości ..... I - 7151

V — Analiza pytań prejudycjalnych ..... I - 7152

A — Zagadnienia wstępne ..... I - 7152

1. Zastrzeżenia do sposobu sformułowania pytań ..... I - 7152

a) Pozycja dominująca ..... I - 7152

b) „Pełna" realizacja zamówień ..... I - 7153

2. Przyjęte podejście ..... I - 7153

B — Nadużycia pozycji dominującej per se w art. 82 WE (pierwsze pytanie prejudycjalne) ..... I - 7154

1. Odmowa dostaw jako nadużycie ..... I - 7154

a) Orzecznictwo wspólnotowe ..... I - 7154

b) Czynnik umyślności jako okoliczność obciążająca ..... I - 7156

1 — Język oryginału: hiszpański.

2. Uznanie nadużyć per se w ramach art. 82 WE: problem metodologiczny .... I - 7158

a) Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości ..... I - 7158

b) Nieodpowiedni charakter nadużyć per se w stosunku do art. 82 WE ..... I - 7159

i) Wytyczne natury prawnej ..... I - 7159

ii) Wytyczne natury ekonomicznej ..... I - 7161

3. Proponowana odpowiedź na pierwsze pytanie prejudycjalne ..... I - 7162

C — Czynniki uzasadniające zachowanie stanowiące w normalnych warunkach nadużycie (drugie pytanie prejudycjalne) ..... I - 7162

1. Warunki niedoskonałego rynku ..... I - 7163

a) Podstawowe cechy rynku ..... I - 7163

b) Analiza tych powodów uzasadnienia ..... I - 7164

i) Ustalanie cen przez państwa członkowskie ..... I - 7165

ii) Obowiązek dostaw ..... I - 7166

2. Ochrona słusznych interesów handlowych ..... I - 7167

a) Analiza z punktu widzenia orzecznictwa ..... I - 7167

b) Podnoszone powody ..... I - 7168

3. Pozytywny bilans ekonomiczny ..... I - 7171

4. Proponowane rozstrzygnięcie drugiego pytania prejudycjalnego ..... I - 7172

VI — Wnioski ..... I - 7173

I — Wprowadzenie

1. Do Trybunału Sprawiedliwości wracają niczym bumerang niedopuszczone już kilka lat temu pytania prejudycjalne [2]. Grecki sąd, Trimeles Efeteio Athinon (sąd apelacyjny w Atenach) poszukuje odpowiedzi na pewne

2 — Wyrok z dnia 31 maja 2005 r. w sprawie C-53/03 Syfait i in., Zb.Orz. s. I-4609.

zasadnicze pytania dotyczące wspólnotowego prawa konkurencji, związane z nadużywaniem pozycji dominującej, zakazanym w art. 82 WE oraz z importem równoległym produktów leczniczych z Republiki Greckiej do innych państw członkowskich, w których refundacja ceny płaconej za produkty lecznicze wydawane na receptę znacznie przewyższa refundację w Grecji.

2. Powód odrzucenia odesłania prejudycjalnego nie przeszkodził wyznaczonemu w tamtym przypadku rzecznikowi generalnemu w opracowaniu opinii [3], do której strony w zawisłym przed sądem krajowym postępowaniu czynią obszerne odwołania, do tego stopnia, że zamieniły ją niemal w centralny punkt dyskusji.

3. Okoliczność ta budzi mą niechęć, gdyż czuję się niczym jakiś Avellaneda piszący drugą część cudzej powieści, za co mogę zostać zganiony, jak też ganiony był wspomniany autor, choć sytuacja nie jest porównywalna: ja jestem zmuszony napisać tę opinię i spełniam moją powinność zawodową w dobrej wierze i bez krzty urazy, która, jak się wydaje, powodowała plagiatem Avellanedy [4].

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

4. Traktat WE zawiera postanowienia w przedmiocie konkurencji, które mają zasadnicze znaczenie dla funkcjonowania wspólnego rynku. Podczas gdy art. 81 WE zakazuje porozumień między konkurującymi spółkami, art. 82 ust. 1 WE zabrania nadużywania przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na tym rynku lub na znacznej jego części. W ust. 2 podany jest w sposób niewyczerpujący szereg przykładów takiego arbitralnego zachowania.

3 — Opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w ww. sprawie Syfait, ogłoszona w dniu 28 października 2004 r., w której opowiada się on za dopuszczalnością pytań prejudycjalnych.

4 — Pod pseudonimem Alonso Fernández de Avellaneda prawdopodobnie nieznany ksiądz o nazwisku Alonso Fernández Zapata opublikował w 1614 r. *Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha* [drugi tom przemyślnego szlachcica Don Kichota z La Manczy], powodując zrozumiały gniew Cervantesa, który pisząc prawdziwy dalszy ciąg swojej opowieści, zamieścił w nim ataki na tę kiepską imitację. Jakość literacka dzieła uzurpatora dalece odbiega od dzieła, które próbował naśladować, w związku z czym Fernando García Salinero, Introducción crítica sobre la obra y su autor, w: A.F. de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha*, Madrid, Castalia 2005, s. 24, określił je jako „prześmiewczą książkę pozbawioną przemyślności powieści łotrzykowskiej, której powstanie wynikało być może z osobistej urazy" [tłumaczenie własne].

5. W związku ze stanem faktycznym istniejącym w sporze przed sądem krajowym zyskują również znaczenie niektóre regulacje prawa pochodnego; i tak dyrektywa 89/105/EWG [5] określa środki mające na celu harmonizację sposobów ustalania cen produktów leczniczych. Artykuł 2 pkt 1 i 2 stanowi:

„Jeżeli wprowadzenie do obrotu produktów leczniczych jest dozwolone tylko po zatwierdzeniu ceny produktu przez właściwe władze zainteresowanego państwa członkowskiego, wówczas stosuje się następujące przepisy:

1) Państwa członkowskie zapewniają, że decyzja w sprawie ceny, która może być stosowana w stosunku do określonego produktu leczniczego, zostanie podjęta i przekazana wnioskodawcy w terminie 90 dni od daty otrzymania wniosku złożonego, zgodnie z wymogami ustalonymi przez zainteresowane państwo członkowskie, przez posiadacza zezwolenia na wprowadzenie do obrotu. Wnioskodawca dostarcza właściwym organom odpowiednich informacji. […] właściwe władze […] podejmują ostateczną decyzję w terminie 90 dni […]. W przypadku braku decyzji we wskazanym powyżej terminie lub terminach wnioskodawca ma prawo wprowadzenia do obrotu produktu po proponowanej cenie.

2) Jeśli właściwe władze nie zezwolą na wprowadzenie do obrotu produktu leczniczego po cenie zaproponowanej przez wnioskodawcę, wówczas decyzja zawiera uzasadnienie, oparte na obiektywnych kryteriach, możliwych do sprawdzenia. […]”.

6. Choć ratione temporis nie dotyczy on okoliczności faktycznych branych pod uwagę przed sądem krajowym, należy włączyć do debaty, z uwagi na ewentualne skutki pro futuro wyroku, który zostanie przez Trybunał Sprawiedliwości wydany, art. 81 ust. 2 dyrektywy 2001/83/WE [6], która uchyliła dyrektywę 92/25/EWG [7], zgodnie z którym:

„Posiadający pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego oraz dystrybutorzy danego produktu leczniczego wprowadzanego do obrotu w państwie członkowskim, w granicach ich obowiązków, zapewniają właściwe i stałe dostawy danego produktu leczniczego dla aptek oraz dla osób upoważnionych do zaopatrywania w produkty lecznicze w taki sposób, że uwzględnione są potrzeby pacjentów w danym państwie członkowskim”.

7. W art. 81 ust. 3 kładzie się nacisk na to, by uzgodnienia dotyczące wykonania przepisów

5 — Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1988 r. dotycząca przejrzystości środków regulujących ustalanie cen na produkty lecznicze przeznaczone do użytku przez człowieka oraz włączenia ich w zakres krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych (Dz.U. 1989, L 40, s. 8).

6 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.U. L 311, s. 67), w brzmieniu zmienionym dyrektywą 2004/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (Dz.U. L 136, s. 34).

7 — Dyrektywa Rady z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie hurtowej dystrybucji produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.U. L 113, s. 1).

tego artykułu można było uzasadnić powodami związanymi z ochroną zdrowia publicznego oraz by były proporcjonalne w stosunku do celu tej ochrony, „zgodnie z zasadami traktatu, w szczególności z zasadami dotyczącymi swobodnego przepływu towarów i konkurencji".

B — *Uregulowania krajowe*

8. Artykuł 2 ustawy nr 703/1977 o kontroli monopoli i oligopoli oraz o ochronie wolnej konkurencji (zwanej dalej „grecką ustawą o ochronie konkurencji"), odpowiada zasadniczo postanowieniom art. 82 WE.

9. W myśl art. 29 ust. 2 ustawy nr 1316/1983, zmieniającej art. 8 dekretu z mocą ustawy 96/1973, posiadacze zezwolenia na wprowadzenie do obrotu produktów leczniczych muszą regularnie dostarczać na rynek produkowany lub przywożony przez nich produkt.

10. Wreszcie greckie przepisy uzależniają prowadzenie działalności przez hurtowników tych produktów od uzyskania zezwolenia oraz zobowiązania się do zaopatrywania w wystarczającym stopniu danego obszaru geograficznego.

III — Stan faktyczny w postępowaniach przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

11. Przedsiębiorstwo zajmujące się badaniami i wytwarzaniem produktów leczniczych GlaxoSmithKline plc, z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie, rozprowadza i składuje zapasy swoich preparatów w Grecji za pośrednictwem swojej spółki zależnej GSK AEVE (obie spółki zwane dalej wspólnie „GSK"), posiadającej zezwolenie spółki dominującej na prowadzenie ich sprzedaży na terytorium Grecji. Tak więc rozprowadza towary marki Imigran na migrenę, Lamictal na padaczkę i Serevent na astmę, wszystkie wydawane z przepisu lekarza, których patenty posiada GSK.

12. Skarżące w postępowaniach przed sądem krajowym nabywały od lat, jako pośrednicy hurtowi, wspomniane specyfiki w różnych formach, w których one występowały, a następnie zaopatrywały zarówno rynek grecki, jak i rynki innych państw, w szczególności Niemiec i Zjednoczonego Królestwa.

13. Powołując się na niedobór tych trzech produktów leczniczych, i nie biorąc za to w żadnym razie odpowiedzialności, pod koniec października 2000 r. GSK przekształciła swój system dystrybucji w Grecji. Od dnia 6 listopada tego samego roku zaprzestała ona realizacji zamówień skarżących, zaopatrując szpitale i apteki za pośrednictwem spółki Farmacenter AE.

14. Gdy w lutym 2001 r. GSK przywróciła normalny sposób zaopatrzenia, ponownie zaczęła zaopatrywać hurtowników w Imigran, Lamictal i Serevent, aczkolwiek w ograniczonych ilościach, lecz zerwała współpracę z Farmacenter AE. Takie postępowanie GSK wzbudziło złość skarżących, skanalizowaną dwutorowo: na drodze postępowania administracyjnego i cywilnego.

15. Na drodze administracyjnej to GSK rozpoczęła działania poprzez wystąpienie z wnioskiem do Epitropi Antagonismou (greckiej komisji ds. ochrony konkurencji) o negatywną opinię w sprawie zmian jej polityki dystrybucyjnej produktów leczniczych; ze swej strony skarżące w postępowaniach przed sądem krajowym, niektóre greckie stowarzyszenia producentów farmaceutycznych i innych podmiotów prowadzących hurtowe magazyny wniosły o wszczęcie postępowania z racji tych samych okoliczności w celu stwierdzenia popełnienia przez GSK nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 2 greckiej ustawy o ochronie konkurencji oraz art. 82 WE.

16. W decyzji w sprawie środków tymczasowych Epitropi Antagonismou zobowiązała GSK do realizacji zamówień na trzy sporne produkty do czasu wydania ostatecznej decyzji. Jednak ze względu na wątpliwości co do wykładni prawa krajowego w świetle prawa wspólnotowego organ regulacyjny do spraw wolnej konkurencji na rynku greckim zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prejudycjalnymi w przedmiocie wykładni art. 82 WE, które zostały zarejestrowane w sekretariacie Trybunału pod sygnaturą C-53/03.

17. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości nie dotknął meritum sporu, gdyż Trybunał stwierdził brak swojej właściwości w zakresie udzielenia odpowiedzi na pytania organu niebędącego sądem zgodnie z art. 234 WE [8], niemniej Epitropi Antagonismou wydała rozstrzygnięcie w przedmiocie skarg skarżących w dniu 1 września 2006 r., stwierdzając, że: GSK zajmuje pozycję dominującą jedynie w odniesieniu do Lamictalu, ponieważ chorzy na padaczkę mają trudności z przestawieniem się na inne podobne leki; grupa przedsiębiorstw GSK naruszała art. 2 greckiej ustawy o ochronie konkurencji jedynie w okresie trwającym od listopada 2000 r. do lutego 2001 r., ale nie na późniejszym etapie; oraz nie naruszyła art. 82 WE.

18. Ważność decyzji Epitropi Antagonismou została podważona przez skarżących przed Dioikitiko Efeteio Athinon (administracyjnym sądem apelacyjnym w Atenach), przed którym sprawa oczekuje na rozstrzygnięcie.

19. Droga postępowania cywilnego została zapoczątkowana wnioskami obecnych skarżących do Polymeles Protodikeio Athinon (sądu pierwszej instancji w Atenach),

8 — Odchodząc w ten sposób od wyroku z dnia 21 marca 2000 r. w sprawach połączonych od C-110/98 do C-147/98 Gabalfrisa i in., Rec. s. I-1577, który zawsze uznawałem za błędny, i zbliżając się do tezy bronionej przeze mnie od czasu mojej opinii w sprawie De Coster, zakończonej wyrokiem z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-17/00 De Coster, Rec. s. I-9445; na temat stanu tej dyskusji zob. moją opinię z dnia 22 listopada 2007 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt, Zb.Orz. s. I-2339.

przedstawionymi w dniach 30 kwietnia [9] i 30 października 2001 r. [10] oraz 5 marca [11] i 11 listopada 2002 r. [12].

20. Utrzymywały one, że przerwa w dostawach spowodowana przez GSK i sprzedaż za pośrednictwem Farmacenter były czynami nieuczciwej konkurencji i nadużywaniem przewagi przedsiębiorstwa GSK na rynku wspomnianych trzech preparatów. Skarżące wnosiły w żądaniach o kontynuowanie dostaw zgodnie ze średnimi miesięcznymi ilościami udostępnianymi przez GSK między dniem 1 stycznia a 31 października 2000 r., powiększonymi o 20%, a także o odszkodowanie za poniesione szkody i utracone korzyści.

21. Z wyjątkiem żądania odszkodowania za utracone korzyści, które nie zostało dopuszczone, sąd pierwszej instancji w Atenach orzekł w przedmiocie tych wniosków między styczniem a październikiem 2003 r., oddalając je jako bezzasadne, ponieważ uznał, że odmowa dostaw była uzasadniona, a zatem odrzucił zarzut o nadużywanie pozycji dominującej GSK.

22. Skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym odwołały się od tych orzeczeń do Trimeles Efeteio Athinon (sądu apelacyjnego w Atenach), który nie doczekawszy się opinii Trybunału Sprawiedliwości w odniesieniu do pytań zadanych przez Epitropi Antagonismou w ww. sprawie C-53/03 postanowił zawiesić postępowanie apelacyjne i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z identycznymi pytaniami prejudycjalnymi, a mianowicie [13]:

„1) Czy odmowa ze strony zajmującego pozycję dominującą przedsiębiorstwa pełnej realizacji zamówień złożonych przez greckich hurtowników produktów farmaceutycznych, w przypadku gdy zmierza ona do ograniczenia ich działalności eksportowej i zmniejszenia dzięki temu szkody wyrządzonej działalnością w zakresie handlu równoległego, stanowi sama w sobie nadużycie w rozumieniu art. 82 WE? Czy na odpowiedź na to pytanie ma wpływ fakt, iż handel równoległy jest niezwykle dochodowy dla hurtowników dzięki różnicom cen stosowanych w obrębie Unii Europejskiej spowodowanych interwencją ze strony państwa, tj. ze względu na fakt, iż rynek produktów farmaceutycznych nie rządzi się zasadami czystej konkurencji, gdyż charakteryzuje się wysokim stopniem interwencji ze strony państwa? Wreszcie czy zadaniem sądu krajowego jest stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji w jednakowy sposób zarówno do rynków, które funkcjonują w sposób konkurencyjny, jak i do rynków, na których konkurencja jest zakłócana przez interwencje ze strony państwa?

9 — Sprawy C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 i C-478/06.

10 — Sprawa C-473/06.

11 — Sprawa C-477/06.

12 — Sprawy C-469/06 i C-471/06.

13 — Pytania zaczerpnięto ze spraw od C-474/06 do C-478/06, ponieważ w poprzednich sprawach (od C-468/06 do C-473/06) mowa była omyłkowo o „władzach krajowych właściwych w dziedzinie konkurencji" zamiast o „sądzie krajowym", prawdopodobnie z tego względu, że dosłownie przytoczono pytania przekazane Trybunałowi Sprawiedliwości przez Epitroipi Antagonismou, jak podnoszą skarżące w uwagach w sprawach od C-469/06 do C-476/06.

2) Jak należy oceniać ewentualny charakter nadużycia w przypadku, gdyby Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że ograniczenie handlu równoległego z przytoczonych powyżej powodów nie zawsze stanowi nadużycie, gdy jest ono dokonane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą? W szczególności:

2.1) Czy właściwym jest stosowanie kryterium procentowego przekroczenia normalnego spożycia krajowego lub kryterium szkody, jaką ponosi przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w odniesieniu do ogólnego obrotu i ogólnego zysku? W przypadku odpowiedzi twierdzącej, jak należy określić poziom procentowy przekroczenia i wysokość poniesionej szkody — która przekłada się na procent ogólnego obrotu i zysku — powyżej którego rozpatrywane zachowanie staje się nadużyciem?

2.2) Czy należy podążać tokiem rozumowania opartym na wyważaniu interesów i — jeśli tak — jakiego rodzaju interesy należy wziąć pod uwagę? Dokładniej rzecz ujmując:

a) czy ma tu znaczenie fakt, iż pacjent-odbiorca końcowy czerpie ograniczoną korzyść finansową z handlu równoległego?

b) czy i w jakim stopniu należy wziąć pod uwagę interes organów ubezpieczeniowych w zdobywaniu tańszych leków?

2.3) Jakie kryteria i założenia należy uznać za właściwe w niniejszej sprawie?”.

IV — Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

23. Wszystkie postanowienia odsyłające wpłynęły do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości w dniu 21 listopada 2006 r. Zgodnie z art. 43 regulaminu Trybunału Sprawiedliwości prezes, postanowieniem z dnia 29 stycznia 2007 r., połączył sprawy z uwagi na ich wspólny przedmiot.

24. Przedsiębiorstwa Sot. Lelos kai Sia EE (sprawa C-468/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton i in. (sprawy od C-469/06 do C-476/06) oraz Kokkoris D. Tsánas K. EPE i in. (sprawy C-477/06 i C-478/06), skarżące w postępowaniach przed sądem krajowym, a także GSK, rząd polski i Komisja Wspólnot Europejskich przedłożyły uwagi na piśmie w określonym w art. 23 statutu Trybunału terminie.

25. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 29 stycznia 2008 r., stawili się, w celu ustnego przedstawienia stanowisk i udzielenia odpowiedzi na pytania przekazane przez Trybunał Sprawiedliwości, przedstawiciele Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton i in., Kokkoris D. Tsanas K. EPE i in., GSK, Republiki Włoskiej, która nie przedłożyła uwag na piśmie, Rzeczypospolitej Polskiej i Komisji Wspólnot Europejskich.

V — Analiza pytań prejudycjalnych

A — *Zagadnienia wstępne*

1. Zastrzeżenia do sposobu sformułowania pytań

a) Pozycja dominująca

26. Wcześniej wspominałem o decyzji greckiej komisji ds. ochrony konkurencji z dnia 1 września 2006 r., w której stwierdzono nadmierną siłę GSK w odniesieniu do produktu leczniczego Lamictal, lecz nie w stosunku do Imigranu ani Sereventu. Jednak GSK w pkt 5 uwag na piśmie zaprzeczyła tej tezie w oparciu o dwa główne argumenty: brak możliwości działania z pominięciem konkurentów oraz założenie, że rynkiem właściwym nie jest rynek terapeutyczny, lecz rynek wszystkich produktów leczniczych wydawanych obowiązkowo na receptę w Europie.

27. W przedmiocie jasnego podziału zadań sądów krajowych i Trybunału Sprawiedliwości w postępowaniach na podstawie art. 234 WE istnieje wielokrotnie powtarzane orzecznictwo, tak że ocena okoliczności faktycznych sprawy należy do sądu krajowego [14].

28. Z uwagi na to, że badanie pozycji danego przedsiębiorstwa na rynku, z określeniem właściwego rynku, zalicza się do ustalania okoliczności faktycznych, można je jedynie pozostawić w rękach autorów odesłania prejudycjalnego i odrzucić pomysł, by Trybunał Sprawiedliwości orzekał w jakikolwiek sposób na ten temat.

29. Trimeles Efeteio Athinon musi więc rozstrzygnąć, czy spełniona jest przesłanka sine qua non stosowania art. 82 WE, a jeśli odpowiedź będzie przecząca, oddalić skargi apelacyjne, które do niego wpłynęły.

14 — Wyroki: z dnia 15 listopada 1979 r. w sprawie 36/79 Denkavit, Rec. s. 3439, pkt 12; z dnia 5 października 1999 r. w sprawach połączonych C-175/98 i C-177/98 Lirussi i Bizzaro, Rec. s. I-6881, pkt 37; z dnia 22 czerwca 2000 r. w sprawie C-318/98 Fornasar i in., Rec. s. I-4785, pkt 31 i z dnia 21 czerwca 2007 r. w sprawie C-259/05 Omni Metal Service, Zb.Orz. s. I-945, pkt 17.

30. Jednak, ponieważ decyzja Epitropi Antagonismou została zaskarżona na drodze sądowo-administracyjnej w Grecji, aby rozwiać wątpliwości sądu krajowego należałoby wyjść z założenia, że GSK zajmuje pozycję dominującą.

b) „Pełna" realizacja zamówień

31. W piśmie zawierającym uwagi spółka Leleos kai Sia EE, skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym, poddaje krytyce sformułowanie pierwszego pytania prejudycjalnego ze względu na użycie wyrażenia „pełna realizacja zamówień", które wprowadza w błąd, ponieważ przesuwa punkt ciężkości sporu z okoliczności, w jakich spór ten powstał, na płaszczyznę w większym stopniu teoretyczną, na której należałoby orzekać w przedmiocie zasadności jakiegokolwiek zamówienia złożonego GSK, nawet jeśli byłoby ono wygórowane i nadmierne.

32. Inne skarżące, aczkolwiek z mniejszym naciskiem, również odnoszą się do konieczności sprowadzenia sporu do warunków, w jakich on powstał, tak, jak był on rozstrzygany w postępowaniach greckich, ponieważ GSK zmierza do ukazania wniosków greckich hurtowników jako skrajnych i takiego skonstruowania ich twierdzenia, jakby chodziło o realizację jakiegokolwiek zamówienia, bez względu na jego nadmierny charakter.

33. Zgadzam się z przedsiębiorstwami dokonującymi importu równoległego, że istotną kwestią jest skupienie się w sporze na okolicznościach faktycznych, w których on powstał, tj. na dostarczaniu tym przedsiębiorstwom przez GSK spornych produktów leczniczych w średnich ilościach miesięcznych z roku 2000 powiększonych o 20%, jak wynika z postanowienia odsyłającego, gdyż: z jednej strony, w postępowaniu wszczętym na podstawie art. 234 WE sąd krajowy przedstawia stan faktyczny, w który Trybunał Sprawiedliwości nie powinien ingerować; a z drugiej strony, pominięcie tych ram okoliczności faktycznych umniejszyłoby użyteczność odpowiedzi.

2. Przyjęte podejście

34. W celu lepszego zrozumienia właściwe wydaje się skorzystanie z uznanej w orzecznictwie możliwości [15] ponownego sformułowania pytań Trimeles Efeteio Athinon, gdyż w pierwszym z nich pragnie on ustalić, czy brak dostaw od GSK spowodowany chęcią ograniczenia handlu równoległego oznacza nadużywanie pozycji dominującej per se, skoro skierowany jest wyłącznie na wykluczenie swoich konkurentów z rynku dystrybucji hurtowej.

15 — Na przykład w wyrokach: z dnia 23 listopada 1977 r. w sprawie 38/77 Enka, Rec. s. 2203 r.; z dnia 1 kwietnia 1993 r. w sprawie C-250/91 Hewlett-Packard-France, Rec. s. I-1819 i z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 Agorà i Excelsior, Rec. s. I-3605.

35. Jednak dodane w dalszej kolejności pytania dotyczą szeregu warunkujących okoliczności należących do sfery ewentualnego uzasadnienia nadużycia i dlatego bardziej logiczne byłoby przesunięcie ich do drugiego pytania prejudycjalnego, dotyczącego prawidłowych kryteriów oceny braku umiaru w zachowaniu GSK. Ponadto w uwagach na piśmie przedłożonych w tym postępowaniu prejudycjalnym w znacznym stopniu czerpano inspirację z opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie Syfait, również obfitującej w powody objęcia nadużycia wyłączeniem.

36. Ten sposób podejścia do pytań pozwala również zabrać głos na temat dość aktualnego doktrynalnego dylematu, czyli istnienia nadużyć per se, oraz pogłębić refleksję w przedmiocie ich ewentualnego uzasadnienia.

B — *Nadużycia pozycji dominującej per se w art. 82 WE (pierwsze pytanie prejudycjalne)*

37. W sporach w postępowaniach przed sądem krajowym GSK zarzuca się, iż zawiesiła ona sprzedaż Imigramu, Lamictalu i Severentu hurtownikom, powołując się na rzekome niedobory; zarzuca się jej również, że kontynuowała dostawy do tych konkurentów, lecz dostosowując ich wielkość do potrzeb rynku greckiego, w celu uniknięcia tego, by reeksportowano je do innych krajów europejskich, a zwłaszcza do Niemiec i Zjednoczonego Królestwa.

38. Zanim przejdziemy do pytania, czy takie zachowanie zasługuje na miano nadużycia „samego w sobie" (per se), należy pokrótce przeanalizować, jak traktuje się odmowę dostaw w orzecznictwie wspólnotowym, a także wpływ oczywistego zamiaru zablokowania handlu równoległego jako okoliczności obciążającej przy ocenie tego zachowania. Gdy wyjaśni się już kwestię niewiadomej co do istnienia faktu nadużywania, analiza możne skupić się na jego sklasyfikowaniu jako per se.

1. Odmowa dostaw jako nadużycie

a) Orzecznictwo wspólnotowe

39. Nieliczne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości dotyczące takich sytuacji zostały wydane w odniesieniu do stanów faktycznych, których możliwość zastosowania do niniejszego sporu, w którym hurtownicy trzech omawianych produktów leczniczych spotkali się z odmową swojego jedynego dostawcy, przedsiębiorstwa posiadającego patenty oraz swojego wieloletniego konkurenta w sprzedaży tych leków. Jednak warto wspomnieć, ze względu na ich stopień ogólności, niektóre z bardziej znaczących wyroków dotyczących art. 82 WE.

40. W sprawie Commercial Solvents przeciwko Komisji [16] rzeczone przedsiębiorstwo przerwało dostawy aminobutanolu dla włoskiej spółki Zoja, która produkowała etambutol, pochodną tego surowca, a oba przedsiębiorstwa konkurowały ze sobą na rynku. W wyroku stwierdzono, że zaprzestanie dostaw było niezgodne z art. 82 WE, uznając, że pozycja dominująca zajmowana przez Commercial Solvents przy wytwarzaniu tej substancji, umożliwiająca jej sprawowanie kontroli nad zaopatrzeniem producentów substancji pochodnych nie uprawnia jej do eliminowania konkurencji ze strony swoich wcześniejszych klientów z tej tylko przyczyny, że sama rozpoczęła wytwarzanie tych produktów pochodnych [17].

41. Istnieją oczywiste paralelizmy między wyrokiem w sprawie Commercial Solvents i niniejszą sprawą, ponieważ zasadniczo GSK również przerwała zaopatrzenie greckich hurtowników swoich preparatów, dążąc do ustanowienia nowego porządku w zakresie sprzedaży tych trzech spornych produktów leczniczych za pośrednictwem swojego wyłącznego dystrybutora w tym kraju; po około trzech miesiącach wznowiła wysyłki, lecz ograniczając ilości do popytu na rynku krajowym Republiki Greckiej.

42. W sprawie United Brands przeciwko Komisji, dotyczącej bananów „Chiquita" [18] uznano, że United Brands naruszyła prawo konkurencji, przerywając sprzedaż bananów prowadzącemu dojrzewalnię i hurtownię duńskiemu przedsiębiorstwu Olesen za to, że współpracowało ono w kampanii reklamowej jej konkurenta Dole.

43. Trybunał Sprawiedliwości orzekł wówczas, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w zakresie dystrybucji danego produktu nie może wstrzymać dostaw dla dawnego klienta „przestrzegającego handlowych zwyczajów, jeżeli jego zamówienia nie posiadają anormalnego charakteru" [19].

44. Należy zwrócić uwagę na podobieństwa sprawy United Brands z niniejszą sprawą, jeśli chodzi o pozycję dominującą przedsiębiorstwa, a także przestrzeganie zwyczajów kupieckich — czy też dotrzymywanie umów — przez konkurujących hurtowników; natomiast inne problemy w postępowaniach przed sądem krajowym wynikają z oczekiwanego przez skarżących przed Trimeles Efeteio Athinon poziomu zaopatrzenia, w zależności od tego, czy zostanie on zakwalifikowany jako zwykły, czy jako nadmierny. W wyroku w sprawie United Brands nie kwestionowano tego ostatniego punktu, w związku z czym Trybunał Sprawiedliwości uznał, że zamówienia spółki Olesen były w normie. Jednak do osądzenia tego charakteru należy wziąć pod uwagę zakres możliwych uzasadnień odmowy pełnej realizacji dostaw przedsiębiorstw zajmujących się handlem równoległym, a w związku z tym nie należy zagłębiać się w tę kwestię.

16 — Wyrok z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73, Rec. s. 223.

17 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Commercial Solvents, pkt 25 i 26.

18 — Wyrok z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76, Rec. s. 207.

19 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie United Brands, pkt 182.

45. W innych sprawach Trybunał Sprawiedliwości orzekał w przedmiocie takiej odmowy, lecz bądź to w odniesieniu do stanu faktycznego nazbyt odległego od okoliczności niniejszej sprawy, bądź to w bardzo odmiennych ramach prawnych. Jeśli chodzi o pierwszą sytuację, warto wspomnieć wyrok w sprawie CBEM [20], w którym rozszerzono na rynek usług obowiązujący przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą zakaz zastrzegania dla samych siebie lub dla innej spółki należącej do tej samej grupy rynku jakiejś działalności pomocniczej, wykonywanej przez przedsiębiorstwo będące podmiotem trzecim na rynku sąsiednim, lecz odrębnym; do sytuacji drugiej zaliczają się przypadki, w których rozpatrywano dostęp do niezbędnej struktury („essential facility"), jak w wyroku w sprawie Bronner [21] lub dotyczące odmowy udostępnienia licencji na prawa własności intelektualnej lub przemysłowej, jak w wyrokach w sprawach Magill [22] i IMS Health [23], bardzo odległych od wszystkich założeń leżących u podstaw niniejszego odesłania.

46. Podsumowując, z wyroków w sprawach Commercial Solvents i United Brands wynika, że przedsiębiorstwo dominujące unikające zaopatrywania w towary, zwłaszcza gdy brak jest innych alternatywnych produktów, jak ma to miejsce w przypadku Lamictalu, zachowując dla siebie rynek eksportu równoległego, popełnia nadużycie na podstawie art. 82 WE. Pozostaje pytanie, czy wola wyeliminowania handlu równoległego pozwala na uznanie tego nadużycia za nadużycie per se, w rozumieniu wspólnotowego prawa konkurencji.

20 — Wyrok z dnia 3 października 1985 r. w sprawie 311/84, zwany wyrokiem w sprawie „Telemarketing", Rec. s. 3261.

21 — Wyrok z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97, Rec. s. I-7791.

22 — Wyrok z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P RTE i ITP przeciwko Komisji, zwany wyrokiem w sprawie „Magill", Rec. s. I-743.

23 — Wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01, Rec. s. I-5039.

b) Czynnik umyślności jako okoliczność obciążająca

47. Po pierwsze, w orzecznictwie wspólnotowym przyjęto założenie, że pojęcie „nadużywanie" z art. 82 WE jest pojęciem obiektywnym, związanym z działalnością przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą [24], a więc niezależną od wpływu jakiegokolwiek odniesienia do intencji, którymi się kierowały przy tego rodzaju zachowaniu [25]. Nadużycie nie wymaga również winy jako warunku zastosowania art. 82 WE [26].

48. Jednak należy wziąć pod uwagę istotne aspekty wprowadzające niuanse do powyższych stwierdzeń.

49. Z jednej strony nie można całkowicie wykluczyć, że subiektywne czynniki naruszenia mogą często służyć jako wskazówki, iż jest realizowany cel sprzeczny z konkurencją, a nawet, że mogą stanowić nadużycie [27].

24 — Wyroki: z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, Rec. s. 461, pkt 91; z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 Michelin przeciwko Komisji, Rec. s. 3461, pkt 70 i z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86 AKZO przeciwko Komisji, Rec. s. I-3359, pkt 69.

25 — Praktycznie jednogłośny pogląd w doktrynie; H. Schröter, Artikel 82, w: H. Schröter, T. Jacob, W. Mederer, *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, Nomos 2003, s. 905.

26 — Wyrok z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 Europemballage y Continental Can przeciwko Komisji, zwany dalej wyrokiem w sprawie „Continental Can", Rec. s. 215, pkt 25–27.

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

50. Z drugiej strony Trybunał Sprawiedliwości potwierdził opracowaną przez Sąd Pierwszej Instancji tezę, że ze względu na różnicę między art. 81 ust. 1 WE a art. 82 WE, jako że drugie z tych postanowień nie zawiera żadnej wzmianki na temat negatywnego skutku danej praktyki dla konkurencji, w celu wykazania istnienia naruszenia art. 82 WE wystarczy udowodnić, że nacechowane nadużyciem zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą ma ograniczać konkurencję, czy też innymi słowy, że może spowodować taki skutek [28].

51. W związku z tym im bardziej przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą zbliża się do ograniczenia wolnej konkurencji na rynku, tym większej wartości nabiera domniemanie nadużycia. Jest to kluczowy aspekt dla niniejszego sporu. Nawet GSK nie zaprzeczyła swojemu rzeczywistemu staraniu o wyeliminowanie eksportu równoległego przez hurtowników trzech spornych produktów leczniczych z Grecji do innych państw Wspólnoty.

52. Ponieważ w dodatku za pomocą tych ograniczeń wielkości sprzedaży innych dystrybutorów GSK zmniejsza rynek swoich konkurentów, w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. b) WE, stanowi to bardzo silną wskazówkę, iż zachowanie to, a zatem zamiar, który leżał u jego podstaw, narusza akapit pierwszy wspomnianego postanowienia [29].

53. Jest oczywiste, że zamiar GSK jest sprzeczny z celami traktatu, ponieważ wywiera tak poważny wpływ na wolność handlu między państwami członkowskimi, że może zniweczyć realizację jednolitego rynku, w rozumieniu orzecznictwa i art. 3 ust. 1 lit. g) WE, gdyż w sposób bezdyskusyjny rozdziela rynki krajowe i zmienia strukturę konkurencji na wspólnym rynku [30].

54. Reasumując, powyższe rozważania potwierdzają, że GSK popełniła poważne naruszenie traktatu, zasługujące na miano nadużycia per se, ponieważ nie można w nim dostrzec żadnych innych ekonomicznych podstaw poza zlikwidowaniem handlu równoległego swoich konkurentów, greckich hurtowników [31]. Jednakże żywię wątpliwości metodologiczne co do stopniowania oceny zachowań przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą, przez co warto je dogłębnie przeanalizować.

28 — Wyrok z dnia 15 marca 2007 r. w sprawie C-95/04 P British Airways przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-2331, pkt 30 w związku z wyrokami Sądu Pierwszej Instancji: z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-203/01 Michelin przeciwko Komisji, Rec. s. II-4071, pkt 239 i z dnia 17 grudnia 2003 r. w sprawie T-219/99 British Airways plc. przeciwko Komisji, Rec. s. II-5917, pkt 293.

29 — H. Schröter, op.cit., s. 959.

30 — Wyroki: z dnia 31 maja 1979 r. w sprawie 22/78 Hugin przeciwko Komisji, Rec. s. 1869, pkt 17 i z dnia 11 grudnia 1980 r. w sprawie 31/80 L'Oréal, Rec. s. 3775, pkt 27.

31 — Teza ta znajduje pewien odzew w doktrynie; Ch. Koenig, Ch. Engelmann, 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. Uznanie nadużyć per se w ramach art. 82 WE: problem metodologiczny

55. Zanim przystąpię do wyliczenia argumentów przeciw zaakceptowaniu nadużyć per se, należy zająć się ewolucją tego pojęcia w orzecznictwie wspólnotowym.

a) Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

56. Do tej pory Trybunał Sprawiedliwości wskazał na trzy rodzaje praktyk, które, stosowane przez przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą, nieuchronnie prowadziły do nadużycia ich siły rynkowej, najwyraźniej bez możliwości dopuszczenia dowodów przeciwnych w celu ich uzasadnienia.

57. Tak orzeczono w odniesieniu do obowiązków wyłącznego zaopatrywania się, nakładanych na kupujących przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, zarówno jeśli przewidziano je w sposób niezależny, jak i w zamian za udzielenie rabatów [32].

58. Rabaty lojalnościowe stanowią kolejną z owych praktyk najwyraźniej zawsze charakteryzujących się nadużyciem, gdyż w odróżnieniu od rabatów ilościowych, zależnych wyłącznie od wielkości zakupów dokonywanych u zainteresowanego producenta, zmierzają one do uniemożliwienia, poprzez uzyskiwanie korzyści finansowych, zaopatrywania klientów przez pozostałych konkurencyjnych producentów [33].

59. Trzeci rodzaj praktyk uznawanych za nadużycie per se dotyczy drapieżnych cen. Dla Trybunału Sprawiedliwości ceny niższe od średniej kosztów zmiennych (kosztów wahających się w zależności od wyprodukowanych ilości), ze względu na to, że nie mają żadnych podstaw ekonomicznych, dowodzą prostego zamiaru wyeliminowania konkurenta, z którego to powodu uznawane są za ceny stanowiące nadużycie [34]. Natomiast ceny niższe od średniej kosztów całkowitych (zawierających koszty stałe i zmienne), lecz wyższe niż średnia kosztów zmiennych uważa się za ceny stanowiące nadużycie, gdy są częścią planu zmierzającego do wyeliminowania konkurenta [35].

60. Tok rozumowania w tych wyrokach wykluczał jakiekolwiek uniewinnienie

32 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Hoffmann-La Roche, pkt 89.

33 — Wyrok z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73 Suiker Unie i in., Rec. s. 1663 i ww. w pkt 71 wyrok z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie Michelin.

34 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie AKZO, pkt 71 i wyrok z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. s. I-5951, pkt 41.

35 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie AKZO, pkt 72.

przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą [36]. Jednak nowsze orzecznictwo, również z dziedziny rabatów lojalnościowych, nie hołduje idei, żeby koniecznie uznawać je za mające charakter nadużycia. I tak, w odniesieniu do rabatów uzależnionych od realizacji określonych indywidualnie celów sprzedaży w pasażerskim transporcie lotniczym, przyznawanych biurom podróży przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na angielskim rynku lotniczym, Trybunał Sprawiedliwości zezwolił, by przedsiębiorstwo przedstawiło ekonomiczne uzasadnienie swojego systemu zachęt, pociągającego za sobą tłumienie konkurencji [37].

61. Zatem Trybunał Sprawiedliwości dopuszcza obronę ze strony przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą, nawet w dziedzinach, w których wydawało się, że akceptuje możliwe nadużycia per se, w rzeczywistości postępując zgodnie ze swoim klasycznym orzecznictwem, utrwalonym poza sferą tych wyroków, które wprowadziły wspomnianą kategorię zachowań automatycznie stanowiących nadużycie [38]. Lecz poza konkretnymi wskazówkami związanymi z okolicznościami poszczególnych przypadków nie udzielił wytycznych o charakterze ogólnym negujących istnienie możliwych nadużyć per se w zakresie artykułu traktatu dotyczącego nadużywania pozycji dominującej. Należałoby zatem zaproponować kilka takich wytycznych.

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

37 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie British Airways przeciwko Komisji, pkt 69.

38 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Tetra Pak, pkt 37; wyroki: z dnia 15 grudnia 1994 r. w sprawie C-250/92 DLG, Rec. s. I-5641, pkt 52 i z dnia 13 listopada 1975 r. w sprawie 26/75 General Motors przeciwko Komisji, Rec. s. 1367, pkt 20 i 22.

b) Nieodpowiedni charakter nadużyć per se w stosunku do art. 82 WE

62. Artykuł 82 WE nie jest dostosowany do normatywnych wymogów zachowań uważanych za posiadające same w sobie charakter nadużycia, z powodów zarówno prawnych, jak i gospodarczych.

i) Wytyczne natury prawnej

63. W tym miejscu wskazać można na strukturę art. 82 WE, w szczególności w porównaniu ze strukturą poprzedzającego go w traktacie artykułu.

64. Artykuł 81 WE składa się z trzech ustępów ustanawiających odpowiednio zasadę zakazu porozumień i praktyk uzgodnionych, nieważność jako główną konsekwencję braku poszanowania zakazu z ust. 1 oraz możliwość uzyskania wyłączenia, zakładając, że nie uzyskano go za pomocą któregoś z rozporządzeń w sprawie wyłączenia grupowego wydanego zgodnie z art. 83 ust. 2 lit. b) WE w związku z art. 83 ust. 1.

65. Przykłady antykonkurencyjnych karteli wymienione w art. 81 ust. 1 lit. a)–e) WE

przyrównuje się zwyczajowo do naruszeń per se tego postanowienia, w związku z czym nie mieszczą się w wyłączeniach grupowych, o których mowa w ust. 3 [39]. Choć z wielką trudnością, to jednak nie spisuje się ich całkowicie na straty, gdyż zachowują ważność dzięki wyłączeniu indywidualnemu, jeżeli zainteresowani wykażą, że ich porozumienia spełniają wymogi art. 81 ust. 3 WE. W tym zakresie sąd najwyższy Stanów Zjednoczonych opowiedział się ostatnio w swojej doktrynie w przedmiocie narzucania minimalnych cen odsprzedaży („Resale price maintenance") w porozumieniach wertykalnych za poddaniem go zasadzie „rule of reason" [40], odchodząc w ten sposób od swojego utrwalonego rygorystycznego orzecznictwa uznającego tę praktykę za nielegalną per se, ze względu na niezgodność z sekcją 1 Sherman Act od czasu ustanowionego w 1911 r. precedensu [41].

66. W sumie sam ten przepis umożliwia przedsiębiorstwom różne drogi sprzeciwienia się jakiemukolwiek uznaniu klauzul zawartych w porozumieniach jako naruszenia per se. Nie ma to miejsca w przypadku przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą w zakresie przedmiotowym odpowiedniego artykułu traktatu.

67. Przy takim sposobie sformułowania art. 82 WE, w którym nie ma ustępu przewidującego wyłączenie niektórych nadużyć, analiza zachowań wymaga prowadzenia dialektycznej dysputy ze strony podmiotów zajmujących pozycję dominującą na konkretnym rynku z organami do spraw konkurencji, państwowymi lub wspólnotowymi, oraz z poszkodowanymi.

68. Każdy z tych uczestników retorycznego sporu dostarcza dowodów na poparcie swoich twierdzeń, zgodnie z tradycyjną rzymską sentencją „ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat".

69. W takich okolicznościach, jeśli niektóre zachowania rodziłyby zawsze domniemanie nadużycia, przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą zostałyby pozbawione prawa do obrony, ponieważ, jak już wskazałem, struktura art. 82 WE nie dopuszcza żadnych wyłączeń; tak więc gdyby wykazano nadużycie, trzeba by stwierdzić naruszenie, przynajmniej jeśli nie istniałyby wystarczające wskazówki, że nie zostało ono popełnione.

39 — W ten sposób art. 4, dotyczący „czarnych" klauzul rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.U. L 336, s. 21).

40 — Wyrok z dnia 28 czerwca 2007 r. w sprawie Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc (nr 06-480); C. Llorente, La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin, *Gertrude Ryan Law Observatory*, Suplemento número 2: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nr 736, s. 2 i nast.

41 — Wyrok z dnia 3 kwietnia 1911 r. w sprawie Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co. (220 U.S. 373).

70. Ponadto przykłady wymienione w art. 82 akapit drugi lit. a)–d) nie działają jako domniemania prawne, w odróżnieniu od przykładów z art. 81 ust. 1 lit. a)–e) WE. Co najwyżej należałoby je rozumieć jako domniemania iuris tantum, zmniejszające ciężar dowodu dla tych, którzy je podnoszą ze względu na stojącą za nimi logikę gospodarczą [42], lecz nigdy jako zastępujące dialektyczny spór, o którym mówiłem w poprzednich punktach. Podobnie jak praktyki uzgodnione per se z art. 81 WE znajdowały ratunek w ust. 3 tego postanowienia, należy również pozostawić otwartą możliwość pogodzenia określonych praktyk stanowiących nadużycie w ramach art. 82 WE, poprzez ich obiektywne uzasadnienie.

ii) Wytyczne natury ekonomicznej

71. Po pierwsze, zaakceptowanie nadużyć pozycji dominującej per se byłoby wbrew postulatowi konieczności badania każdego przypadku zgodnie z cechami sytuacji gospodarczej i prawnej, w których ono powstało.

72. Po drugie, podejście per se grzeszyłoby, z czysto ekonomicznego punktu widzenia, nadmiernym formalizmem, przeciwko któremu podnosiły się bardzo szanowane głosy na rzecz innego podejścia do art. 82 WE, zwróconego na skutki poszczególnych nadużyć, przy ocenie wagi specyficznych okoliczności za pomocą analizy zasług [43] („rule of reason”) [44].

73. Nadanie pierwszeństwa ideom nacechowanym odgórnymi założeniami i formalizmem w dziedzinie nadużywania pozycji dominującej skrywałoby prawdę, że czasami mogą one przynieść również korzyść konsumentowi [45]. Dzieje się tak, gdy siła jednego z podmiotów zmniejsza konkurencję na właściwym rynku, a jednocześnie, co jest poddawane słusznej krytyce, art. 82 WE nie zawiera żadnej klauzuli, by takie podmioty skutecznie się obroniły przed zarzutem nadużycia, wykazując skuteczność swojego zachowania z gospodarczego punktu widzenia [46].

74. Po trzecie i ostatnie, jeżeli, jak już zostało powiedziane, powszechnie dzieli się sytuacje, w których ma zastosowanie art. 82 WE, na dwie kategorie, szkodliwe dla konsumentów

42 — W przedmiocie domniemań faktycznych E. Paulis, The burden of proof in Article 82 cases, w: B.E. Hawk, *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, Nowy Jork, Juris Publishing, Inc. 2007, s. 470.

43 — [Przypis dotyczy wersji hiszpańskiej].

44 — Sprawozdanie EAGCP [Ekonomicznej Grupy Doradczej ds. Polityki Konkurencji] „An Economic Approach to Article 82”, lipiec 2005, dostępne na stronie http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, s. 5 i 6.

45 — A.P. Jacquemin, The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community, w: R. Greaves (koordynacja), *Competition Law*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth 2003, s. 214, wskazuje na ryzyko związane z zasadą nadużyć per se, również poza obszarem pozycji dominującej.

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

(nadużycia polegające na czerpaniu nadmiernych zysków) i szkodliwe dla aktualnych lub potencjalnych konkurentów (nadużycia w celu wykluczenia konkurencji)[47], tak że jakiekolwiek antykonkurencyjne działanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą może stanowić nadużycie[48], z braku hierarchizacji tych dwóch aspektów art. 82 WE[49] należałoby opowiadać się za obroną przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą w oparciu o osiągnięte wyniki gospodarcze.

75. Jedynie zestawiając pozytywne i negatywne skutki dla użytkownika i pozostałych podmiotów na tym samym rynku, otrzymujemy istotne dane w celu wyciągnięcia właściwych wniosków.

47 — Dokument Komisji Europejskiej ws. konsultacji pt.: „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" zajmuje się jedynie nadużywaniem polegającym na wykluczeniu; jest dostępny na stronie http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Takie postępowanie nie umknęło krytyce: F. Díez Estella, El Discussion Paper de la Comisión Europea: reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado WE?, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nr 242, maj 2006, s. 24.

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

49 — Brak celu, do którego dąży się wyraźnie za pomocą art. 82 WE, został poddany krytyce przez: R. Whish, Rethinking Article 82 CE, *Concurences: revue des droits de la concurrence*, nr 4/2005, s. 18, który przyrównał ten brak idei przewodniej do pozostawienia art. 82 WE „jak łodzi bez wioseł". Natomiast H. Schröter, op.cit., s. 813, z przywołanych wyżej wyroków w sprawach: Hoffmann-La Roche, Michelin i L'Oréal wyciąga wniosek, że postanowienie to ma przede wszystkim wspomagać konkurencję jako instytucję, co stanowi zabezpieczenie pośrednio przynoszące korzyść konkurentom, wspólnikom handlowym przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą i konsumentom.

3. Proponowana odpowiedź na pierwsze pytanie prejudycjalne

76. Zgodnie z powyższym zachowania stanowiące nadużycie per se nie są do pogodzenia z art. 82 WE, w związku z czym na pierwsze pytanie Trimeles Efeteio Athinon nie powinno się udzielać odpowiedzi twierdzącej. Proponuję zatem, by Trybunał Sprawiedliwości stwierdził bez ogródek, że art. 82 WE nie zezwala na przypisywanie przedsiębiorstwom zajmującym pozycję dominującą zachowań, które same w sobie stanowią nadużycie, nawet gdy okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości co do zamiaru lub antykonkurencyjnego skutku.

77. Zgodnie z rozstrzygnięciem pierwszego pytania należy analizować pytanie drugie, dotyczące ewentualnego obiektywnego uzasadnienia takich działań.

C — *Czynniki uzasadniające zachowanie stanowiące w normalnych warunkach nadużycie (drugie pytanie prejudycjalne)*

78. Przede wszystkim pragnę przypomnieć, że, jak już wskazałem, część pierwszego pytania prejudycjalnego może znaleźć

rozstrzygnięcie w odpowiedzi na drugie pytanie, ze względu na jej powiązanie z przyczynami wyłączenia w odniesieniu do praktyk wymienionych w art. 82 WE. W moim przekonaniu sąd krajowy dopytuje się właśnie o kryteria służące do przeciwstawienia się negatywnemu osądowi, któremu został początkowo poddany przedsiębiorca zajmujący pozycję dominującą.

79. Istnieją trzy wytłumaczenia, których przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą mogą użyć, gdy zarzuca się im nadużycie: dotyczące rynku, na którym prowadzą swą działalność [50], słusznej obrony swoich interesów handlowych i dowodu pozytywnego bilansu gospodarczego. Poniżej zajmuję się każdym z nich oddzielnie, cały czas mając na uwadze stan faktyczny podniesiony przed sądem krajowym.

1. Warunki niedoskonałego rynku

80. Spółka GSK upiera się, że krajowe regulacje nie pozwalają jej prowadzić interesów w normalnych warunkach konkurencji. Podnosi dwa aspekty wyjaśniające ograniczenia eksportu równoległego greckich hurtowników: ustalanie maksymalnych cen sprzedaży produktów leczniczych, co stanowi zwykłą praktykę we wszystkich państwach członkowskich, oraz obowiązek składowania wystarczającej ilości produktów leczniczych, by w każdej chwili zaspokoić popyt krajowy.

81. Skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym, rząd polski i Komisja odrzucają tego rodzaju analizę, choć z pewnymi niuansami. Zanim przejdziemy do analizy motywów uzasadnienia, należy naszkicować szczególne zarysy rynku właściwego.

a) Podstawowe cechy rynku

82. Zostało już słusznie wskazane, że europejski rynek farmaceutyczny, rozumiany jako handel i dystrybucja produktów chronionych patentem lub nie, wyróżnia się z powodu niewielkiego stopnia harmonizacji wynikającego z interwencji państwa w dziedzinie cen i publicznych systemów refundacji kosztów produktów leczniczych pacjentom,

50 — W ww. dokumencie ws. konsultacji Komisja (pkt 80) wymaga, by działanie przedsiębiorstwa było niezbędne ze względów bezpieczeństwa lub zdrowia publicznego; taki sposób wyjścia z sytuacji dla przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą wydaje mi się nazbyt ograniczony, proponuję więc możliwość szerszą, lecz powiązaną z rynkiem.

co zmniejsza znaczenie kwoty płaconej przez końcowego konsumenta [51].

83. Wszyscy, którzy przedstawili uwagi w niniejszym postępowaniu w sprawie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zgadzają się co do tego, że wszystkie państwa członkowskie wywierają wpływ na kwoty żądane przez producentów należących do tego sektora od pacjentów, wyznaczając granice kwot zwracanych przez poszczególne instytucje zabezpieczenia społecznego i powstrzymując w ten sposób publiczne wydatki na ochronę zdrowia. Zgadzają się również co do tego, że ceny sprzedaży charakteryzują się ogromnymi rozbieżnościami istniejącymi między państwami członkowskimi. Równolegle z tym systemem finansowania państwowego współistnieje system całkowicie prywatny, w którym przedsiębiorstwa farmaceutyczne wyceniają produkty lecznicze w sposób dowolny; jednakże odnoszę wrażenie, że istnieje pewien rodzaj zgody co do tego, iż ten drugi model stanowi bardzo niewielki procent, choć różny w zależności od kraju.

84. Należy wreszcie zwrócić uwagę na inny charakterystyczny rys tego rynku, a mianowicie liczne patenty przemysłowe na leki. Choć aspekt ten nie jest przejawem sprawowania kontroli przez władze publiczne, jest on ważny, ponieważ podmioty uprawnione z tytułu tych praw własności przemysłowej łatwiej zajmują pozycję dominującą, ze względu na to, że monopole te zwykle stają się prawnymi i czasowymi przeszkodami w dostępie [52].

85. W tych okolicznościach GSK podnosi, że wymogi państw członkowskich w odniesieniu do cen, jak również obowiązek zarządzania zapasami odpowiadającego zapotrzebowaniu krajowemu ograniczają ją do tego stopnia, że w celu naprawy swoich interesów pozostaje jej jedynie utrudnianie greckim hurtownikom prowadzenia eksportu równoległego do państw, w których kwota refundowana za produkt leczniczy znacznie przewyższa kwotę otrzymywaną w Republice Greckiej.

b) Analiza tych powodów uzasadnienia

86. Chociaż orzecznictwo wspólnotowe nie dopuściło żadnego powodu opartego na szczególnych cechach regulacji określonego rynku, myślę, że można wyobrazić sobie sytuacje, w których by tak uczyniono, w zależności od wpływu kontroli rynku sprawowanej przez państwo. GSK podniosła dwa podstawowe czynniki: interwencję w zakresie cen i obowiązek dostaw.

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

52 — J. Pelkmans, op.cit., s. 193.

i) Ustalanie cen przez państwa członkowskie

87. Jeśli chodzi o politykę stosowaną w państwach członkowskich w celu, by instytucje zabezpieczenia społecznego refundowały pacjentom koszty produktów leczniczych, w wyroku w sprawie Merck i Beecham [53] uznano, że narzucanie cen może zakłócać konkurencję między państwami członkowskimi, lecz stwierdzono także, że takie wypaczenie konkurencji spowodowane ingerencją państwa nie uzasadnia wyjątku od zasady swobodnego przepływu towarów [54].

88. Pomimo iż zakaz ustanowiony w art. 28 WE nie może być podnoszony przeciwko przedsiębiorstwom, obowiązek niestawania na przeszkodzie realizacji celów traktatu, a w szczególności swobody wymiany handlowej między państwami członkowskimi, jest od nich egzekwowany za pomocą art. 81 WE i 82 WE, poprzez uznanie niezgodności z traktatem zachowań powodujących sztuczny podział rynków krajowych i zmiany w zakresie konkurencji [55]. Należałoby więc przywołać tu doktrynę Trybunału Sprawiedliwości w przedmiocie swobodnego przepływu towarów, przynajmniej w zakresie dotyczącym podziału rynków krajowych.

89. W każdym razie rygory polityki w zakresie cen łagodzone są poprzez art. 2 pkt 1 i 2 dyrektywy 89/105 [56], obowiązującej w stosunku do wszystkich systemów interwencji państwa [57]. Z pkt 2 jasno wynika, że producenci produktów leczniczych biorą udział w rozmowach z władzami odpowiedzialnymi za ustalanie cen, na których spoczywa obowiązek uzasadnienia za pomocą „obiektywnych, możliwych do sprawdzenia kryteriów" odmowy zezwolenia na sprzedaż produktu leczniczego po cenie proponowanej przez wnioskodawcę. W pkt 1 przewidziano nawet milczącą zgodę, ponieważ w braku wydania decyzji przez państwo członkowskie w terminie dziewięćdziesięciu dni od złożenia wniosku wnioskodawca ma prawo sprzedawania produktu leczniczego.

90. Choć negocjacje mogą być bardzo twarde, to jednak nie należy zapominać o sytuacji przedsiębiorstw farmaceutycznych, zwłaszcza gdy dysponują nowymi patentami, które co do zasady oznaczają poprawę dla chorego leczonego tymi produktami leczniczymi. Ma to ogromne znaczenie, ponieważ państwo członkowskie, zobowiązane do troszczenia się o wysoką jakość opieki zdrowotnej służącą dobru pacjentów nie jest zainteresowane rezygnowaniem z najlepszych dostępnych na rynku środków, o ile zostaną one udostępnione po rozsądnej cenie [58].

53 — Wyrok z dnia 5 grudnia 1996 r. w sprawach połączonych C-267/95 i C-268/95 Merck i Beecham, Rec. s. I-6285, pkt 47.

54 — Ibídem.

55 — Wyrok z dnia 31 maja 1979 r. w sprawie 22/78 Hugin przeciwko Komisji, Rec. s. 1869, pkt 17.

56 — Przytoczonych w pkt 5 niniejszej opinii.

57 — Artykuł 1 pkt 1 dyrektywy 89/105.

58 — Motywy drugi i trzeci dyrektywy 89/105.

91. Zgadzam się z tym, że z czasem przewaga posiadacza patentu farmaceutycznego ulega osłabieniu, zmuszając go do obniżania cen ustalonych wcześniej z władzami do spraw ochrony zdrowia. Jednak zmiana ta nie jest niczym niezwykłym, gdyż uzależniona jest od oferty innych producentów produktów zamiennych i bardziej skutecznych w leczeniu, tak że następuje utrata pozycji zgodnie z postępami badawczymi.

92. Ponadto uzgodniona cena nie może być na takim poziomie, by spowodować prowadzenie przez przedsiębiorstwa z tej branży sprzedaży poniżej ceny kosztów.

93. Podsumowując, choć rynek produktów leczniczych nie działa na zasadach zwykłej konkurencji, system regulacji cen nie jest całkowicie wolny od wpływu producentów, którzy negocjują je z władzami państw członkowskich odpowiedzialnymi za ochronę zdrowia, korzystając z pewnej siły na rynku, na którym z łatwością dostosowują się do zmiennej natury polityki ochrony zdrowia, przynajmniej w dziedzinie produktów leczniczych.

ii) Obowiązek dostaw

94. Drugim czynnikiem organizacji rynku, który zdaniem GSK zakłóca jej normalną działalność w Grecji i stanowi wytłumaczenie ograniczania handlu równoległego, dotyczy obowiązku nieustannego utrzymywania wystarczającego zaopatrzenia rynku greckiego. GSK twierdzi ponadto, że spełnianie tego obowiązku uniemożliwia jej realizację zamówień hurtowników na żądanych warunkach.

95. Zakres takiego obowiązku wymaga pewnych wyjaśnień, ponieważ niektóre ze skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym również uznają się za zobowiązane do zapewnienia dostaw na rynek, co znajduje oparcie w art. 81 ust. 2 dyrektywy 2001/83/WE, przywołanym w pkt 6 niniejszej opinii. Nie można więc dostrzec żadnych powodów, dla których GSK miałaby powoływać się na ten obowiązek na swoją obronę.

96. Bez wątpienia potrzeby pacjentów w danym państwie członkowskim nie ulegają nagłym zmianom, z wyjątkiem wystąpienia epidemii lub pandemii, w związku z czym statystyki dotyczące osób dotkniętych poszczególnymi chorobami są wiarygodne i dają przedsiębiorstwom pewną przewidywalność w celu dostosowania się do rynku.

97. Reasumując, ze względu na powyższe, zapewnienie dostaw nie może posłużyć jako uzasadnienie dla GSK w sytuacji, gdy stosuje ona cięcia w dostawach dla swoich greckich hurtowych konkurentów.

98. W związku z tym, z uwagi na nieuwzględnienie proponowanych przez GSK powodów uzasadnienia, należy odrzucić pogląd, że w niniejszej sprawie mogłyby istnieć obiektywne względy związane z interwencją państwa na rynku, które stanowiłyby wytłumaczenie dla jej zachowania.

2. Ochrona słusznych interesów handlowych

a) Analiza z punktu widzenia orzecznictwa

99. Pobieżna analiza orzecznictwa wskazuje na to, że ten rodzaj obiektywnych uzasadnień jest jedyną kategorią, która się dotychczas wykształciła, a charakterystyczny dla art. 82 WE spór został sprowadzony do dychotomicznego podziału na praktyki stanowiące nadużycie i zachowania służące ochronie słusznych interesów handlowych [59].

100. Odmowa pełnej realizacji zamówień greckich hurtowników oznacza odmowę dostaw, choć jedynie w części, w związku z czym ograniczę się do nielicznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie.

101. W wyroku w sprawie United Brands uznano, że ochrona słusznych interesów handlowych stanowi narzędzie mogące oddalić podejrzenia o nadużycia ze strony przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą, pozwalając im na dokonanie istotnych czynności w celu zapewnienia sobie takiej ochrony, o ile zostanie zachowana nieodzowna proporcjonalność reakcji przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą w stosunku do ataków, którym poddawane są ich interesy [60].

102. Jednak międzynarodowemu bananowemu koncernowi na nic się nie zdało usta-

59 — I. van Bael, J.F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, wyd. 4, Den Haag, Kluwer 2005, s. 907.

60 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie United Brands, pkt 189 i 190.

nowienie takiej zasady, ponieważ w wyroku, właśnie w oparciu o brak proporcjonalności odmowy realizacji zamówień swojego klienta i konkurenta, spółki Olesen, uznano, że nie są spełnione wymogi słusznej ochrony [61].

103. W innej sprawie Trybunał Sprawiedliwości badał odmowę dostaw w okresie niedoborów, podczas kryzysu naftowego [62] w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku i zezwolił spółce BP na stosowanie wobec okazjonalnego kupującego, niderlandzkiej spółki ABG, procentowego zmniejszenia dostawy surowca przewyższającej zamówienia jej stałych klientów, aby ci ostatni nie byli relatywnie bardziej poszkodowani [63].

104. Poza obszarem orzecznictwa wspólnotowego formułowano pewne uzasadnienia z innych zakresów. I tak na przykład Komisja zezwala na to, by producent zajmujący pozycję dominującą dokonywał zmian w stosunkach handlowych, gdy klient zmienia swoją politykę, przystępując do promowania konkurencyjnej marki [64].

105. W doktrynie przewijają się inne rodzaje uzasadnień, jak na przykład uzasadnienie dotyczące nieodpowiedniego wspólnika handlowego, a mianowicie takiego, który znajduje się na skraju bankructwa i stale nie wywiązuje się z umów lub też szkodzi wizerunkowi lub jakości towarów dostawcy [65]. W tych sytuacjach rozsądek podpowiada, by uszanować to, że jakiekolwiek przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie chce przyjmować od niego zamówień.

b) Podnoszone powody

106. Wśród argumentów wysuwanych przez GSK w uwagach przedłożonych Trybunałowi Sprawiedliwości wszystkie argumenty dotyczące spadku wpływów ze względu na utratę części rynku na rzecz hurtowników i jego wpływ na zwrot inwestycji na badania i rozwój (zwane dalej „B+R") można sprowadzić do ochrony słusznych interesów.

107. Zarówno GSK, jak i niektóre opracowania prawnicze wykazują ogromny koszt inwestycji w B+R w celu wypuszczenia nowego produktu leczniczego; dodają, że czas upływający między uzyskaniem patentu na

61 — Punkty 191 i nast. wyroku w sprawie United Brands.

62 — Wyrok z dnia 29 czerwca 1978 r. w sprawie 77/77 BP przeciwko Komisji, Rec. s. 1513, tzw. „sprawa kryzysu naftowego".

63 — Ibídem, pkt 32 i 33.

64 — Decyzja Komisji 87/500/EWG z dnia 29 lipca 1987 r. dotycząca postępowania na mocy art. [82] traktatu WE [IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: środki tymczasowe) (Dz.U. L 286, s. 36), pkt 19].

65 — I. van Bael, J.F. Bellis, op.cit., s. 957.

substancję czynną a dostępnością produktu do celów leczniczych sięga średnio dwunastu lub trzynastu lat, w związku z czym faza, w której sprzedaż przynosi zwrot z inwestycji, ogranicza się do siedmiu–ośmiu lat [66].

108. W tych warunkach, jak argumentują, handel równoległy i produkcja generyków po zakończeniu ochrony zapewnianej przez tytuł własności intelektualnej minimalizują zwrot wydatków na B+R.

109. Nie można dostrzec niezbędnego związku przyczynowego między możliwą szkodą dla inwestycji w B+R i handlem równoległym, ponieważ: po pierwsze, GSK i wspomniani autorzy nie przedstawili żadnych informacji, skąd się bierze odstęp czasu, w trakcie którego patent nie przynosi zysków. Jednak ów tak długi okres oczekiwania wynika z samych wewnętrznych struktur kosztów przedsiębiorstw farmaceutycznych. W każdym razie, oceniając okres, w jakim patent jest opłacalny, jako bardzo krótki, odkrywają, co czuje ktoś, kto cieszy się swoimi prawami przez ograniczony okres czasu. Ośmielę się nawet zgadywać, że istnieje więcej branż, w których dzieje się coś podobnego z tego rodzaju niematerialną własnością.

110. Po drugie, choć logicznie można by sądzić, że jedynie sukces gospodarczy patentu gwarantuje zdobycie kolejnych funduszy na dalsze badania, polityka B+R w branży farmaceutycznej jawi się jako istota wszelkiej działalności. W tej gałęzi gospodarki jedynie nieustanne poszukiwania rewolucyjnych produktów leczniczych wspomagają utrzymanie się na bardzo konkurencyjnym, zglobalizowanym i lukratywnym rynku. Jednak bez dobrze pomyślanej polityki handlowej nawet najbardziej genialnym wynalazkom grozi to, że przejdą niezauważone. Stąd też jakiekolwiek przedsiębiorstwo badawcze musi poszukiwać najbardziej odpowiednich kanałów, aby przekonać konsumenta i dotrzeć do niego.

111. GSK miała prawo opracowania systemu dystrybucji swoich towarów w Europie. Wybrała strategię, której częścią byli greccy hurtownicy, ponieważ uznała, że będzie ona najbardziej użyteczna i zyskowna z ekonomicznego punktu widzenia. Mogła opowiedzieć się za zintegrowanym pionowo systemem dystrybucji swoich produktów

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

leczniczych, jak chciała uczynić w listopadzie 2000 r. Choć wolno jej przekształcić swoje schematy dostaw, z poszanowaniem zwyczajów handlowych, w sprawie w postępowaniu przed sądem krajowym zarzuca się jej, że gorzej traktuje hurtowników z tego powodu, że lepiej wykorzystali panujące na rynku warunki, uniemożliwiając im prowadzenie działalności eksportowej.

112. Po trzecie, jeśli zestawi się dane, których dostarcza wspomniana w pkt 107 niniejszej opinii prawnicza literatura, zgodnie z którymi w latach od 1998 do 2003 udział w rynku podmiotów prowadzących import równoległy zwiększył się z 1,8% do 6,8% [67], odnosi się wrażenie, że prawdziwa rozgrywka toczy się o odzyskanie tych zysków, do których dostęp uzyskali konkurenci wielkich przedsiębiorstw farmaceutycznych.

113. Przy takim podłożu argument zniechęcenia powodowanego utratą wpływów z winy importu równoległego opatentowanych produktów leczniczych wydaje mi się zwodniczy, ponieważ próbuje się nim jedynie uwieść opinię publiczną, wyczuloną na żywotne znaczenie pary wyrazów B+R dla konkurencyjności, zamieniając scenę rywalizacji przedsiębiorstw na scenę polityki wspierania badań, który to sektor Unia Europejska dodała do zakresu swoich zadań od czasu, gdy Jednolity akt europejski włączył do traktatu WE tytuł XVIII „Badania i rozwój technologiczny".

114. W tym zakresie Unia Europejska oferuje sprzyjające warunki dla przedsiębiorstw, zachęcając je do zmniejszania kosztów B+R poprzez wyłączenie grupowe porozumień horyzontalnych tej natury [68], zdaje sobie bowiem sprawę z tego, że współpraca w tej dziedzinie oraz wspólne wykorzystanie wyników promuje postęp techniczny i gospodarczy, zwiększając upowszechnianie know-how; ponadto unika się powielania prac badawczo-rozwojowych, stymulując postęp poprzez wymianę uzupełniającej się know-how; racjonalizuje się wytwarzanie produktów lub stosowanie technologii wynikającej z prac badawczo-rozwojowych [69].

115. W związku z tym, nawet jeśli można by było uzasadnić to zachowanie, należałoby je uznać za nieproporcjonalne, gdyż niszczy

67 — E. Krapf, op.cit., s. 2.

68 — Rozporządzenie Komisji (WE) nr 2659/2000 z dnia 29 listopada 2000 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień o badaniach i rozwoju (Dz.U. L 304, s. 7).

69 — Motyw dziesiąty rozporządzenia nr 2659/2000.

ono konkurencję w zakresie dystrybucji w Europie, eliminując import równoległy pochodzący z Grecji.

3. Pozytywny bilans ekonomiczny

116. Ostatnie wytłumaczenie przedsiębiorstw zajmujących pozycję dominującą dotyczy skuteczności w aspekcie ekonomicznym zachowania hipotetycznie stanowiącego nadużycie („efficiency defence"). Dokument Komisji ws. konsultacji dotyczący stosowania art. 82 WE uwzględnia ją w swoich kierunkach działania [70], odpowiadając na głosy płynące z doktryny, która podnosiła ten brak [71].

117. Z uwag GSK wnoszę, że w tym miejscu należałoby umieścić również jej wywody na temat negatywnych skutków handlu równoległego produktami leczniczymi wydawanymi z przepisu lekarza. Dowodzi, że nie jest to korzystne ani dla pacjentów, ani dla instytucji zabezpieczenia społecznego odpowiadających za refundację kosztów medycznych. Przeciwstawia te dane krociowym zyskom hurtowników ze sprzedaży towarów w krajach, w których cena, którą płacą ubezpieczenia zdrowotne, jest wyższa niż w Grecji, a jednocześnie żal jej ogromnych sum, których sama GSK nie uzyskuje.

118. A jednak poza opisem, jakie to „straszne rzeczy" powoduje handel równoległy, nie wskazuje żadnego pozytywnego aspektu wynikającego z ograniczenia przez siebie dostaw produktów leczniczych do hurtowników, z wyjątkiem odzyskania swoich zysków, co jest bez znaczenia przy ocenie, czy zachowanie ma charakter nadużycia, czy nie, jak słusznie wskazuje rząd polski.

119. Nawet zakładając, że przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą mogą wykazać ekonomiczny zysk płynący z ich nadużyć, GSK nie przedstawiła żadnych danych mogących przechylić szalę na jej korzyść, choć kryteria odnoszące się do dobra pacjenta i obniżania kosztów ochrony zdrowia publicznego zasługują na szczególną uwagę w sporze przed sądem krajowym. Unika się w ten sposób weryfikacji proporcjonalności,

70 — Komisja Europejska, op.cit., pkt 84–91.

71 — P.J. Loewenthal, op.cit., s. 464 i 465.

która jest ostatnim krokiem analizy, gdyby opowiedziano się za jakimś uzasadnieniem.

— dane dotyczące regulacji rynku, które, ze względu na to, że jakakolwiek zmiana do nich znajduje się poza jego zasięgiem, zmuszają je do tego rodzaju zachowania, odrzucając przy tym w niniejszym sporze względy dotyczące ustalania cen produktów leczniczych i obowiązku trzymania zapasów w celu zaopatrywania pacjentów;

4. Proponowane rozstrzygnięcie drugiego pytania prejudycjalnego

— dowody, że kierowało się wyłącznie ochroną słusznych interesów handlowych, do których w niniejszej sprawie nie zalicza się wpływ na zachęty do innowacji;

120. W świetle powyższych rozważań proponuję, by na drugie pytanie prejudycjalne Trybunał Sprawiedliwości udzielił odpowiedzi stwierdzającej, że zmniejszenie przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą zamówień hurtowników do ilości pokrywających zapotrzebowanie rynku krajowego, z zamiarem położenia kresu importowi równoległemu prowadzonemu przez tych hurtowników do innych państw członkowskich, stanowi co do zasady nadużywanie pozycji dominującej zgodnie z art. 82 WE.

— gospodarcze korzyści płynące z zarzucanego zachowania.

121. Jednak podejrzewane o to przedsiębiorstwo może dostarczyć odpowiedni materiał dowodowy w celu obiektywnego uzasadnienia swego zachowania, w szczególności:

122. Po weryfikacji podstaw uzasadnienia nie należy zapominać o sprawdzianie proporcjonalności, czyli sprawdzeniu tego, czy jest ono niezbędne i odpowiednie.

VI — Wnioski

123. W świetle powyższych rozważań, w sposób odmienny niż wspomniana już opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie Syfait, proponuję, by Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na pytania przedstawione przez Trimeles Efeteio Athinon w następujący sposób:

1) Artykuł 82 WE nie zezwala na przypisywanie przedsiębiorstwom zajmującym pozycję dominującą zachowań, które same w sobie stanowią nadużycie, nawet gdy okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości co do zamiaru lub antykonkurencyjnego skutku.

2) Przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą odmawiające pełnej realizacji zamówień hurtowników produktów farmaceutycznych, z zamiarem ograniczenia ich działalności eksportowej i zmniejszenia dzięki temu szkody wyrządzanej działalnością w zakresie handlu równoległego popełnia nadużycie zgodnie z art. 82 WE. Jednak przedsiębiorstwo może dostarczyć istotnych dowodów w celu obiektywnego uzasadnienia swego zachowania, takich jak w szczególności:

   — dane dotyczące regulacji rynku, które ze względu na to, że jakakolwiek zmiana do nich znajduje się poza jego zasięgiem, zmuszają je do tego rodzaju zachowania, odrzucając przy tym w niniejszym sporze względy dotyczące ustalania cen produktów leczniczych i obowiązku trzymania zapasów w celu zaopatrywania pacjentów;

   — dowody, że kierowało się wyłącznie ochroną swoich słusznych interesów handlowych, do których w niniejszej sprawie nie zalicza się wpływ na zachęty do innowacji;

   — gospodarcze korzyści płynące z zarzucanego zachowania.