SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA, predstavljeni 1. aprila 2008 [1]

Stvarno kazalo

I — Uvod ..... I - 7145

II — Pravni okvir ..... I - 7146

A — Pravo Skupnosti ..... I - 7146

B — Nacionalna zakonodaja ..... I - 7148

III — Dejanske okoliščine spora o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje ..... I - 7148

IV — Postopek pred Sodiščem ..... I - 7151

V — Analiza vprašanj za predhodno odločanje ..... I - 7152

A — Uvodni vidiki ..... I - 7152

1. Ugovori zoper oblikovanje vprašanj ..... I - 7152

a) Prevladujoči položaj ..... I - 7152

b) Izpolnitev naročil „v celoti“ ..... I - 7153

2. Pristop ..... I - 7153

B — Zloraba prevladujočega položaja *per se* v členu 82 ES (prvo vprašanje za predhodno odločanje) ..... I - 7154

1. Zavrnitev oskrbe kot dejanje zlorabe ..... I - 7154

a) Sodna praksa Skupnosti ..... I - 7154

b) Namernost kot oteževalna okoliščina ..... I - 7156

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2. Priznanje zlorabe per se na podlagi člena 82 ES: metodološki problem ..... I - 7158

a) Sodna praksa Sodišča ..... I - 7158

b) Neustreznost člena 82 ES za zlorabe *per se* ..... I - 7159

i) Razlogi pravne narave ..... I - 7159

ii) Razlogi gospodarske narave ..... I - 7161

3. Predlog odgovora na prvo vprašanje za predhodno odločanje ..... I - 7162

C — Elementi, ki bi lahko upravičili ravnanje, ki običajno velja za zlorabo (drugo vprašanje za predhodno odločanje) ..... I - 7162

1. Razmere nepopolnega trga ..... I - 7163

a) Temeljne značilnosti trga ..... I - 7163

b) Preučitev razlogov za upravičenje ..... I - 7164

i) Določitev cen s strani držav članic ..... I - 7165

ii) Obveznost oskrbe ..... I - 7166

2. Obramba zakonitih poslovnih interesov ..... I - 7167

a) Preučitev na podlagi sodne prakse ..... I - 7167

b) Navedeni tožbeni razlogi ..... I - 7168

3. Pozitivna gospodarska bilanca ..... I - 7171

4. Predlog odgovora na drugo vprašanje za predhodno odločanje ..... I - 7172

VI — Predlog ..... I - 7173

I – Uvod

1. Sodišču se kot bumerang znova vračajo vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je že pred nekaj leti zavrglo kot nedopustna.[2] Grško sodišče Trimeles Efeteio Athinon (pritožbeno sodišče v Atenah) želi dobiti odgovor na nekatera bistvena vprašanja

2 – Sodba z dne 31. maja 2005 v zadevi Syfait (C-53/03, ZOdl., str. I-4609).

konkurenčnega prava Skupnosti, povezana z zlorabo prevladujočega položaja, ki je prepovedana s členom 82 ES, in vzporednim uvozom zdravil iz Helenske republike v druge države članice, v katerih je povračilo cen, plačanih za zdravila, izdana na zdravniški recept, bistveno višje kot v Grčiji.

2. Razlog za zavrženje predloga za sprejetje predhodne odločbe ni oviral takrat pristojnega generalnega pravobranilca pri pripravi sklepnih predlogov [3], na katere se stranke v sporu, ki teče pred predložitvenim sodiščem, sklicujejo tako obširno, da te postanejo skoraj osrednja tema razprave.

3. Te okoliščine me vznemirjajo, ker se počutim kot Avellaneda, ki piše drugi del romana nekoga drugega, zaradi česar bi si lahko prislužil grajo, kot jo je prejel navedeni avtor, čeprav položaj ni primerljiv: dolžan sem sestaviti te sklepne predloge, in svoje poklicne obveznosti izpolnjujem v dobri veri ter brez trohice zamere, ki je, tako kaže, navdihnila plagiat Avellanede [4].

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

4. Pogodba ES vsebuje določbe s področja konkurence, ki so temeljne za delovanje skupnega trga. Medtem ko so v členu 81 ES prepovedani sporazumi med konkurenčnimi podjetji, je v prvem odstavku člena 82 ES prepovedana zloraba prevladujočega položaja enega ali več podjetij na skupnem trgu ali njegovem znatnem delu. V njegovem drugem odstavku so našteti samo nekateri značilni primeri teh samovoljnih ravnanj.

5. V dejanskem okviru spora o glavni stvari so pomembne tudi nekatere določbe

3 – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi Syfait, predstavljeni 28. oktobra 2004, v katerih zagovarja dopustnost vprašanj za predhodno odločanje.

4 – Pod psevdonimom Alonso Fernández de Avellaneda je verjetno neznani duhovnik z imenom Alonso Fernández Zapata leta 1614 objavil „Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha“, s čimer je sprožil razumljivo jezo Cervantesa, ki je pri pisanju avtentičnega nadaljevanja svoje zgodbe vključil napade zoper to robato posnemanje. Literarna kakovost nezakonito prilaščene različice je bila daleč od različice, ki jo je hotela posnemati, tako da jo je Fernando García Salinero v „Introducción crítica sobre la obra y su autor“ v Alonso Fernández de Avellaneda, El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha, založba Castalia, Madrid, 2005, str. 24, označil za „knjigo neumnosti brez domiselnosti pikaresknega dela, katere stvaritev gre nedvomno pripisati osebni mržnji“.

sekundarne zakonodaje: to velja za Direktivo 89/105/EGS [5], ki vsebuje ukrepe za usklajevanje metod določanja cen zdravil. V členu 2(1) in (2) je določeno:

„Če je promet z zdravili dovoljen šele potem, ko pristojni organi zadevne države članice odobrijo ceno izdelka, veljajo naslednje določbe:

1. Države članice zagotovijo, da se odločitev o ceni, ki jo je mogoče zaračunati za zadevno zdravilo, sprejme in sporoči predlagatelju v 90 dneh od prejema vloge, ki jo je predložil imetnik odobritve za trženje, v skladu z zahtevami, določenimi v zadevni državi članici. Predlagatelj pristojnim organom zagotovi ustrezne podatke. […] [P]ristojni organi […] sprejmejo končno odločitev v 90 dneh […] Če se takšna odločitev ne sprejme v zgoraj navedenem obdobju ali obdobjih, je predlagatelj upravičen do trženja izdelka po predlagani ceni.

2. Če se pristojni organi odločijo, da ne bodo dovolili trženja zadevnega zdravila po ceni, ki jo predlaga predlagatelj, vsebuje odločitev navedbo razlogov, ki temeljijo na objektivnih in preverljivih merilih. […]“

6. Čeprav *ratione temporis* ne vpliva na dejanske okoliščine, ki jih preučuje predložitveno sodišče, je treba ob upoštevanju morebitnih posledic *pro futuro* sodbe, ki jo izreče Sodišče, navesti drugi odstavek člena 81 Direktive 2001/83/ES [6], s katero je bila razveljavljena Direktiva 92/25/EGS [7], v katerem je določeno:

„Imetnik dovoljenja za promet z zdravilom in distributerji omenjenega zdravila, ki je dejansko na trgu v državi članici, v okviru svojih pristojnosti zagotovijo ustrezno in neprekinjeno dobavo tega zdravila farmacevtom in osebam, ki imajo dovoljenje za prodajo zdravil, tako da so pokrite potrebe bolnikov v zadevni državi članici.“

7. V tretjem odstavku člena 81 se vztraja, da morajo biti načini izvajanja tega člena

5 – Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1998 v zvezi s preglednostjo ukrepov, ki urejajo določanje cen zdravil za človeško uporabo in njihovo vključitev v področje nacionalnih sistemov zdravstvenega zavarovanja (UL L 40, str. 8).

6 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. novembra 2001 o zakoniku Skupnosti o zdravilih za uporabo v humani medicini (UL L 311, str. 67), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2004/27/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 (UL L 136, str. 34).

7 – Direktiva Sveta z dne 31. marca 1992 o prometu na debelo z zdravili za ljudi (UL L 113, str. 1).

utemeljeni z varovanjem javnega zdravja, v sorazmerju s ciljem takega varovanja „in v skladu z določbami Pogodbe, zlasti z določbami glede prostega pretoka blaga in konkurence“.

B – *Nacionalna zakonodaja*

8. Člen 2 zakona št. 703/1977 o nadzoru monopolov in oligopolov ter varstvu svobodne konkurence (v nadaljevanju: grški zakon o varstvu konkurence) se v bistvu ujema z določbami člena 82 ES.

9. Na podlagi člena 29(2) zakona št. 1316/1983, s katerim je bil spremenjen člen 8 zakonodajnega odloka 96/1973, je obveznost vsakega imetnika dovoljenja za dajanje farmacevtskih proizvodov v promet, da redno oskrbuje trg z zdravili, ki jih proizvaja ali uvaža.

10. V grški zakonodaji je določeno, da je za dejavnost trgovcev na debelo s farmacevtskimi proizvodi potrebno dovoljenje in da morajo ti zadostno pokrivati potrebe določenega geografskega območja.

III – Dejanske okoliščine spora o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

11. Družba za raziskave in izdelavo farmacevtskih proizvodov GlaxoSmithKline plc s sedežem v Združenem kraljestvu se ukvarja z distribucijo in skladiščenjem svojih preparatov v Grčiji prek svoje podružnice GSK AEVE (v nadaljevanju obe družbi skupaj: GSK), ki ima dovoljenje matične družbe za njihovo trženje na grškem ozemlju. Svoje proizvode tako prodaja pod znamkami Imigran za migreno, Lamictal za epilepsijo in Serevent za astmo, vsi pa se izdajajo samo na podlagi zdravniškega recepta, pri čemer je GSK imetnica patentov.

12. Tožeče stranke v sporih o glavni stvari so več let kot trgovci na debelo kupovale zgoraj navedena zdravila v različnih oblikah in nato z njimi oskrbovale hkrati grški trg in trg v drugih državah, zlasti v Nemčiji in Združenem kraljestvu.

13. GSK, ki se je sklicevala na pomanjkanje zgoraj navedenih treh zdravil, za katero je zavrnila vsakršno odgovornost, je konec oktobra 2000 spremenila svoj distribucijski sistem v Grčiji. Od 6. novembra 2000 ni izpolnjevala naročil tožečih strank, ampak je bolnišnice in lekarne oskrbovala prek družbe Farmacenter AE.

14. Februarja 2001 je GSK znova privzela svoj običajni način oskrbe, tako da je trgovcem na debelo dobavljala, čeprav v omejenih količinah, zdravila Imigran, Lamictal in Serevent, vendar pa je opustila sodelovanje z družbo Farmacenter AE. Ta odločitev družbe GSK je ujezila tožeče stranke, ki so vložile dve tožbi, upravno in civilno.

15. GSK je vložila upravno pravno sredstvo in Epitropi Antagonismou (grško komisijo za konkurenco) zaprosila za negativni izvid v zvezi s spremembami svoje politike distribucije zdravil; tožeče stranke v sporih o glavni stvari, nekatera grška združenja lekarnarjev in drugi trgovci na debelo pa so zahtevali uvedbo preiskave v zvezi z istimi dejanskimi okoliščinami, da bi bila GSK obsojena zaradi zlorabe prevladujočega položaja v smislu člena 2 grškega zakona o varstvu konkurence in člena 82 ES.

16. Epitropi Antagonismou je v odločbi o začasnih ukrepih družbi GSK naložila, naj izpolnjuje naročila treh spornih proizvodov, dokler ne bo sprejeta dokončna odločba. Vendar pa je regulativni organ za svobodno konkurenco na grškem trgu zaradi dvomov o razlagi nacionalnega prava glede na pravila Skupnosti ustavil postopke, ki so mu bili predloženi, in Sodišču predložil vprašanja za predhodno odločanje v zvezi z razlago člena 82 ES, ki so bila v sodnem tajništvu Sodišča vpisana pod številko C-53/03.

17. Sodišče se v sodbi ni izreklo o temelju spora, ker se je razglasilo za nepristojno za odgovor organu, ki ni sodišče v skladu s členom 234 ES[8], vendar pa je Epitropi Antagonismou 1. septembra 2006 odločila o pritožbah tožečih strank, pri čemer je ugotovila, da je GSK imela prevladujoč položaj samo za Lamictal, ker so se epileptični bolniki srečevali s težavami pri prilagajanju drugim podobnim zdravilom; poleg tega je menila, da je skupina podjetji GSK člen 2 grškega zakona o varstvu konkurence kršila samo v obdobju med novembrom 2000 in februarjem 2001, ne pa tudi pozneje, in da ni kršila člena 82 ES.

18. Tožeče stranke so veljavnost odločitve Epitropi Antagonismou izpodbijale pred Dioikitiko Efeteio Athinon (upravno pritožbeno sodišče v Atenah), zadeva pa do danes še ni bila rešena.

19. Tožeče stranke so s tožbami sprožile civilni postopek pred Polymeles Protodikeio Athinon (sodišče prve stopnje

8 – Tako se je oddaljilo od sodbe z dne 21. marca 2000 v zadevi Gabalfrisa in drugi (od C-110/98 do C-147/98, Recueil, str. I-1577), ki sem jo vedno štel za napačno, in se bolj približalo trditvi, ki jo zagovarjam od sklepnih predlogov, ki sem jih predstavil v zadevi De Coster, ki je privedla do sodbe z dne 29. novembra 2001 (C-17/00, Recueil, str. I-9445); v zvezi s stanjem razprave glej moje sklepne predloge z dne 22. novembra 2007 v zadevi Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt (C-393/06, še nerešena zadeva pred Sodiščem).

v Atenah); tožbe so vložile 30. aprila 2001 [9] in 30. oktobra 2001 [10] ter 5. marca 2002 [11] in 11. novembra 2002 [12].

20. Trdile so, da sta prekinitev dobav družbe GSK in trženje družbe Farmacenter dejanji nelojalne konkurence in pomenita zlorabo prevladujočega položaja družbe GSK na trgu zgoraj navedenih treh zdravil. Zahtevale so nadaljevanje oskrbe na podlagi povprečnih mesečnih količin, ki so jih kupovale od družbe GSK med 1. januarjem in 31. oktobrom 2000, povečanih za 20 %, ter nadomestilo za nastalo škodo in izpad prihodka.

21. Sodišče prve stopnje v Atenah je o teh zahtevah, razen o zahtevi za nadomestilo izgubljenega dobišča, ki jo je zavrglo, odločalo med januarjem in oktobrom 2003 ter jih zavrnilo kot neutemeljene, saj je menilo, da je bila zavrnitev oskrbe upravičena in da torej GSK ni zlorabila prevladujočega položaja.

22. Tožeče stranke v nacionalnem postopku so se zoper te odločbe pritožile na Trimeles Efeteio Athinon (tripartitno pritožbeno sodišče v Atenah), in to je po tem, ko je zaman čakalo odgovor Sodišča na vprašanja, ki mu jih je postavila Epitropi Antagonismou v zgoraj navedeni zadevi C-53/03, prekinilo odločanje v pritožbenem postopku in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ista vprašanja, namreč: [13]

„1. Ali zavrnitev podjetja, ki ima prevladujoči položaj, da bi v celoti izpolnilo naročila trgovcev na debelo s farmacevtskimi proizvodi, sama po sebi pomeni zlorabo v smislu člena 82 ES, kadar je namen te zavrnitve omejiti dejavnosti izvoza navedenih trgovcev na debelo in s tem škodo, ki jo povzroča vzporedna trgovina? Ali na odgovor na to vprašanje vpliva dejstvo, da razlike v ceni znotraj Evropske unije, ki so posledica intervencije države ali, drugače rečeno, podreditve trga farmacevtskih proizvodov sistemu, v katerem ni čiste konkurence, ker ga zaznamuje visoka stopnja državnega intervencionizma, povzročajo vzporedno trgovino, ki je še posebej donosna za trgovce na debelo? Nazadnje, ali mora nacionalno sodišče uporabiti Skupnostna pravila o konkurenci enako za trge, ki delujejo po sistemu konkurence, in trge, na katerih je konkurenca izkrivljena zaradi intervencije države?

9 – Zadeve C-468/06, C-407/06, C-472/06, C-475/06, C-476/06 in C-478/06.

10 – Zadeva C-473/06.

11 – Zadeva C-477/06.

12 – Zadevi C-469/06 in C-471/06.

13 – Prepisal bom vprašanja, ki so bila postavljena v zadevah od C-474/06 do C-478/06, ker je bil v vprašanjih predhodnih zadev (C-468/06 in C-473/06) napačno naveden „nacionalni organ na področju konkurence“ namesto „nacionalno sodišče“, nedvomno zato, ker so bila vprašanja, ki jih je Sodišču predložila Epitroipi Antagonismou, prepisana dobesedno, kot navajajo tožeče stranke v stališčih, ki so jih predložile v zadevah od C-469/06 do C-476/06.

2. Kako je treba presojati morebitno naravo zlorabe, če Sodišče meni, da omejevanje vzporedne trgovine iz zgoraj navedenih razlogov ne pomeni vedno zlorabe, kadar ga izvaja prevladujoče podjetje? Zlasti:

2.1. ali sta odstotek prekoračitve običajne nacionalne porabe in/ali odstotek škode, ki jo je podjetje s prevladujočim položajem utrpelo glede na svoj skupni promet in svoj skupni dobiček, primerni merili? Če je odgovor pritrdilen, kako se določita odstotek prekoračitve in odstotek škode – če je zadnji določen kot odstotek prometa in skupnega dobička – nad katerim bo zadevno ravnanje opredeljeno kot zloraba?

2.2. Ali je treba uporabiti uravnoteženje interesov in katerih interesov? Natančneje:

(a) ali na odgovor vpliva dejstvo, da ima bolnik, končni potrošnik, omejeno finančno korist od vzporedne trgovine?

(b) Ali je treba upoštevati interese organov socialne varnosti za cenejša zdravila in koliko?

2.3. Katera druga merila in pristopi bi se lahko v tem primeru šteli za primerne?“

IV – Postopek pred Sodiščem

23. Vsi sklepi o predložitvi vprašanj za predhodno odločanje so bili v sodnem tajništvu Sodišča vpisani 21. novembra 2006. Predsednik se je 29. januarja 2007 v skladu s členom 43 Poslovnika Sodišča odločil, da združi zadeve zaradi medsebojne povezanosti.

24. Podjetja Sot. Lélos kai Sia EE (zadeva C-468/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton in drugi (zadeve od C-469/06 do C-476/06) ter Kokkoris D. Tsánas K. EPE in drugi (zadeve od C-477/06 do C-478/06), ki so tožeče stranke v sporih o glavni stvari, ter družba GSK, poljska vlada in Komisija Evropskih skupnosti so pisna stališča predložili v roku, določenem v členu 23 Statuta Sodišča.

25. Zastopniki podjetij Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton in drugi, Kokkoris D. Tsánas K. EPE in drugi, družbe GSK, Italijanske republike, ki ni predložila pisnih stališč, Republike Poljske in Komisije Evropskih skupnosti so prišli na obravnavo 29. januarja 2008, da bi predstavili svoje ustne trditve in odgovorili na vprašanja Sodišča.

V – Analiza vprašanj za predhodno odločanje

A – *Uvodni vidiki*

1. Ugovori zoper oblikovanje vprašanj

a) Prevladujoči položaj

26. Zgoraj sem navedel odločbo grške komisije za varstvo konkurence z dne 1. septembra 2006, v kateri je odločila, da ima GSK prevladujoči položaj za zdravilo Lamictal, ne pa tudi za zdravili Imigran in Serevent. Vendar pa GSK v točki 5 pisnih stališč izpodbija to ugotovitev, pri čemer se opira na dve glavni utemeljitvi: nezmožnost, da bi delovala brez upoštevanja konkurentov, in dejstvo, da upoštevni trg ni terapevtski trg, ampak trg vseh farmacevtskih proizvodov, ki se v Evropi izdajajo samo na zdravniški recept.

27. Obstaja ustaljena sodna praksa o jasni ločitvi funkcij med nacionalnimi sodnimi organi in Sodiščem v postopkih na podlagi člena 234 ES, tako da mora dejanske okoliščine presoditi nacionalno sodišče. [14]

28. Ker spada preučitev položaja podjetja na konkretnem trgu, natančneje na zadevnem trgu, na področje dejanskih okoliščin, mora Sodišče to preučitev prepustiti avtorju predloga za sprejetje predhodne odločbe in se ne izreči o tem vidiku.

29. Trimeles Efeteio Athinon mora torej preveriti, ali je pogoj *sine qua non* uporabe člena 82 ES izpolnjen, in mora, če je odgovor nikalen, zavreči pritožbe, ki so mu bile predložene.

14 – Sodbe z dne 15. novembra 1979 v zadevi Denkavit Futtermittel (36/79, Recueil, str. 3439, točka 12); z dne 5. oktobra 1999 v zadevi Lirussi in Bizzaro (združeni zadevi C-175/98 in C-177/98, Recueil, str. I-6881, točka 37); z dne 22 junija 2000 v zadevi Fornasar in drugi (C-318/98; Recueil, str. I-4785, točka 31); in z dne 21. junija 2007 v zadevi Omni Metal Service (C-259/05, ZOdl., str. I-945, točka 17).

30. Vendar pa je odločba Epitropi Antagonismou predmet tožbe pred upravnim sodiščem v Grčiji in bi bilo torej treba izhajati iz hipoteze, da je GSK imela prevladujoči položaj, da bi odgovorili na vprašanja predložitvenega sodišča.

33. Strinjam se z mnenjem vzporednih uvoznikov, da se je treba spora lotiti glede na okoliščine, v katerih je nastal, to je dobava družbe GSK zadevnih zdravil tem podjetjem v povprečnih mesečnih količinah za leto 2000, povečanih za 20 %, kot izhaja iz predložitvene odločbe, glede na to, da po eni strani predložitveno sodišče v postopkih, začetih na podlagi člena 234 ES, navaja dejanske okoliščine, v katere se Sodišče ne sme vmešavati, in da bi bil, po drugi strani, odgovor popolnoma nekoristen, če bi se oddaljili od tega dejanskega okvira.

b) Izpolnitev naročil „v celoti“

31. Tožeča družba v sporu o glavni stvari, Leleos kai Sia EE, v pisnih stališčih kritizira formulacijo prvega vprašanja za predhodno odločanje zaradi uporabe izraza „v celoti izpolni naročila“, ki naj bi bil zavajajoč, ker razpravo prenese iz okvira, v katerem je nastala, na bolj teoretično raven, na kateri bi bilo treba presoditi utemeljenost vsakega naročila, poslanega družbi GSK, čeprav bi bilo to pretirano in čezmerno.

32. Druge tožeče stranke navajajo, čeprav manj zagrizeno, tudi potrebo, da se spor vrne v okvir, v katerem je nastal in kot se razvija v grških postopkih, ker naj bi GSK pretiravala z naročili grških trgovcev na debelo in svoje trditve oblikovala tako, kot da bi bilo treba upoštevati katero koli naročilo, ne glede na njegovo pretiranost.

2. Pristop

34. Da bi bolje razumeli to zadevo, se zdi primerno uporabiti pristojnost, priznano v sodni praksi [15], za preoblikovanje vprašanj Trimeles Efeteio Athinon, ker želi to s prvim vprašanjem izvedeti, ali ustavitev oskrbe, ki jo je izvedla družba GSK in ki je utemeljena z namenom, da se omeji vzporedna trgovina, *per se* pomeni zlorabo prevladujočega položaja, če je ta nameravala izključno odstraniti svoje konkurente na trgu distribucije na debelo.

15 – Na primer v sodbah z dne 23. novembra 1977 v zadevi Enka (38/77, Recueil, str. 2203); z dne 1. aprila 1993 v zadevi Hewlett-Packard-France (C-250/91, Recueil, str. I-1819); in z dne 10. maja 2001 v zadevi Agorà in Excelsior (združeni zadevi C-223/99 in C-260/99, Recueil, str. I-3605).

35. Vendar pa se vprašanja, ki jih doda v nadaljevanju, nanašajo na niz dejanskih elementov, ki spadajo na področje morebitnega upravičenja zlorabe, tako da bi bilo bolj logično, da se prenesejo v drugo vprašanje za predhodno odločanje, ki se nanaša na primerna merila za presojo zlorabe v ravnanju družbe GSK. Poleg tega se pisna stališča, predložena v tem postopku za predhodno odločanje, pomembno opirajo na sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi Syfait, v katerih so prav tako obširno preučeni razlogi za oprostitev zlorabe.

36. Ta način obravnave vprašanj omogoča tudi, da se izrečemo o dokaj aktualni doktrinalni razpravi, to je o obstoju zlorab *per se*, in poglobimo razmišljanja o njihovem morebitnem upravičenju.

B – *Zloraba prevladujočega položaja per se v členu 82 ES (prvo vprašanje za predhodno odločanje)*

37. V sporih o glavni stvari se družbi GSK očita, da je prekinila prodajo zdravil Imigram, Lamictal in Severent trgovcem na debelo, pri čemer se je sklicevala na domnevno pomanjkanje; očita se ji tudi, da je še naprej oskrbovala svoje konkurente, vendar je količine prilagodila potrebam grškega trga, da bi preprečila ponoven izvoz proizvodov v druge evropske države, zlasti v Nemčijo in Združeno kraljestvo.

38. Preden preučimo, ali je to ravnanje treba označiti za zlorabo „samo po sebi“ (*per se),* je treba na kratko preučiti obravnavo zavrnitve oskrbe v sodni praksi Skupnosti in tudi vpliv očitnega namena, da se blokira vzporedna trgovina, kot oteževalne okoliščine tega ravnanja. Ko bo neznanka v zvezi s prisotnostjo zlorabe pojasnjena, se lahko analiza osredotoči na njeno označitev *per se*.

1. Zavrnitev oskrbe kot dejanje zlorabe

a) Sodna praksa Skupnosti

39. Redke sodbe Sodišča na tem področju so bile izdane v dejanskih okoliščinah, ki vzbujajo dvom o njihovi uporabi za ta primer, v katerem so se podjetja za trgovino na debelo s tremi zgoraj navedenimi zdravili srečala z zavrnitvijo edinega dobavitelja, družbe, imetnice patentov za izdelavo, ki je od nekdaj njihova konkurentka pri trženju teh izdelkov. Vseeno pa je treba navesti nekatere najpomembnejše sodbe v zvezi s členom 82 ES zaradi njihove splošnosti.

40. V zadevi Commercial Solvents proti Komisiji [16] je zadevno podjetje prekinilo dobavo aminobutanola italijanski družbi Zoja, ki je izdelovala etambutanol, derivat te surovine, pri čemer sta si podjetji konkurirali na trgu. Po mnenju Sodišča je ustavitev dobave v nasprotju s členom 82 ES, saj prevladujoči položaj, ki ga je imelo podjetje Commercial Solvents pri izdelavi te snovi in mu je omogočal nadzor oskrbe proizvajalcev derivatov, temu podjetju ni dovoljeval, da odpravi konkurenco svojih predhodnih strank samo zato, ker je samo začelo izdelovati te derivate. [17]

41. Obstajajo očitne vzporednice med sodbo Commercial Solvents in to zadevo, ker je GSK najprej prekinila dobavo svojih preparatov grškim trgovcem na debelo, da bi reorganizirala svojo prodajo treh spornih zdravil prek svojega izključnega distributerja v državi; po približno treh mesecih je znova začela dobavljati zdravila, vendar je količine omejila na povpraševanje na nacionalnem trgu Helenske republike.

42. V zadevi United Brands proti Komisiji, ki se nanaša na banane „Chiquita“, [18] je Sodišče menilo, da je United Brands kršil pravila o konkurenci, ko je ustavil prodajo banan danskemu podjetju za zorenje/distribucijo Olesen, ker je to sodelovalo v oglaševalski kampanji konkurenta družbe Dole.

43. Sodišče je v zvezi s tem izjavilo, da podjetje, ki ima prevladujoč položaj za distribucijo proizvoda, ne more ustaviti dobave stalni stranki, „ki upošteva poslovne običaje, če naročila te stranke nikakor niso neobičajna“. [19]

44. Poudariti je treba podobnosti zadeve United Brands z obravnavano zadevo, kar zadeva prevladujoči položaj podjetja in upoštevanje poslovnih običajev – ali izvajanje pogodb – konkurenčnih trgovcev na debelo; nasprotno naj bi v sporih o glavni stvari raven oskrbe, ki so jo tožeče stranke zahtevale pred Trimeles Efeteio Athinon, povzročila drugačne težave glede na njeno označitev za običajno ali pretirano. Ta zadnji vidik v sodbi United Brands ni bil obravnavan, Sodišče pa je menilo, da so bila naročila podjetja Olesen običajna. Vendar pa način presoje te lastnosti vključuje preučitev mogočih upravičenj zavrnitve, da se v celoti izpolnijo naročila podjetij, ki poslujejo v vzporedni trgovini, tako da ni treba poglobiti tega vidika.

16 – Sodba z dne 6. marca 1974 (združeni zadevi 6/73 in 7/73, Recueil, str. 223).

17 – Sodba Commercial Solvents, navedena v opombi 16, točki 25 in 26.

18 – Sodba z dne 14. februarja 1978 (27/76, Recueil, str. 207).

19 – Sodba United Brands, navedena v opombi 18, točka 182.

45. Sodišče je v drugih zadevah izrazilo svoje stališče o tej zavrnitvi, vendar v okoliščinah, ki se preveč razlikujejo od okoliščin tega primera, ali v zelo različnem pravnem okviru. V prvem primeru je treba navesti sodbo v zadevi CBEM [20], s katero je bila prepoved za podjetja, ki imajo prevladujoči položaj, da zase ali za drugo družbo iz skupine pridržijo trg pomožne dejavnosti, ki jo izvaja tretje podjetje na podobnem, a vendar ločenem trgu, razširjena na trg storitev; v drugem primeru najdemo zadeve, ki so načele vprašanje dostopa do bistvene strukture („*essential facility*"), kot je sodba v zadevi Bronner [21], ali zadeve v zvezi z zavrnitvijo dodelitve licence za intelektualno ali industrijsko lastnino, kot sta sodbi v zadevah Magill [22] in IMS Health [23], ki se vse zelo razlikujejo od okoliščin, ki so podlaga tega predloga za predhodno odločanje.

46. Skratka, iz sodb Commercial Solvents in United Brands je mogoče sklepati, da prevladujoče podjetje, ki ustavi oskrbo, zlasti če ne obstajajo alternativni proizvodi, kot v primeru zdravila Lamictal, in si pridrži trg vzporednega izvoza, zlorablja položaj v smislu člena 82 ES. Ugotoviti je še treba, ali želja po izločitvi te vzporedne trgovine omogoča, da se ta zloraba označi za zlorabo *per se* v smislu prava Skupnosti o konkurenci.

b) Namernost kot oteževalna okoliščina

47. Sodna praksa Skupnosti je najprej izhajala iz zamisli, da je pojem „zloraba" iz člena 82 ES objektiven pojem, povezan z dejavnostmi podjetij, ki imajo prevladujoči položaj, [24] in torej nanj ne more vplivati nobeno sklicevanje na razloge, zaradi katerih so podjetja ravnala tako. [25] Kot pogoj za uporabo člena 82 ES zloraba tudi ne sme izhajati iz napake. [26]

48. Vseeno pa je treba upoštevati dva pomembna vidika, ki pojasnjujeta zgornje trditve.

49. Po eni strani se ne sme popolnoma izključiti, da so subjektivni elementi kršitve pogosto znak, da si gospodarski subjekt prizadeva doseči cilj, ki je v nasprotju s konkurenco, in da lahko sami pomenijo zlorabo. [27]

20 – Sodba z dne 3. oktobra 1985 (311/84, Recueil, str. 3261), znana kot sodba „Télémarketing".

21 – Sodba z dne 26. novembra 1998 (C-7/97, Recueil, str. I-7791).

22 – Sodba z dne 6. aprila 1995 v zadevi RTE in IPT proti Komisiji (združeni zadevi C-241/91 P in C-242/91 P, Recueil, str. I-743), imenovana sodba „Magill".

23 – Sodba z dne 29. aprila 2004 (C-418/01, Recueil, str. I-5039).

24 – Sodbe z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffmann-La Roche proti Komisiji (85/76, Recueil, str. 461, točka 91); z dne 9. novembra 1983 v zadevi Michelin proti Komisiji (322/81, Recueil, str. 3461, točka 70); in z dne 3. julija 1991 v zadevi AKZO proti Komisiji (C-62/86, Recueil, str. I-3359, točka 69).

25 – Pravni teoretiki so skoraj soglasni glede te zamisli: Schröter, H., „Artikel 82", v Schröter, H./Jacob, T./Mederer, W., Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, založba Nomos, Baden Baden, 2003, str. 905.

26 – Sodba z dne 21. februarja 1973 v zadevi Europemballage in Continental Can proti Komisiji, (6/72, Recueil, str. 215, točke od 25 do 27, v nadaljevanju: sodba Continental Can).

27 – Gleiss, A./Hirsch, M., *Kommentar zum EWG Kartellrecht*, založba Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 3. izd., Heidelberg, 1978, str. 347.

50. Po drugi strani je Sodišče potrdilo trditev, ki jo je razvilo Sodišče prve stopnje, da ob upoštevanju razlike med členom 81(1) ES in členom 82 ES, ki ne vsebuje nikakršnega sklicevanja na protikonkurenčni učinek zadevnega ravnanja, za ugotovitev kršitve člena 82 ES zadostuje dokaz, da je cilj zlorabe prevladujočega podjetja omejiti konkurenco, ali z drugimi besedami, da ima lahko tak učinek. [28]

51. Zato čim bolj ko si podjetje s prevladujočim položajem prizadeva ovirati prosto konkurenco na trgu, tem očitnejša postaja domneva o zlorabi. Obravnavani spor je eden od takih primerov. GSK ni zanikala, da je resnično želela odpraviti vzporedni izvoz treh spornih zdravil iz Grčije v druge države Skupnosti, ki ga opravljajo podjetja za trgovino na debelo.

52. Poleg tega, ker te omejitve količine prodaje drugih distributerjev zmanjšujejo trg njenih konkurentov v smislu člena 82, drugi odstavek, točka (b), ES, obstaja močna domneva, da to ravnanje in torej cilj, na katerem temelji, krši prvi odstavek te določbe. [29]

53. Nobenega dvoma ni, da je namen družbe GSK v nasprotju s cilji Pogodbe, ker tako resno ovira svobodno trgovino med državami članicami, da lahko vpliva na uresničevanje enotnega trga v smislu sodne prakse in člena 3(1)(g) ES, ker nedvomno deli nacionalne trge in spreminja konkurenco na skupnem trgu. [30]

54. Če povzamem, zgornji razmisleki potrjujejo trditev, da je GSK zagrešila resno kršitev Pogodbe, ki bi jo lahko označili za zlorabo *per se*, ker ni mogoče odkriti nobenega drugega gospodarskega razloga za odpravo vzporedne trgovine njenih konkurentov, to je grških trgovcev na debelo. [31] Vseeno imam nekaj metodoloških dvomov o stopnjevanju ravnanja prevladujočih podjetij, in zdi se mi ga primerno podrobno analizirati.

28 – Sodba z dne 15. marca 2007 v zadevi British Airways proti Komisiji (C-95/04 P, ZOdl., str. I-2331, točka 30) v povezavi s sodbama Sodišča prve stopnje z dne 30. septembra 2003 v zadevi Michelin proti Komisiji (T-203/01, Recueil, str. II-4071, točka 239) in z dne 17. decembra 2003 v zadevi British Airways plc. proti Komisiji (T-219/99, Recueil, str. II-5917, točka 293).

29 – Schröter, H., *op. cit.*, str. 959.

30 – Sodbi z dne 31. maja 1979 v zadevi Hugin proti Komisiji (22/78, Recueil, str. 1869, točka 17) in z dne 11. decembra 1980 v zadevi L'Oréal (31/80, Recueil, str. 3775, točka 27).

31 – Ta trditev je naletela na odziv v pravni teoriji: 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., št. 6/2005, str. 341.

2. Priznanje zlorabe *per se* na podlagi člena 82 ES: metodološki problem

55. Preden naštejem utemeljitve zoper sprejetje zlorabe *per se*, je treba preučiti razvoj pojma v sodni praksi Skupnosti.

a) Sodna praksa Sodišča

56. Do danes je Sodišče opredelilo tri vrste ravnanj, ki – če jih izvajajo podjetja s prevladujočim položajem – neizogibno vodijo do zlorabe njihovega položaja na trgu, ne da bi očitno priznalo nasprotni dokaz za upravičenje takšnega ravnanja.

57. Tako se je opredelilo o obveznostih izključne dobave, ki jih kupcem naloži prevladujoča družba, ne glede na to, ali so obveznosti določene brez nadaljnjega ali proti odobritvi popusta. [32]

58. Popusti na zvestobo so drugo od teh ravnanj, ki nedvomno vedno pomenijo zlorabo, glede na to, da je v nasprotju s popusti na količino, vezanimi izključno na količino nakupov, opravljenih pri zadevnih proizvajalcih, njihov cilj z zagotavljanjem finančnih ugodnosti preprečiti oskrbovanje strank pri konkurenčnih proizvajalcih. [33]

59. Tretje tako ravnanje, ki velja za zlorabo *per se*, se nanaša na predatorske cene. Sodišče meni, da cene, ki so nižje od povprečnih variabilnih stroškov (stroškov, ki se spreminjajo glede na proizvedene količine) in so gospodarsko nesmotrne, kažejo čisti namen, izločiti konkurenta, zaradi česar se štejejo za zlorabo. [34] Nasprotno je treba cene, nižje od povprečnih skupnih stroškov (ki vključujejo fiksne in variabilne stroške), a višje od povprečnih variabilnih stroškov, šteti za zlorabo, če so določene na podlagi načrta, katerega cilj je izločiti konkurenta. [35]

60. Sklepanje, uporabljeno v teh sodbah, je izključevalo vsakršno opravičilo prevla-

32 – Sodba Hoffmann-La Roche, navedena v opombi 24, točka 89.

33 – Sodbi z dne 16. decembra 1975 v zadevi Suiker Unie in drugi (združene zadeve od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 in 114/73, Recueil, str. 1663) in Michelin, navedena v opombi 24, točka 71.

34 – Sodba AKZO, navedena v opombi 24, točka 71, in sodba z dne 14. novembra 1996 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji (C-333/94 P, Recueil, str. I-5951, točka 41).

35 – Sodba AKZO, navedena v opombi 24, točka 72.

dujočega podjetja.[36] Vendar pa v nedavni sodni praksi tudi pri popustih na zvestobo ni potrjena zamisel, da jih je nujno treba šteti za zlorabo. V zvezi s popusti, povezanimi z uresničevanjem posameznih prodajnih ciljev v komercialnem potniškem letalstvu, ki jih potovalnim agencijam priznava podjetje s prevladujočim položajem na anglosaškem trgu zračnega prevoza, je Sodišče zadevnemu podjetju dovolilo, da gospodarsko utemelji svoj sistem premij, katerega učinek je bil izrinjenje konkurence.[37]

61. Sodišče torej dopušča nekatera ravnanja prevladujočih podjetij tudi na področjih, na katerih se zdi, da je sprejelo morebitni obstoj zlorabe *per se*, in tako v resnici sledi klasični sodni praksi, ki se je utrdila neodvisno od sodb, s katerimi je bila potrjena zgoraj navedena kategorija ravnanj, ki samodejno pomenijo zlorabo.[38] Vendar pa razen konkretnih navedb, povezanih z okoliščinami vsakega posameznega primera, ni zagotovilo nobenega splošnega merila za izključitev, da morebitne zlorabe *per se* spadajo na področje uporabe člena Pogodbe, ki ureja zlorabo prevladujočega položaja. Zato bi bilo torej treba predstaviti nekatera od teh meril.

36 – Loewenthal, P.-J., „The Defence of ‚Objective Justification' in the Application of Article 82 EC", *World Competition*, št. 28(4), 2005, str. 470.

37 – Sodba British Airways proti Komisiji, navedena v opombi 28.

38 – Sodba Tetra Pak, navedena v opombi 34, točka 37; sodbi z dne 15. decembra 1994 v zadevi DLG (C-250/92, Recueil, str. I-5641, točka 52) in z dne 13. novembra 1975 v zadevi General Motors proti Komisiji (26/75, Recueil, str. 1367, točki 20 in 22).

b) Neustreznost člena 82 ES za zlorabe *per se*

62. Člen 82 ES iz pravnih in ekonomskih razlogov ni prilagojen normativnim zahtevam zlorab *per se*.

i) Razlogi pravne narave

63. Tu je treba navesti strukturo člena 82 ES, zlasti v primerjavi s strukturo predhodnega člena v Pogodbi.

64. Člen 81 ES je sestavljen iz treh odstavkov, v katerih so urejeni načelo prepovedi skrivoma dogovorjenih ravnanj, ničnost kot glavna posledica dejstva, da prepoved iz odstavka 1 ni bila upoštevana, in možnost oprostitve, če ta ni bila dosežena z nobeno uredbo o skupinskih izjemah, sprejeto v skladu s členom 83(2)(b) ES v povezavi z njegovim odstavkom 1.

65. Primeri protikonkurenčnih dogovorov, našteti v točkah od (a) do (e) člena 81(1) ES,

se tradicionalno primerjajo s kršitvami *per se* te določbe, tako da ne spadajo na področje skupinskih izjem iz odstavka 3. [39] Čeprav je to zelo težavno, niso popolnoma prepovedani, kajti mogoče jih je obdržati zaradi posamične izjeme, če zainteresirani dokažejo, da njihovi sporazumi izpolnjujejo pogoje iz člena 81(3) ES. V tem okviru je vrhovno sodišče Združenih držav Amerike nedavno spremenilo sodno prakso o določitvi najnižjih cen pri nadaljnji prodaji („*Resale price maintenance*“) v vertikalnih sporazumih, tako da jo je oprlo na „*rule of reason*“ [40], s čimer se je oddaljilo od strogosti ustaljene sodne prakse, v kateri je bilo to ravnanje od precedenčnega primera iz leta 1911 [41] označeno za nezakonito ravnanje *per se*, ker je kršilo razdelek 1 Sherman Act.

66. Skratka, s to določbo imajo podjetja različne možnosti, da izpodbijajo kakršno koli označitev določb, ki jih vstavijo v svoje pogodbe, za kršitev *per se*. To pa ne velja za prevladujoča podjetja v okviru ustreznega člena Pogodbe.

67. Ob upoštevanju formulacije člena 82 ES, to je brez odstavka, v katerem bi bila določena oprostitev nekaterih zlorab, analiza ravnanj zahteva dialektično razpravo gospodarskih subjektov, ki imajo prevladujoč položaj na določenem trgu, z nacionalnimi ali skupnostnimi organi za konkurenco ter s prizadetimi stranmi.

68. Vsak udeleženec te retorične razprave navede dokaz za svoje trditve v skladu s tradicionalnim latinskim pregovorom *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.

69. Če bi v teh okoliščinah nekatera ravnanja še vedno povzročala pravne domneve o zlorabi, bi bile podjetjem s prevladujočim položajem odvzete pravice do obrambe, ker kot sem navedel, struktura člena 82 ES ne dovoljuje nobene oprostitve; torej, ko je dokazan obstoj zlorabe, je treba razglasiti, da obstaja kršitev, razen če obstajajo zadostni znaki, ki dokazujejo, da kršitev ni bila storjena.

39 – Tako člen 4, ki vsebuje „črni“ seznam, Uredbe Komisije (ES) št. 2790/1999 z dne 22. decembra 1999 o uporabi člena 81(3) Pogodbe za skupine vertikalnih sporazumov in usklajenih ravnanj (UL L 336, str. 21).

40 – Sodba z dne 28. junija 2007 v zadevi Leegin Creative Leather Products, Inc. proti Psks, Inc. (št. 06 480); Llorente, C. La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin“, v *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento n° 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi* št. 736, str. 2 in nasl.)

41 – Sodba z dne 3. aprila 1911 v zadevi Dr. Miles Medical Co. proti John D. Park & Sons Co. (220 U.S. 373).

70. Poleg tega primeri, našteti v točkah od (a) do (d) člena 82 ES, drugi odstavek, niso pravne domneve v nasprotju z domnevami iz člena 81(1), od (a) do (e), ES. Kvečjemu jih je treba razumeti kot domneve *iuris tantum*, ki nalagajo dokazno breme tistim, ki se nanje sklicujejo zaradi gospodarske logike, na kateri temeljijo, [42] vendar nikoli kot zamenjavo za dialektično razpravo, ki sem jo navedel v prejšnjih točkah. Prav tako kot so skrivoma dogovorjena ravnanja *per se* iz člena 81 ES dovoljena na podlagi odstavka 3 te določbe, je treba pustiti odprto možnost, da se na podlagi člena 82 ES ne prepovejo nekatere zlorabe zaradi svoje objektivne utemeljitve.

ii) Razlogi gospodarske narave

71. Prvič, dejstvo, da se priznajo zlorabe prevladujočega položaja *per se*, naj bi kršilo načelo nujnosti preučitve vsakega primera glede na parametre gospodarskih in pravnih okoliščin, v katerih se je zgodil.

72. Drugič, pristop *per se* naj bi s čisto gospodarskega vidika trpel zaradi pretiranega formalizma, zoper katerega so dvignili glas strokovnjaki, zagovorniki drugega pristopa k členu 82 ES, ki je osredotočen na posledice vsake zlorabe, tako da se z razumno analizo [43] („rule of reason“) pretehtajo posebne okoliščine. [44]

73. Dajanje prednosti vnaprej ustvarjenim in formalističnim zamislim na področju zlorab prevladujočega položaja naj bi zakrivalo dejstvo, da se lahko v nekaterih primerih obrnejo tudi v korist potrošnika. [45] To velja, kadar moč enega od gospodarskih subjektov zmanjša konkurenco na referenčnem trgu, ker kot je bilo pravilno kritizirano, člen 82 ES ne vsebuje nobene določbe, na podlagi katere bi se ti gospodarski subjekti lahko uspešno branili zoper očitek zlorabe, tako da bi dokazali učinkovitost svojega ravnanja v gospodarskem smislu. [46]

74. Tretjič in zadnjič, če je, kot je že bilo navedeno, običajno, da se primeri uporabe člena 82 ES razdelijo na dve kategoriji, namreč na zlorabe, ki škodijo potrošnikom

42 – V zvezi z uporabo teh dejanskih domnev glej Paulis, E., „The burden of proof in Article 82 cases“, v Hawk, B. E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, založba Juris Publishing, Inc., New York, 2007, str. 470.

43 – Zadeva samo špansko različico.

44 – Poročilo EAGCP „An Economic Approach to Article 82“ iz julija 2005, na voljo na spletnem naslovu http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies /eagcp_july_21_05.pdf, str. 5 in 6.

45 – Jacquemin, A. P., „The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community“, v Greaves, R. (koordinatorka), *Competition Law*, založba Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Združeno kraljestvo), 2003, str. 214, opozarja na tveganje, ki ga skriva pravilo o zlorabah *per se*, zlasti zunaj prevladujočega položaja.

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

(zlorabe z izkoriščanjem), in zlorabe, ki vplivajo na sedanje ali morebitne konkurente (zlorabe z izključevanjem),[47] tako da lahko vsako protikonkurenčno dejanje prevladujočega podjetja pomeni zlorabo,[48] ker ne obstaja hierarhična razvrstitev teh dveh vidikov člena 82 ES,[49] bi se bilo treba zavzeti za to, da mora biti prevladujoči družbi omogočeno, da se brani na podlagi doseženih gospodarskih rezultatov.

75. Samo s primerjavo pozitivnih in negativnih posledic za uporabnika in druge gospodarske subjekte na istem trgu je mogoče pridobiti potrebne informacije za izpeljavo ustreznih sklepov.

47 – Dokument za razpravo Evropske komisije z naslovom „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" se izključno nanaša na zlorabe z izključevanjem; na voljo je na tem naslovu: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Ta pristop se ni mogel izogniti kritikam: Díez Estella, F., „El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, št. 242, maj 2006, str. 24.

48 – Hildebrand, D., The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, založba Kluwer, Haag, 1998, str. 62.

49 – Neobstoj cilja, zaščito katerega si izrecno prizadeva doseči člen 82 ES, je kritiziral Whish, R., „Rethinking Article 82 CE", v *Concurences: revue des droits de la concurrence*, št. 4/2005, str. 18, ki je ta neobstoj vodilne niti primerjal s tem, da je bil člen 82 ES puščen kot „čoln brez vesel". Po drugi strani pa Schröter, H., *op. cit.*, str. 813, iz zgoraj navedenih sodb Hoffmann La Roche, Michelin in L'Oréal sklepa, da je cilj te določbe predvsem zaščititi konkurenco kot institut, zaščita, ki bi bila posredno v korist konkurentov, poslovnih partnerjev prevladujočega podjetja in potrošnikov.

3. Predlog odgovora na prvo vprašanje za predhodno odločanje

76. V skladu s tem, kar sem navedel zgoraj, zlorabe *per se* niso prilagojene členu 82 ES, tako da na prvo vprašanje Trimeles Efeteio Athinon ni mogoče odgovoriti pritrdilno. Zato Sodišču priporočam, naj brez okolišenja ugotovi, da člen 82 ES ne dovoljuje, da se podjetjem s prevladujočim položajem pripišejo dejanja, ki so zlorabe *per se*, tudi kadar okoliščine primera ne puščajo nobenega dvoma o njihovem namenu in protikonkurenčnem učinku teh dejanj.

77. Glede na rešitev prvega vprašanja je treba preučiti drugo, ki se nanaša na morebitno objektivno utemeljitev teh dejanj.

C – Elementi, ki bi lahko upravičili ravnanje, ki običajno velja za zlorabo (drugo vprašanje za predhodno odločanje)

78. Najprej želim spomniti, da je, kot sem že navedel, del prvega vprašanja za predhodno odločanje v odgovoru na drugo zaradi svoje

povezave z razlogi za oprostitev ravnanj iz člena 82 ES. Po mojem mnenju predložitveno sodišče sprašuje Sodišče ravno o merilih, ki naj bi izravnala negativno sodbo, načeloma izdano o podjetju s prevladujočim položajem.

79. Obstajajo trije razlogi za oprostitev, na katere se lahko podjetja s prevladujočim položajem sklicujejo, kadar se jim očita zloraba: razlogi, ki se nanašajo na trg, na katerem delujejo,[50] obramba svojih zakonitih poslovnih interesov in dokaz o pozitivni gospodarski bilanci. V nadaljevanju jih bom obravnaval ločeno, pri čemer bom vseskozi imel pred očmi dejanske okoliščine, predstavljene predložitvenemu sodišču.

1. Razmere nepopolnega trga

80. Družba GSK je vztrajala, da ji nacionalna zakonodaja preprečuje, svoje dejavnosti razvijati v običajnih konkurenčnih razmerah.

50 – V zgoraj navedenem dokumentu za razpravo Komisija zahteva (odstavek 80), da so dejanja podjetja potrebna zaradi varnostnih razlogov ali razlogov javnega zdravja; menim, da je ta razlog za oprostitev za podjetja s prevladujočim položajem preveč omejen, zato predlagam obširnejšo možnost, ki pa še vedno temelji na trgu.

Sklicuje se na dva vidika, ki pojasnjujeta omejitve vzporednega izvoza grških trgovcev na debelo: določitev najvišjih prodajnih cen zdravil, ki je običajna praksa v vseh državah članicah, in obveznost skladiščenja zadostne količine blaga, da se lahko kadar koli zadovolji nacionalno povpraševanje.

81. Tožeče stranke v sporu o glavni stvari, poljska vlada in Komisija zavračajo to analizo, čeprav z nekaterimi razlikami. Preden se lotim preučitve razlogov za upravičenje, je treba začrtati posebne obrise referenčnega trga.

a) Temeljne značilnosti trga

82. Upravičeno je bilo navedeno, da je za evropski farmacevtski trg, ki se razume kot trg trgovine s proizvodi in distribucije proizvodov, ki so zaščiteni s patentom ali pa ne, značilna omejena stopnja usklajevanja zaradi državne intervencije na področju cen in javnih sistemov povračila stroškov za zdravila bolnika, zaradi česar je znesek,

ki ga plača končni potrošnik, popolnoma nepomemben. [51]

83. Stranke, ki so predložile stališča v tem postopku za predhodno odločanje, se strinjajo, da vse države članice določijo znesek, ki ga proizvajalci v sektorju zahtevajo od bolnikov, s tem da določijo zneske, ki jih povrnejo različni organi socialne varnosti, in tako zajezijo javne zdravstvene izdatke. Strinjajo se tudi, da obstajajo ogromne razlike med prodajnimi cenami v različnih državah članicah. Poleg tega sistema javnega financiranja obstaja še drugi, popolnoma zaseben, v katerem farmacevtske družbe svobodno določajo ceno zdravil; vseeno opažam določeno strinjanje, da ta zadnji model pomeni samo zelo majhen odstotek, čeprav se razlikuje po posameznih državah.

84. Nazadnje je treba poudariti še eno značilnost tega trga, to je številne industrijske patente, vložene za zdravila. Čeprav ta element ne izraža nadzora, ki ga izvajajo javni organi, je pomemben, ker imetniki teh pravic industrijske lastnine lažje dosežejo prevladujoči položaj, ker se ti monopoli običajno vzpostavijo kot pravne in časovne ovire. [52]

85. V teh okoliščinah GSK trdi, da so jo zgornje meje, ki so jih določile države članice na področju cen, in obveznost upravljanja zalog, prilagojenih nacionalnemu povpraševanju, tako omejile, da ji za normaliziranje svojih dejavnosti ni preostalo nič drugega, kot da je postavila ovire za vzporedni izvoz grških trgovcev na debelo v države, v katerih zneski, povrnjeni za zdravila, zelo presegajo zneske, dosežene v Helenski republiki.

b) Preučitev razlogov za upravičenje

86. Čeprav v sodni praksi Skupnosti ni bil priznan noben razlog, ki temelji na posebnostih ureditve nekega trga, menim, da si je mogoče zamisliti primere, v katerih bi to storilo glede na učinek državnega nadzora trga. GSK je navedla dva temeljna dejavnika: intervencijo v zvezi s cenami in obveznost skladiščenja.

51 – Myhre, J. W., „The pharmaceutical sector – Article 81 EC and Article 82 EC – Imperfect tools for an imperfect market?", v Johansson, M./Wahl, N./Bernitz, U. (založniki), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons*, založba Bruylant, Bruselj, 2006, str. 378.

52 – Pelkmans, J., *op. cit.*, str. 193.

i) Določitev cen s strani držav članic

87. V zvezi s politiko, ki jo izvajajo države članice, da organi socialne varnosti povrnejo izdatke za zdravila bolnikov, je Sodišče v sodbi Merck in Beecham [53] priznalo, da lahko nadzor cen izkrivi konkurenco med državami članicami, vendar je to trditev dodatno pojasnilo z dejstvom, da to izkrivljanje konkurence zaradi vmešavanja države ne upravičuje odstopanja od načel prostega pretoka blaga. [54]

88. Čeprav prepovedi iz člena 28 ES ni mogoče uporabiti zoper podjetja, je obveznost, da se ne ovirajo cilji, ki si jih prizadeva doseči Pogodba, zlasti svobodna trgovina med državami članicami, določena s členoma 81 ES in 82 ES, v katerih so za nezdružljiva s Pogodbo razglašena ravnanja, ki povzročijo umetno delitev nacionalnih trgov in izkrivljanja konkurence. [55] Navesti bi bilo torej treba sodno prakso Sodišča pri prostem pretoku blaga, vsaj v zvezi z delitvijo nacionalnih trgov.

89. Vsekakor je strogost cenovne politike relativizirana s členom 2(1) in (2) Direktive 89/105 [56], ki se uporablja za vse vrste državne intervencije. [57] Iz odstavka 2 jasno izhaja, da proizvajalci zdravil sodelujejo v pogovorih z organi, pristojnimi za določitev cen, ki morajo svoje nasprotovanje trženju zdravila po ceni, ki jo predlaga predlagatelj, obrazložiti z „objektivnimi in preverljivimi merili“. V odstavku 1 je predvideno tudi implicitno dovoljenje, ki izhaja iz pozitivnega molka uprave, ker je podjetje, če država članica odločitve ne sprejme v 90 dneh po vložitvi vloge, upravičeno do trženja zdravila.

90. Ne glede na težavnost pogajanj ne smemo pozabiti na položaj farmacevtskih podjetij, zlasti kadar razpolagajo z novimi patenti, ki na splošno pomenijo napredek za bolnika, ki se zdravi s temi zdravili. Ta vidik je zelo pomemben, saj država članica, ki mora skrbeti za kakovost zdravstva v službi bolnika, nima interesa, da bi se odrekla najboljšim sredstvom, ki ji jih ponuja trg, če jih lahko nabavi po razumni ceni. [58]

53 – Sodba z dne 5. decembra 1996 (C-267/95 in C-268/95, Recueil, str. I-6285, točka 47).

54 – Prav tam.

55 – Sodba z dne 31. maja 1979 v zadevi Hugin proti Komisiji, Recueil, str. 1869, točka 17.

56 – Opisana v točki 5 teh sklepnih predlogov.

57 – Člen 1(1) Direktive 85/105.

58 – Druga in tretja uvodna izjava Direktive 89/105.

91. Priznavam, da se s časom korist imetnika farmacevtskega patenta zmanjša, zaradi česar mora znižati cene, ki so mu jih dovolili uporabljati zdravstveni organi. Vendar ta razvoj ni neobičajen, ker je odvisen od ponudbe nadomestnih proizvodov drugih proizvajalcev, ki so učinkovitejši pri zdravljenju in sledijo drug drugemu zaradi napredka v raziskavah.

ii) Obveznost oskrbe

94. Drugi dejavnik ureditve trga, ki naj bi po mnenju družbe GSK oviral njene običajne dejavnosti v Grčiji in upravičeval omejitev vzporedne trgovine, se nanaša na obveznost, da se na grškem trgu stalno vzdržujejo zadostne zaloge. Poleg tega ji po njenih trditvah upoštevanje te obveznosti preprečuje, da bi naročila trgovcev na debelo izpolnjevala v želenih rokih.

92. Poleg tega dogovorjena cena ne sme doseči ravni, ki bi družbe v sektorju pripravile do tega, da bi svoje proizvode prodajale pod lastno ceno.

95. Področje uporabe te obveznosti zahteva nekatera pojasnila, ker nekatere od tožečih strank v sporu o glavni stvari menijo, da so prav tako dolžne oskrbovati trg, kar naj bi izhajalo iz člena 81(2) Direktive 2001/83/ES, navedene v točki 6 teh sklepnih predlogov. Zato ne vidim nobenega razloga, zakaj se GSK navaja to obveznost v svojo obrambo.

93. Skratka, čeprav trg farmacevtskih proizvodov ne deluje v običajnem sistemu konkurence, se sistem uravnavanja cen ne izogne popolnoma vplivu proizvajalcev teh proizvodov, ki se o cenah pogajajo z zdravstvenimi organi držav članic in imajo težo na trgu, na katerem se zlahka prilagodijo spremenljivosti zdravstvene politike, vsaj na področju zdravil.

96. Nobenega dvoma ni, da potrebe bolnikov v zadevni državi članici niso podvržene nenadnim spremembam, razen v primeru epidemij ali pandemij, tako da so statistike o bolnikih, ki trpijo zaradi posameznih bolezni, zanesljive in podjetjem omogočajo predvidljivost, da se lahko prilagodijo trgu.

97. Če povzamem, ob upoštevanju zgoraj navedenega jamčenje oskrbe družbi GSK ne omogoča, da bi upravičila omejitve dobave grškim trgovcem na debelo, ki so njeni konkurenti.

98. Ker sta bila razloga za oprostitev, ki ju je navedla GSK, zavrnjena, je treba zavrniti zamisel, da naj bi v tem primeru obstajali objektivni razlogi v zvezi z državno intervencijo na trgu, ki naj bi upravičevali njeno ravnanje.

2. Obramba zakonitih poslovnih interesov

a) Preučitev na podlagi sodne prakse

99. Kratka analiza sodne prakse kaže, da je ta kategorija objektivnih utemeljitev edina, ki se je do zdaj izkristalizirala, potem ko se je imanentna dialektika člena 82 ES skrčila na dihotomijo med zlorabami in ravnanji, katerih cilj je ohraniti zakonite poslovne interese. [59]

100. Zavrnitev izpolnjevanja naročil grških trgovcev na debelo v celoti je enaka zavrnitvi oskrbe, čeprav delno, tako se bom omejil na redke sodbe Sodišče o tem posebnem vidiku.

101. Sodišče je v sodbi United Brands priznalo, da se lahko zaščita zakonitih poslovnih interesov uporabi kot instrument za odpravo sumov o zlorabi podjetij s prevladujočim položajem, s tem da jim omogoča sprejeti ustrezne ukrepe, da si zagotovijo to zaščito, kolikor je ohranjeno nepogrešljivo načelo sorazmernosti odziva družb s prevladujočim položajem glede na napade, ki so jim izpostavljeni njihovi interesi. [60]

102. Priznanje tega načela pa ni nič koristilo ameriški multinacionalki na trgu banan, kajti

59 – Van Bael, I./Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community*, 4. izd., založba Kluwer, Haag, 2005, str. 907.

60 – Sodba, navedena v opombi 18, točki 189 in 190.

Sodišče je v sodbi ravno na podlagi te nesorazmernosti zavrnitve izpolnjevanja naročil stranke in konkurentke, družbe Olesen, zanikalo obstoj zahtev po zakoniti zaščiti. [61]

103. V drugi zadevi je Sodišče obravnavalo zavrnitev oskrbe ob pomanjkanju, med naftno krizo v sedemdesetih letih preteklega stoletja, [62] in družbi BP dovolilo, da za priložnostnega kupca, nizozemsko zadrugo ABG, uporabi odstotek zmanjšanja dobave surove nafte, višji od odstotka, ki ga uporablja za stalne stranke, da te ne bi utrpele večje relativne škode [63].

104. Nekatera upravičenja so bila navedena na drugih področjih zunaj sodne prakse Skupnosti. Tako je na primer Komisija dovolila, da prevladujoči proizvajalec znova preuči poslovne odnose, kadar stranka spremeni politiko in se posveti promociji konkurenčne znamke. [64]

105. Pravni teoretiki so predvideli druga upravičenja, kot je neustrezen poslovni partner, ki je na pragu stečaja in ki sistematično ne upošteva sklenjenih pogodb ali ki škoduje podobi ali kakovosti blaga dobavitelja. [65] V teh primerih zdrava pamet narekuje, da je treba upoštevati željo vsakega prevladujočega podjetja, da ne izpolni njegovih naročil.

b) Navedeni tožbeni razlogi

106. Od trditev, ki jih je navedla GSK v pisnih stališčih, predloženih Sodišču, vse, ki se nanašajo na upad prihodkov zaradi izgube tržnih deležev v korist trgovcev na debelo in na njegov vpliv na amortizacijo naložb v raziskave in razvoj (v nadaljevanju: R in R), zadevajo obrambo zakonitih interesov.

107. GSK in tudi nekateri pravni avtorji navajajo ogromne stroške naložb v R in R za lansiranje zdravila; dodajajo, da obdobje, ki preteče med pridobitvijo patenta za aktivni

61 – Točka 191 in naslednje sodbe United Brands, navedene v opombi 18.

62 – Sodba z dne 29. junija 1978 v zadevi BP proti Komisiji, 75/77, Recueil, str. 1513, znana pod imenom „zadeva o naftni krizi“.

63 – Prav tam, točki 32 in 33.

64 – Odločba Komisije 87/500/EGS z dne 29. julija 1987 v zvezi s postopkom uporabe člena 86 Pogodbe EGS (IV/32.279 – BBI/Boosey & Hawkes: začasni ukrepi, UL L 286, str. 36, točka 19).

65 – Van Bael, I./Bellis, J.-F., *op. cit.*, str. 957.

princip in njegovo razpoložljivostjo za zdravljenje, povprečno traja 12 ali 13 let, tako da je čas, v katerem trženje ustvarja prihodke, omejen na sedem ali osem let. [66]

108. Pojasnjujejo, da v teh okoliščinah vzporedna trgovina in proizvodnja generičnih zdravil po izteku obdobja zaščite, ki jim jo daje pravica do intelektualne lastnine, zmanjšujeta vračilo izdatkov za R in R.

109. Ne vidim nobene nujne vzročne zveze med morebitno škodo za naložbe v R in R ter vzporedno trgovino, ker, prvič, GSK in navedeni avtorji niso zagotovili informacij o začetku obdobja, v katerem patent ne ustvarja dobička. To tako dolgo obdobje izhaja iz internih stroškovnih struktur farmacevtskih podjetij. Vsekakor, ker menijo, da je obdobje, v katerem je patent donosen, zelo kratko, se doživljajo kot nekdo, ki svoje pravice uživa omejen čas. Upam si celo domnevati, da obstaja več sektorjev, v katerih se s to vrsto nematerialne lastnine dogaja nekaj podobnega.

110. Drugič, čeprav bi bilo logično misliti, da samo gospodarski uspeh patenta zagotavlja prihodke za nadaljevanje raziskav, je politika R in R v farmacevtskem sektorju ključ celotne dejavnosti. V tej gospodarski panogi samo stalne raziskave revolucionarnih zdravil omogočajo preživetje na zelo konkurenčnem, globaliziranem in dobičkonosnem trgu. Vendar pa lahko brez dobro zasnovane poslovne politike tudi najbolj genialne iznajdbe ostanejo neopažene. Vsako podjetje, ki deluje pri raziskavah, mora zato poiskati najugodnejše poti, da pride do potrošnika in ga prepriča.

111. GSK je lahko svobodno uredila distribucijo svojih proizvodov v Evropi. Izbrala je strategijo, ki je upoštevala prisotnost grških trgovcev na debelo, ker je z gospodarskega vidika menila, da je najkoristnejša in najdonosnejša. Lahko bi dala prednost vertikalno integriranemu sistemu distribu-

66 – Krapf, E., Parallelimporte von Arzheimitteln und europäisches Kartellrecht – eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels, založba Shaker, Aquisgrán, 2006, str. 107 in 108.

cije zdravil, kot je to želela storiti novembra 2000. Čeprav je lahko svobodno preoblikovala svoje sisteme oskrbe ob upoštevanju poslovnih običajev, se ji v tem primeru očita, da je škodovala trgovcem na debelo, ker so ti bolje izkoristili tržne razmere, tako da jim je preprečila izvajanje izvoznih dejavnosti.

112. Tretjič, primerjava številk, ki jih navajajo pravni avtorji, navedeni v točki 107 teh sklepnih predlogov, po katerih naj bi se med letoma 1998 in 2003 tržni delež vzporednih uvoznikov povečal z 1,8 % na 6,8 %,[67] daje vtis, da se prava bitka nanaša na izterjavo dobička, ki so ga ustvarili tekmeci velikih farmacevtskih družb.

113. V tem smislu se mi zdi trditev, ki se nanaša na odvračanje, izhajajoče iz izgube prihodkov zaradi vzporednega uvoza patentiranih zdravil, zavajajoča, ker naj bi samo vplivala na javno mnenje, dovzetno zaradi ključnega pomena R in R za konkurenčnost, in s tem prenesla scenarij tekmovalnosti med podjetji na prizorišče politike spodbujanja raziskav, področje, ki ga je Evropska unija dodala med svoje naloge, ko je bil z Enotnim evropskim aktom v Pogodbo ES uveden naslov XVIII, „Raziskave in tehnološki razvoj“.

114. Tako Evropska unija ponuja podjetjem naklonjeno okolje in jih spodbuja k znižanju stroškov za R in R prek skupinskih izjem za tovrstne horizontalne sporazume,[68] zavedajoč se, da sodelovanje na tem področju in skupna uporaba rezultatov na splošno prispevata k tehničnemu in gospodarskemu napredku, tako da izboljšata širjenje znanja med strankami, preprečujeta dvojno delo v raziskavah in razvoju, spodbujata nov napredek z izmenjavo dodatnega znanja ter racionalizirata izdelavo proizvodov ali uporabo postopkov, izhajajočih iz raziskav in razvoja.[69]

115. Zato bi bilo treba ravnanje, čeprav bi ga lahko upravičili, označiti za nesorazmerno, ker

67 – Krapf, E., *op. cit*., str. 2.

68 – Uredba Komisije (ES) št. 2659/2000 z dne 29. novembra 2000 o uporabi člena 81(3) Pogodbe za skupine sporazumov o raziskavah in razvoju (UL L 304, str. 7).

69 – Deseta uvodna izjava Uredbe št. 2659/2000.

odpravlja konkurenco v distribuciji v Evropi, tako da zatira vzporedni uvoz iz Grčije.

3. Pozitivna gospodarska bilanca

116. Zadnje opravičilo prevladujočih podjetij se nanaša na gospodarsko učinkovitost ravnanja, ki naj bi pomenilo zlorabo („efficiency defence"). Z dokumentom za razpravo o uporabi člena 82 ES jo Komisija vključuje na raven njegovega izvajanja [70] in s tem sledi pravnim avtorjem, ki so obžalovali, da ta učinkovitost ni bila upoštevana. [71]

117. Iz stališč družbe GSK sklepam, da bi bilo treba v to rubriko uvrstiti njen zagovor v zvezi z negativnimi posledicami vzporedne trgovine z zdravili, ki se izdajajo samo na zdravniški recept. Trdi, da ta vzporedna trgovina ne koristi niti bolnikom niti organom socialne varnosti, ki zagotavljajo povračilo zdravstvenih stroškov. To dokazuje s sklicevanjem na velike dohodke, ki jih imajo trgovci na debelo od prodaje teh proizvodov v državah, v katerih je cena, plačana za zdravstveno zavarovanje, višja kot v Grčiji, in se pritožuje glede velikih zneskov, ki jih izgublja.

118. Vendar GSK razen opisa „strahot", ki jih povzroča vzporedna trgovina, ne navaja nobenega pozitivnega učinka svoje omejitve dobav zdravil trgovcem na debelo, razen izterjave svojega dobička, okoliščine, ki je, kot pravilno trdi poljska vlada, nepomembna za označitev ravnanja za zlorabo ali njegovo upravičenje.

119. Tudi če trdimo, da imajo podjetja s prevladujočim položajem možnost dokazati gospodarsko utemeljenost svojih zlorab, je treba ugotoviti, da GSK ni navedla nobenega elementa, ki bi lahko tehtnico prevesil v njeno korist, čeprav si merila v zvezi z dobrim počutjem bolnika in znižanjem stroškov za javno zdravje zaslužijo posebno pozornost v sporu o glavni stvari. Tako ni treba preučiti

70 – Evropska komisija, *op. cit.*, odstavki od 84 do 91.

71 – Loewenthal, P.-J., *op. cit*, str. 464 in 465.

dokaza o sorazmernosti ravnanja, kar bi bila zadnja faza analize, če bi sprejeli upravičenost ravnanja družbe GSK.

– elemente o ureditvi trga, ki jih ne more spremeniti in na podlagi katerih je prisiljeno tako ravnati, pri čemer se v tem primeru ni mogoče sklicevati na določitev cen zdravil in obveznost vzdrževanja zalog za oskrbo bolnikov;

4. Predlog odgovora na drugo vprašanje za predhodno odločanje

– dokaz, da je bil njegov edini namen obramba njegovih zakonitih poslovnih interesov, med katerimi v tem primeru ni vpliva na spodbude za inovacije;

120. Glede na zgornje razmisleke Sodišču priporočam, naj na drugo vprašanje za predhodno odločanje odgovori tako, da zmanjšanje naročil trgovcev na debelo, ki ga opravi podjetje s prevladujočim položajem, na raven količin, ki pokrivajo povpraševanje na nacionalnem trgu, z namenom, ustaviti vzporedni uvoz teh trgovcev na debelo v druge države članice, načeloma pomeni zlorabo prevladujočega položaja na podlagi člena 82 ES.

– in gospodarske koristi očitanega ravnanja.

121. Vseeno lahko osumljeno podjetje navede ustrezna dejstva za objektivno utemeljitev svojega vedenja, zlasti:

122. Če bi bilo upravičenje utemeljeno, ne smemo pozabiti na analizo sorazmernosti, to je preučitev nepogrešljivosti in ustreznosti takega ravnanja.

VI – Predlog

123. Glede na zgornje ugotovitve in z odstopanjem od zgoraj navedenih sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi Syfait Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Trimeles Efeteio Athinon, odgovori:

„1. Člen 82 ES ne dovoljuje, da se podjetjem s prevladujočim položajem pripišejo dejanja, ki so sama po sebi zlorabe, tudi kadar okoliščine primera ne puščajo nobenega dvoma o njihovem namenu in protikonkurenčnem učinku teh dejanj.

2. Zavrnitev podjetja, ki ima prevladujoči položaj, da bi v celoti izpolnilo naročila trgovcev na debelo s farmacevtskimi proizvodi, da bi zmanjšalo njihov izvoz in škodo, izhajajočo iz vzporedne trgovine, pomeni zlorabo v smislu člena 82 ES. Vseeno lahko podjetje predloži ustrezne dokaze za objektivno utemeljitev svojega vedenja, zlasti:

   – elemente o ureditvi trga, ki jih ne more spremeniti in na podlagi katerih je prisiljeno tako ravnati, pri čemer se v tem primeru ni mogoče sklicevati na določitev cen zdravil in obveznost vzdrževanja zalog za oskrbo bolnikov;

   – dokaze, da je želelo izključno braniti svoje zakonite poslovne interese, med katerimi v tem primeru ni vpliva na spodbude za inovacije;

   – in gospodarske koristi očitanega ravnanja.“