ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н D. RUIZ-JARABO COLOMER
представено на 1 април 2008 година [1]

Съдържание

I — Въведение ..... I - 7145

II — Правна уредба ..... I - 7146

А — Общностна правна уредба ..... I - 7146

Б — Национална правна уредба ..... I - 7148

III — Фактите по главните производства и преюдициалните въпроси ..... I - 7148

IV — Производството пред Съда ..... I - 7151

V — Анализ на преюдициалните въпроси ..... I - 7152

А — Предварителни аспекти ..... I - 7152

1. Възражения във връзка с формулировката на въпросите ..... I - 7152

а) Господстващото положение ..... I - 7152

б) Изпълнението на поръчките „изцяло“ ..... I - 7153

2. Подход ..... I - 7153

Б — Злоупотреби с господстващо положение per se в член 82 ЕО (първи преюдициален въпрос) ..... I - 7154

1. Отказът за снабдяване като злоупотреба ..... I - 7154

а) Общностна съдебна практика ..... I - 7154

б) Умисълът като отегчаващо обстоятелство ..... I - 7156

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2. Признаването на злоупотреби per se в рамките на член 82 ЕО: методологичен проблем ..... I - 7158

а) Практиката на Съда ..... I - 7158

б) Неприложимост на член 82 ЕО към злоупотребите per se ..... I - 7159

i) Правни съображения ..... I - 7159

ii) Съображения от икономическо естество ..... I - 7161

3. Предложение за отговор на първия преюдициален въпрос ..... I - 7162

B — Обосновките на поведение, което обикновено представлява злоупотреба (втори преюдициален въпрос) ..... I - 7162

1. Условията на един несъвършен пазар ..... I - 7163

а) Основни характеристики на пазара ..... I - 7163

б) Разглеждане на обосноваващите обстоятелства ..... I - 7164

i) Определянето на цените от държавите-членки ..... I - 7165

ii) Задължението за снабдяване ..... I - 7166

2. Защитата на законните търговски интереси ..... I - 7167

а) Преглед на съдебната практика ..... I - 7167

б) Изложените правни основания ..... I - 7168

3. Положителният икономически резултат ..... I - 7171

4. Предложение за отговор на втория преюдициален въпрос ..... I - 7172

VI — Заключение ..... I - 7173

I — Въведение

1. Към Съда като бумеранг се връщат преюдициалните въпроси, които преди няколко години той отхвърли като недопустими [2]. Гръцка юрисдикция, Trimeles Efeteio Athinon (Апелативен съд Атина), търси отговор на някои съществени

2 — Решение от 31 май 2005 г. по дело Syfait и др., C-53/03, Recueil, стр. I-4609.

въпроси от общностното право на конкуренцията, свързани със злоупотребата с господстващо положение, забранена от член 82 ЕО, и с паралелния внос на лекарства от Република Гърция към други държави-членки, където цената, заплащана за лекарствата, които се отпускат по лекарско предписание, се възстановява в значително по-голям размер, отколкото в Гърция.

2. Причината за отхвърлянето на преюдициалното запитване не възпира определения по случая генерален адвокат да изготви заключение [3], на което страните в производството пред препращащия съд се позовават многократно, така че почти го превръщат в център на обсъжданията.

3. Това положение ме тревожи, тъй като се чувствам като Avellaneda, който пише втората част на чужд роман, а това би могло да ми навлече упреци като получените от споменатия автор, макар положението да не е съпоставимо — аз съм длъжен да напиша настоящото заключение и изпълнявам професионалните си задължения добросъвестно и без следа от озлобление, каквото, както изглежда, е вдъхновило плагиатството на Avellaneda [4].

II — Правна уредба

A — *Общностна правна уредба*

4. Договорът за ЕО съдържа две разпоредби относно конкуренцията, които са от основно значение за функционирането на общия пазар. Докато член 81 ЕО забранява съгласуваните практики между конкурентни предприятия, член 82 ЕО, първа алинея забранява злоупотребата от страна на едно или повече предприятия с господстващо положение на този пазар или в съществена част от него. Във втора алинея се съдържа неизчерпателно изброяване на поредица от типични за това своеволно поведение примери.

3 — Заключение на генералния адвокат Jacobs по посоченото дело Syfait и др., представено на 28 октомври 2004 г., в което се произнася в полза на допустимостта на преюдициалните въпроси.

4 — Под псевдонима Alonso Fernández de Avellaneda най-вероятно неизвестният духовник на име Alonso Fernández Zapata публикува през 1614 г. „Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha“, като разбираемо предизвиква гнева на Сервантес, който, пишейки автентичното продължение на своя разказ, напада грубата имитация. Литературното качество на присвоеното произведение е далеч от това на произведението, което то се стреми да копира, поради което Fernando García Salinero в „Introducción crítica sobre la obra y su autor“, в Alonso Fernández de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha,* Ed. Castalia, Madrid, 2005, p. 24, го определя като „книга с шеги, лишени от находчивостта на романа пикареска, създадена вероятно по причини, свързани с лично озлобление“.

5. Във фактическия контекст на главното производство от значение са и някои норми от вторичното право, като Директива 89/105/ЕИО [5], която предвижда мерки, целящи хармонизиране на методите за определяне на цените на лекарствата. В член 2, точки 1 и 2 от нея се уточнява:

„Ако продажбата на даден лекарствен продукт е била разрешена едва след одобрение на цената на продукта от компетентните органи на въпросната държава-членка, се прилагат следните разпоредби:

1) Държавите-членки осигуряват приемането на решение за цената, която може да бъде начислявана за съответния лекарствен продукт, като решението се съобщава на заявителя в срок от 90 дни от получаване на подаденото заявление, съгласно определените в съответната държава-членка изисквания. Заявителят предоставя на компетентните органи адекватна информация. […] компетентните органи […] вземат окончателно решение в рамките на 90 дни […]. При липса на такова решение в рамките на горепосочения период или периоди, заявителят има право да продава продукта на предложената цена.

2) Ако компетентните органи вземат решение да не разрешат продажбата на въпросния лечебен продукт на предложената от заявителя цена, в решението се посочват мотивите, въз основа на обективни и проверими критерии. […]“

6. Въпреки че не засяга ratione temporis разглежданите от препращащата юрисдикция факти, с оглед на евентуалното отражение за в бъдеще на решението, което Съдът ще постанови, трябва да се спомене член 81, втора алинея от Директива 2001/83/ЕО [6], отменяща Директива 92/25/ЕИО [7], която гласи следното:

„Титулярът на разрешение за търговия с лекарствен продукт и разпространителите на въпросния лекарствен продукт, който в действителност е пуснат на пазара на държава-членка, осигуряват, в рамките на своите задължения, съответните редовни доставки на този лекарствен продукт за аптеките и лицата, на които е разрешено да доставят лекарствени продукти, така че се задоволяват потребностите на пациенти в заинтересованата държава-членка.“

7. Третата алинея от същия член 81 подчертава, че редът и условията за

5 — Директива на Съвета от 21 декември 1988 година относно прозрачността на мерките, регулиращи цените на лекарствени продукти за употреба от човека и включването им в обхвата на националните системи за здравно осигуряване (ОВ L 40, 1989 г., стр. 8; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 2, стр. 84).

6 — Директива 2001/83/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 6 ноември 2001 година за утвърждаване на кодекс на Общността относно лекарствени продукти за хуманна употреба (ОВ L 311, стр. 67; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 33, стр. 3), в редакцията, изменена с Директива 2004/27/ЕИО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година (ОВ L 136, стр. 34; Специално издание на български език, 2008 г., глава 13, том 44, стр. 116).

7 — Директива на Съвета от 31 март 1992 година относно дистрибуцията на едро на лекарствени продукти за хуманна употреба (ОВ L 113, стр. 1).

прилагане на този член следва да бъдат обосновани от съображения за опазване на общественото здраве и да съответстват на целта на здравеопазването, „в съответствие с разпоредбите на Договора, най-вече свързаните със свободното движение на стоките и конкуренцията“.

Б — *Национална правна уредба*

8. Член 2 от Закон № 703/1977 за контрола на монополите и олигополите, както и за защитата на свободната конкуренция (наричан по-нататък „гръцкият закон за защита на конкуренцията“), съответства по същество на разпоредбите на член 82 ЕО.

9. Според член 29, втора алинея от Закон № 1316/1983, който изменя член 8 от Законодателен декрет 96/1973, всеки титуляр на разрешение за търговия с фармацевтични продукти е задължен да снабдява редовно пазара с продуктите, които произвежда или внася.

10. Накрая, гръцкото законодателство обуславя дейността на търговците на едро с такива продукти от получаването на разрешително и същевременно ги задължава да задоволяват в достатъчна степен потребностите на определен географски район.

III — Фактите по главните производства и преюдициалните въпроси

11. Предприятието за изследване и производство на лекарствени продукти GlaxoSmithKline plc, със седалище в Обединеното кралство, се занимава с разпространение и складиране на своите продукти в Гърция посредством дъщерното си дружество GSK AEVE (двете дружества наричани по-нататък общо „GSK“), на което дружеството майка е разрешило да търгува с тях на гръцка територия. Така то разпространява стоки с марките „Imigran“ за главоболие, „Lamictal“ за епилепсия и „Serevent“ за астма, които задължително се отпускат по лекарско предписание и патентите за които са притежание на GSK.

12. От няколко години жалбоподателите в главните производства като посредници — търговци на едро, купуват посочените лекарства в различните им форми, след което снабдяват както гръцкия пазар, така и пазара в други страни, в частност Германия и Обединеното кралство.

13. Като се позовава на недостиг на посочените три лекарства, за който заявява, че не носи никаква отговорност, в края на октомври 2000 г. GSK променя дистрибуторската си система в Гърция. Считано от 6 ноември на същата година, то не изпълнява поръчките на жалбоподателите, но снабдява болниците и аптеките с посредничеството на дружеството Farmacenter AE.

14. Когато през февруари 2001 г. възстановява нормалните доставки, GSK отново започва да снабдява търговците на едро, макар и в ограничени количества, с Imigran, Lamictal и Serevent, но преустановява сътрудничеството си с Farmacenter AE. Това поведение на GSK предизвиква недоволството на жалбоподателите, които предприемат два вида действия — по административен и по гражданскоправен ред.

15. GSK започва действия по административен ред, когато Epitropi Antagonismou (гръцка комисия за защита на конкуренцията) отхвърля оплакванията от промените в неговата политика за разпространение на лекарства; от своя страна жалбоподателите в главните производства, някои гръцки сдружения на фармацевти и други търговци на едро искат да се образува преписка за същите факти, за да се осъди GSK за злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 2 от гръцкия закон за защита на конкуренцията и на член 82 ЕО.

16. С решение за приемане на временни мерки Epitropi Antagonismou задължава GSK да изпълнява поръчките за трите спорни продукта до приемането на окончателно решение. Въпреки това, тъй като не е сигурен как трябва да се тълкува националното право в светлината на общностното, регулаторният орган на свободната конкуренция на гръцкия пазар спира производството и отправя до Съда преюдициални въпроси относно тълкуването на член 82 ЕО, заведени в секретариата на Съда под номер C-53/03.

17. В решението си Съдът не разглежда спора по същество, като приема, че не е компетентен да отговори на орган, който не е юрисдикция съгласно предвиденото в член 234 ЕО [8], но на 1 септември 2006 г. Epitropi Antagonismou се произнася по жалбите на жалбоподателите, като приема, че GSK има господстващо положение само във връзка с Lamictal, тъй като страдащите от епилепсия изпитват затруднения при адаптирането си към други подобни лекарствени продукти, че групата предприятия GSK е нарушила член 2 от гръцкия закон защита на конкуренцията само през периода от ноември 2000 г. до февруари 2001 г., но не и на по-късен етап, и че не е нарушила член 82 ЕО.

18. Жалбоподателите оспорват действителността на решението на Epitropi Antagonismou пред Dioikitiko Efeteio Athinon (Административен апелативен съд Атина), пред който делото е висящо.

19. Гражданскоправните действия започват с предявяване от настоящите жалбоподатели на искове пред Polymeles Protodikeio Athinon (Първоинстанционен

8 — Като с това се разграничава от Решение от 21 март 2000 г. по дело Gabalfrisa и др. (C-110/98—C-147/98, Recueil, стр. I-1577), което винаги съм определял като погрешно, и в по-голяма степен се доближава до тезата, която застъпвам в заключението си по дело De Coster, по което е постановено Решение от 29 ноември 2001 г. (C-17/00, Recueil, стр. I-9445); вж. във връзка с положението, в което се намира дискусията, моето заключение, представено на 22 ноември 2007 г., по дело Ing. Aigner (C-393/06, Сборник, стр. I-2339).

съд Атина) на 30 април [9] и 30 октомври 2001 г. [10], както и на 5 март [11] и 11 ноември 2002 г. [12].

20. Те поддържат, че преустановяването на доставките от GSK и търгуването с посредничеството на Farmacenter са действия на нелоялна конкуренция и злоупотреба с господстващото положение на GSK на пазара на трите посочени по-горе лекарства. Искат снабдяването да продължи според средните месечни количества, които GSK им е осигурявало между 1 януари и 31 октомври 2000 г., увеличени с 20 %, както и да бъдат обезщетени за претърпените вреди и пропуснатите ползи.

21. С изключение на оставеното без разглеждане искане за обезщетение за пропуснати ползи, Първоинстанционен съд Атина се произнася между януари и октомври 2003 г. по посочените искания, отхвърляйки ги като неоснователни, тъй като счита, че отказът за снабдяване е обоснован и следователно отпада обвинението за злоупотреба с господстващото положение на GSK.

22. Жалбоподателите в националното производство подават апелативни жалби срещу тези съдебни решения пред Trimeles Efeteio Athinon (Тристранен апелативен съд Атина), който след като напразно изчаква становището на Съда по въпросите, които му е поставила Epitropi Antagonismou по дело C-53/03, посочено по-горе, решава да спре апелативното производство и да постави на Съда идентични преюдициални въпроси, а именно [13]:

„1) Когато отказът на предприятие с господстващо положение да изпълни изцяло поръчките на търговци на едро на фармацевтични продукти е продиктуван от намерението му да ограничи износната им дейност и по такъв начин да намали вредите, нанасяни му от паралелната търговия, представлява ли той ipso facto злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО? От значение ли е за отговора на този въпрос фактът, че паралелната търговия носи особено големи печалби за търговците на едро поради ценовите разлики, произтичащи, в рамките на Европейския съюз, от намесата на държавата, тоест от факта, че на фармацевтичния пазар не са налице условия за истинска конкуренция, а има силна държавна намеса? На последно място, уместно ли е националният съд да прилага по еднакъв начин нормите на общностното право на конкуренцията както към конкурентно функциониращи пазари, така и към тези, при които конкуренцията е нарушена поради намеса от страна на държавата?

9 — Дела C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 и C-478/06.

10 — Дело C-473/06.

11 — Дело C-477/06.

12 — Дела C-469/06 и C-471/06.

13 — Вземам въпросите от дела C-474/06—C-478/06, тъй като по-ранните (C-468/06—C-473/06) поради грешка споменават „национален орган за защита на конкуренцията“ вместо „национална юрисдикция“, вероятно защото въпросите, изпратени на Съда от Epitroipi Antagonismou, са дословно преписани, както сочат жалбоподателите в становищата си по дела C-469/06—C-476/06.

2) Доколкото Съдът би приел, че поради посочените по-горе причини ограничаването на паралелната търговия не съставлява практика на злоупотреба във всеки случай, в който то е наложено от предприятие с господстващо положение, как следва да се прецени дали е налице злоупотреба? По-специално:

2.1. Уместно ли е да се използват за критерии процентното надвишаване на обичайното вътрешно потребление и/или процентът на загубите, понесени от предприятието с господстващо положение, спрямо общия му оборот и общата му печалба? При утвърдителен отговор на този въпрос, по какъв начин трябва да се определят процентният размер на надвишаване и този на загубите (последният — определен като процент от оборота и общите печалби), над които въпросното поведение би могло да се квалифицира като злоупотреба?

2.2. Подходящо ли е да се използва подход, основан на претеглянето на интересите, и ако това е така, кои са интересите, които подлежат на такова претегляне? По-конкретно:

а) от значение ли е за отговора на въпроса фактът, че болният, който е крайният потребител, получава ограничени финансови ползи от паралелната търговия?

б) трябва ли да се отчита, и ако да, до каква степен, интересът на социалноосигурителните органи от по-евтини лекарствени продукти?

2.3. Какви други критерии и подходи могат да се считат за уместни в настоящия случай?“

IV — Производството пред Съда

23. Всички актове за препращане на преюдициалните въпроси са вписани в секретариата на Съда на 21 ноември 2006 г. На основание член 43 от Процедурния правилника на Съда с определение от 29 януари 2007 г. председателят съединява делата поради обективната връзка помежду им.

24. Дружествата Sot. Lelos kai Sia EE (дело C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton и др. (дела C-469/06—C-476/06) и Kokkoris D. Tsanas K. EPE и др. (дела C-477/06 и C-478/06), жалбоподатели в главните производства, както и GSK, полското правителство и Комисията на Европейските общности представят писмени становища в срока по член 23 от Статута на Съда.

25. В съдебното заседание, състояло се на 29 януари 2008 г., се явяват, за да изложат устно своите доводи и да отговорят на поставените им от Съда въпроси, представителите на Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton и др., на Kokkoris D. Tsanas K. EPE, на GSK, на Италианската република, която не е представила писмено становище, на Република Полша и на Комисията на Европейските общности.

V — Анализ на преюдициалните въпроси

A — *Предварителни аспекти*

1. Възражения във връзка с формулировката на въпросите

a) Господстващото положение

26. По-горе споменах решението на гръцката комисия за защита на конкуренцията от 1 септември 2006 г., което установява господстващото положение на GSK за лекарството Lamictal, но не и за Imigran, нито за Serevent. В точка 5 от своето писмено становище обаче GSK оспорва установеното с това решение, като се позовава на два основни довода: невъзможността да действа, без да се съобразява с конкурентите, и обстоятелството, че съответният пазар не е пазарът на терапевтични средства, а този на всички отпускани по лекарско предписание фармацевтични продукти в Европа.

27. Съществува трайна съдебна практика по въпроса за ясното разделение на функциите между националните юрисдикции и Съда в производствата по член 234 ЕО, така че преценката на фактите по делото трябва да се извърши от националния съд [14].

28. Като се има предвид, че изследването на положението на дадено предприятие на конкретен пазар, и по-точно на съответния пазар, е задача, свързана с установяване на факти, то трябва да се остави на препращащата юрисдикция, като следва да се изключи всякакво произнасяне на Съда по този въпрос.

29. Следователно Trimeles Efeteio Athinon трябва да провери дали е изпълнено условието sine qua non за прилагане на член 82 ЕО и ако стигне до отрицателен отговор — да отхвърли отправените до него апелативни жалби.

14 — Решение от 15 ноември 1979 г. по дело Denkavit Futtermittel (36/79, Recueil, стр. 3439, точка 12), Решение от 5 октомври 1999 г. по дело Lirussi и Bizzaro (C-175/98 и C-177/98, Recueil, стр. I-6881, точка 37), Решение от 22 юни 2000 г. по дело Fornasar и др. (C-318/98; Recueil, стр. I-4785, точка 31) и Решение от 21 юни 2007 г. по дело Omni Metal Service (C-259/05, Сборник, стр. I-4945, точка 17).

30. Същевременно решението на Epitropi Antagonismou е обжалвано по административен ред в Гърция, поради което за да се отговори на въпросите на препращащата юрисдикция, трябва да се тръгне от хипотезата, че GSK заема господстващо положение.

б) Изпълнението на поръчките „изцяло“

31. В писменото си становище дружеството жалбоподател в главното производство Lelos kai Sia ЕЕ критикува начина, по който е формулиран първият преюдициален въпрос, заради използването на израза „да изпълни изцяло поръчките“, който въвеждал в заблуждение, тъй като измествал дискусията от контекста, който я е породил, към един по-теоретичен план, където трябва да се преценява основанието на всяка поръчка до GSK, дори тя да е извънредна и прекомерна.

32. Макар и с по-малка настойчивост, останалите жалбоподатели също се позовават на необходимостта спорът да бъде върнат в първоначалните му граници, така както се разглежда в гръцките производства, тъй като GSK било склонно да преувеличава исканията на гръцките търговци на едро и да изгради доводите си сякаш става въпрос за удовлетворяване на каквото и да е искане, независимо от неговия прекален характер.

33. Съгласен съм със становището на паралелните вносители, че е от значение спорът да бъде разгледан във връзка с обстоятелствата, при които е възникнал, а именно снабдяването на тези предприятия от GSK с разглежданите лекарства в средните месечни количества за 2000 г., увеличени с 20 %, както следва от акта за препращане, като се има предвид, от една страна, че в производствата по член 234 ЕО препращащата юрисдикция предоставя изложение на фактите, в което Съдът не трябва да се намесва, и от друга — че при отклонение от тази фактическа рамка отговорът ще бъде напълно безполезен.

2. Подход

34. За да бъде по-добре разбрано настоящото дело, е уместно да се прибегне до признатата от съдебната практика [15] възможност за преформулиране на въпросите на Trimeles Efeteio Athinon, доколкото с първия той иска да се установи дали липсата на снабдяване от GSK, обоснована от намерението за ограничаване на паралелната търговия, сама по себе си предполага злоупотреба с господстващо положение, тъй като е насочена изключително към отстраняване на неговите конкуренти от пазара за разпространение на едро.

15 — Например в Решение от 23 ноември 1977 г. по дело Enka (38/77; Recueil, стр. 2203), Решение от 1 април 1993 г. по дело Hewlett-Packard-France (C-250/91, Recueil, стр. I-1819) и Решение от 10 май 2001 г. по дело Agorà и Excelsior (C-223/99 и C-260/99, Recueil, стр. I-3605).

35. Формулираните след това въпроси обаче разглеждат редица факти, отнасящи се до евентуално обосноваване на злоупотребата, поради което по-логично би било те да се прехвърлят към втория преюдициален въпрос, с който се иска установяване на правилните критерии за преценка на това дали поведението на GSK представлява злоупотреба. Освен това представените в настоящото преюдициално производство писмени становища са вдъхновени до голяма степен от заключението на генералния адвокат Jacobs по дело Syfait, в което също се разглеждат пространно основанията за освобождаване на злоупотребата.

36. Този начин на разглеждане на въпросите позволява също така произнасяне по актуалния в известна степен доктринален спор за съществуването на практики, които представляват злоупотреба per se, и задълбочаване на разсъжденията относно тяхното евентуално обосноваване.

Б — *Злоупотреби с господстващо положение per se в член 82 ЕО (първи преюдициален въпрос)*

37. В главните производства GSK е упреквано за това, че е преустановило продажбите на Imigram, Lamictal и Serevent на търговците на едро, позовавайки се на предполагаем недостиг, както и за това, че е продължило да снабдява своите конкуренти, съобразявайки обаче количествата с нуждите на гръцкия пазар, за да се избегне реекспортът им към други европейски страни, най-вече към Германия и Обединеното кралство.

38. Преди да се прецени дали такива действия трябва да се квалифицират като представляващи „сами по себе си“ (per se) злоупотреба, трябва да се разгледа накратко начинът, по който съдебната практика третира отказите за снабдяване, както и отражението на явното намерение за блокиране на паралелната търговия като отегчаващо обстоятелство при преценката на поведението. След като се отстрани неяснотата относно наличието на злоупотреба, анализът може да се съсредоточи върху определянето ѝ като злоупотреба per se.

1. Отказът за снабдяване като злоупотреба

а) Общностна съдебна практика

39. Малкото на брой решения на Съда в тази област са постановени при фактическа обстановка, която прави съмнителна възможността за прилагането им към настоящия случай, в който предприятията, търгуващи на едро с горепосочените три лекарства, се сблъскват с отказ от страна на техния единствен доставчик, предприятието — притежател на патентите за производство, което винаги им е било конкурент в търгуването на тези лекарства. Въпреки това не е излишно да бъдат споменати, поради общия им характер, някои от най-значимите съдебни решения във връзка с член 82 ЕО.

40. По дело Istituto Chemioterapico Italiano и Commercial Solvents/Комисия [16] посоченото дружество преустановява снабдяването с аминобутанол на италианското дружество Zoja, което произвежда етамбутанол, дериват от тази суровина, като двете предприятия са конкуренти на пазара. Решението обявява прекратяването на доставките за противоречащо на член 82 ЕО, тъй като господстващото положение, от което се ползва Commercial Solvents при приготвянето на това вещество и което му дава възможност да контролира снабдяването на производителите на деривати, не му дава право да премахне конкуренцията на предишните си клиенти само поради това че самото то е започнало да синтезира тези деривати [17].

41. Съществуват очевидни паралели между Решението по дело Istituto Chemioterapico Italiano и Commercial Solvents/Комисия и настоящия случай, тъй като първоначално GSK също прекратява снабдяването на гръцките търговци на едро със своите продукти с оглед на това да реорганизира своите продажби на трите спорни лекарства чрез собствения си изключителен дистрибутор в страната; след около три месеца възобновява доставките, като обаче ограничава количествата до търсенето на националния пазар на Република Гърция.

42. В Решение по дело United Brands/Комисия, отнасящо се до бананите „Chiquita“ [18], се приема, че като е прекратило доставките на банани за датското дружество Olesen, извършващо дейност по складиране за узряване и разпространение на банани, поради това че то е участвало в рекламна кампания на конкурента Dole, United Brands е нарушило правилата на конкуренцията.

43. По този повод Съдът посочва, че предприятие с господстващо положение по отношение на разпространението на дадена стока не може да престане да снабдява предишен клиент, „който спазва търговската практика, когато поръчките на този клиент не са извън обичайното“ [19].

44. Следва да се подчертаят приликите между дело United Brands/Комисия и настоящото дело, що се отнася до господстващото положение на предприятието и до спазването на търговската практика — или спазването на договорите — от конкурентните търговци на едро; напротив, търсеното от жалбоподателите пред Trimeles Efeteio Athinon равнище на снабдяване би поставило различни проблеми в главните производства в зависимост от това дали ще бъде квалифицирано като обичайно или преувеличено. Този въпрос не е обсъден в решението по дело United Brands/Комисия, тъй като Съдът приема, че поръчките на Olesen са били обичайни. Въпреки това за да се прецени обичайният характер на поръчките, трябва да се разгледат възможните обосновки на отказа да се изпълнят изцяло поръчките на дружествата, извършващи паралелна търговия, поради което този аспект не следва да се проучва по-задълбочено.

16 — Решение от 6 март 1974 г. (6/73 и 7/73, Recueil, стр. 223).

17 — Решение по дело Istituto Chemioterapico Italiano и Commercial Solvents/Комисия, посочено по-горе, точки 25 и 26.

18 — Решение от 14 февруари 1978 г. (27/76; Recueil, стр. 207).

19 — Решение по дело United Brands/Комисия, посочено по-горе, точка 182.

45. По други дела Съдът се е произнасял по този отказ, но при фактическа обстановка, която е прекалено отдалечена от тази по настоящото дело, или с оглед на твърде различна правна уредба. В рамките на първата хипотеза следва да се спомене Решение по дело СВЕМ [20], което разширява по отношение на пазара на услуги забраната за предприятия с господстващо положение да запазят за себе си или за друго дружество от групата пазара на спомагателна дейност, извършвана от трето предприятие на подобен, но въпреки това различен пазар; към втората хипотеза се отнасят решенията, в които се разглежда достъпът до особено важни съоръжения („essential facility“), като Решение по дело Bronner [21], или отнасящите се до отказ да се предостави лицензия за права на интелектуална или индустриална собственост, като Решение по дело Magill [22] и Решение по дело IMS Health [23], всички твърде далеч от обстоятелствата в основата на настоящото запитване.

46. В обобщение, от Решение по дело Istituto Chemioterapico Italiano и Commercial Solvents/Комисия и Решение по дело United Brands/Комисия следва, че поведението на господстващото предприятие, което избягва снабдяването със стоки, особено когато липсват други алтернативни стоки, какъвто е случаят с Lamictal, запазвайки за себе си пазара на паралелния износ, е злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО. Остава да се определи дали волята за премахване на тази паралелна търговия позволява злоупотребата да се квалифицира като такава per se по смисъла на общностното право на конкуренцията.

б) Умисълът като отегчаващо обстоятелство

47. Още отначало трябва да се посочи, че общностната съдебна практика изхожда от предпоставката, че понятието за „злоупотреба“ в член 82 ЕО е обективно понятие, свързано с дейността на предприятията с господстващо положение [24], и следователно невлияещо се от каквито и да било съображения относно причините, които са ги накарали да действат по този начин [25]. Не се изисква също така злоупотребата да е извършена виновно, за да се приложи член 82 ЕО [26].

48. Въпреки това трябва да се имат предвид два важни аспекта, които внасят нюанси в гореизложените съждения.

49. От една страна, не трябва напълно да се изключва възможността признаците на нарушението от субективна страна да служат често като индиции, че се преследва цел, противоречаща на конкуренцията, включително самите те да съставляват злоупотребата [27].

20 — Решение от 3 октомври 1985 г. (311/84, Recueil, стр. 3261), известно като Решение по дело „Telemarketing“.

21 — Решение от 26 ноември 1998 г. (C-7/97, Recueil, стр. I-7791).

22 — Решение от 6 април 1995 г. по дело RTE и ITP/Комисия (C-241/91 P и C-242/91 P, Recueil, стр. I-743), наречено Решение „Magill“.

23 — Решение от 29 април 2004 г. (C-418/01, Recueil, стр. I-5039).

24 — Решение от 13 февруари 1979 г. по дело Hoffmann-La Roche/Комисия (85/76, Recueil, стр. 461, точка 91), Решение от 9 ноември 1983 г. по дело Michelin/Комисия (322/81, Recueil, стр. 3461, точка 70) и Решение от 3 юли 1991 г. по дело AKZO/Комисия (C-62/86, Recueil, стр. I-3359, точка 69).

25 — Тази идея се възприема на практика единодушно в доктрината; Schröter, H., „Artikel 82“, в Schröter, H./Jacob, T./Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,* изд.. Nomos, Baden-Baden, 2003, S. 905.

26 — Решение от 21 февруари 1973 г. по дело Europemballage и Continental Can/Комисия (6/72, Recueil, стр. 215), точки 25—27 (наричано по-нататък „Решение Continental Can“).

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

50. От друга страна, Съдът е потвърдил развитата от Първоинстанционния съд теза, че като се има предвид разликата между член 81, първа алинея ЕО и член 82 ЕО, доколкото последният изобщо не споменава за резултат, противоречащ на конкуренцията, достатъчно е да се докаже, че целта на поведението, представляващо злоупотреба, е да се ограничи конкуренцията, или с други думи, че то може да доведе до такъв резултат [28].

51. Следователно колкото повече предприятието с господстващо положение се доближава до възпрепятстването на свободната конкуренция на пазара, толкова по-голяма стойност придобива презумпцията за злоупотреба. Настоящият спор се разглежда в този контекст. GSK дори не оспорва, че действително се е стремяло към прекратяване на паралелния износ от дружествата за търговия на едро на трите спорни лекарства от Гърция към други страни от Общността.

52. Тъй като освен това ограничаването на обема на продажбите на другите дистрибутори ограничава пазара за конкурентите му по смисъла на член 82, втора алинея, буква б) ЕО, то е важен знак, че поведението — и в крайна сметка целта, която го е ръководила, нарушават първата алинея на тази разпоредба [29].

53. Очевидно е, че намерението на GSK противоречи на целите на Договора, тъй като създава толкова сериозни пречки за свободната търговия между държавите-членки, че може да навреди на осъществяването на единния пазар, според разбирането за него в съдебната практика и в член 3, параграф 1, буква ж) ЕО, тъй като безспорно разделя националните пазари и променя структурата на конкуренцията в общия пазар [30].

54. В обобщение може да се посочи, че изложените разсъждения подкрепят извода, че GSK е извършило тежко нарушение на Договора, което заслужава да се квалифицира като злоупотреба per se, тъй като не е налице друга икономическа причина освен премахването на паралелната търговия на неговите конкуренти, гръцките търговци на едро [31]. Въпреки това имам съмнения от методологично естество относно степенуването на поведението на предприятията с господстващо положение, поради което си струва то да се анализира по-задълбочено.

28 — Решение от 15 март 2007 г. по дело British Airways/Комисия (C-95/04 P, Сборник, стр. I-2331, точка 30), във връзка с Решение на Първоинстанционния съд от 30 септември 2003 г. по дело Michelin/Комисия (T-203/01, Recueil, стр. II-4071, точка 239), и Решение от 17 декември 2003 г. по дело British Airways/Комисия (T-219/99, Recueil, стр. II-5917, точка 293).

29 — Schröter, H., цит. съч., стр. 959.

30 — Решение от 31 май 1979 г. по дело Hugin/Комисия (22/78, Recueil, стр. 1869, точка 17) и Решение от 11 декември 1980 г. по дело L'Oréal (31/80, Recueil, стр. 3775, точка 27).

31 — Тази теза има определен отзвук в доктрината; Koenig, Ch./Engelmann, Ch., „Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC — Commentary on the Opinión of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*", *E.C.L.R.*, № 6/2005, p. 341.

2. Признаването на злоупотреби per se в рамките на член 82 ЕО: методологичен проблем

55. Преди да се изброят доводите срещу приемането на злоупотреби per se, следва да се разгледа развитието на понятието в общностната съдебна практика.

а) Практиката на Съда

56. До този момент Съдът е откроил три практики, които, ако се провеждат от предприятия с господстващо положение, непременно водят до злоупотреба с тяхната пазарна мощ, като очевидно не допуска доказване на противното с оглед на тяхното обосноваване.

57. Така той се е произнесъл по задълженията за изключително снабдяване, наложени на купувачите от дружеството с господстващо положение, които не са съпътствани от други уговорки или срещу които се предоставят отстъпки [32].

58. Отстъпките за лоялност представляват втората от практиките, за които винаги се предполага, че представляват злоупотреба, тъй като за разлика от отстъпките за количество, свързани единствено с обема на покупките от съответния производител, имат за цел да възпрепятстват, посредством получаването на финансови предимства, снабдяването на клиентите от останалите конкурентни производители [33].

59. Третата практика, която се счита за злоупотреба per se, е свързана с хищническите цени. За Съда цени, по-ниски от средната стойност на променливите разходи (тези, които се променят в зависимост от произведените количества), нямат никаква икономическа обосновка и разкриват единствено намерение за отстраняване на конкурент, поради което се считат за злоупотреба [34]. В замяна на това цените, по-ниски от пълните разходи (тези, които включват постоянните и променливите разходи), но по-високи от средната стойност на променливите разходи, се считат за злоупотреба, когато са част от план за отстраняване на конкурентно предприятие [35].

60. Начинът на разсъждение в тези съдебни решения изключва всяка възмож-

32 — Решение по дело Hoffmann La Roche/Комисия, посочено по-горе, точка 89.

33 — Решение от 16 декември 1975 г. по дело Suiker Unie и др./Комисия (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, Recueil, стр. 1663) и Решение от 9 ноември 1983 г. по дело Michelin/Комисия, посочено по-горе, точка 71.

34 — Решение по дело AKZO/Комисия, посочено по-горе, точка 71 и Решение от 14 ноември 1996 г. по дело Tetra Pak/Комисия (C-333/94 P, Recueil, стр. I-5951, точка 41).

35 — Решение по дело AKZO/Комисия, посочено по-горе, точка 72.

ност за оневиняване на господстващото предприятие [36]. Въпреки това по-новата съдебна практика, все в областта на отстъпките за лоялност, не подкрепя разбирането, че те трябва непременно да се считат за злоупотреба. Така във връзка с някои отстъпки, свързани с постигането на индивидуални продажни цели в търговското пътническо въздухоплаване, предоставени на пътническите агенции от предприятие с господстващо положение на авиационния пазар в Обединеното кралство, Съдът е позволил на предприятието да обоснове икономически своята система на премии, водеща до премахване на конкуренцията [37].

61. Следователно Съдът допуска освобождаване от отговорност на предприятията с господстващо положение, включително в области, в които изглежда е приемал евентуалното наличие на злоупотреби per se, с което всъщност следва своята обичайна практика, утвърдена извън решенията, с които се установява съществуването на посочената категория поведения, при които автоматично е налице злоупотреба [38]. Същевременно, извън конкретните указания, свързани с обстоятелствата във всеки конкретен случай, Съдът не предоставя общи правила, въз основа които да се изключи прилагането на отнасящия се до злоупотребата с господстващо положение член от Договора към евентуалните злоупотреби per se. Поради това следва да се изложат някои от тези правила.

36 — Loewenthal, P.-J., „The Defence of „Objective Justification" in the Application of Article 82 EC", *World Competition*, № 28(4), 2005, p. 470.

37 — Решение от 15 март 2007 г. по дело British Airways/Комисия, посочено по-горе, точка 69.

38 — Решение по дело Tetra Pak/Комисия, посочено по-горе, точка 37, Решение от 15 декември 1994 г. по дело DLG (C-250/92, Recueil, стр. I-5641, точка 52) и Решение от 13 ноември 1975 г. по дело General Motors/Комисия (26/75, Recueil, стр. 1367, точки 20 и 22).

б) Неприложимост на член 82 ЕО към злоупотребите per se

62. Както по правни, така и по икономически причини член 82 ЕО не е подходящ с оглед на нормативните изисквания към поведенията, които се определят като представляващи злоупотреба сами по себе си.

i) Правни съображения

63. Към тях спада структурата на член 82 ЕО, особено като се сравни с тази на предходния член от Договора.

64. Член 81 ЕО се състои от три параграфа, които уреждат съответно принципа на забрана на тайните съглашения, нищожността като основна последица от неспазването на забраната по параграф 1 и възможността да се получи освобождаване, при условие че то не е получено посредством нито един от регламентите за групово освобождаване, приети съгласно член 83, параграф 2, буква б) ЕО, във връзка с параграф 1 на същия член.

65. Примерите за антиконкурентни споразумения, изброени в член 81,

параграф 1 ЕО, букви а)—д), традиционно се съпоставят с нарушенията per se на посочената разпоредба, поради което не попадат в рамките на груповите освобождавания по параграф 3 [39]. Макар и с много трудности, те не са напълно отхвърлени, тъй като могат да бъдат запазени благодарение на индивидуалното освобождаване, ако заинтересованите лица докажат, че споразуменията им отговарят на изискванията на член 81, параграф 3 ЕО. В този контекст Върховният съд на Съединените щати наскоро промени практиката си относно налагането на минимални цени на препродажба („Resale price maintenance“) във вертикалните споразумения, като я основа на „rule of reason“ [40] и по този начин се отклони от стриктността на утвърдената си практика, датираща от установения през 1911 г. прецедент [41], да приема това за незаконно per se като нарушаващо раздел 1 от Sherman Act.

66. Може да се обобщи, че самата разпоредба предоставя на предприятията различни способи за оспорване на всяка квалификация като нарушение per se на клаузите, които включват в своите договори. Това не е така за дружествата с господстващо положение в обхвата на съответния член от Договора.

67. Така както е формулиран член 82 ЕО, без нито една алинея, предвиждаща освобождаването на някои злоупотреби, анализът на поведенията изисква операторите, заемащи господстващо положение на точно определен пазар, да водят диалектически спор с националните или общностни органи по конкуренцията и със засегнатите лица.

68. Всеки от участниците в реторичния сблъсък доказва своите твърдения, в съответствие с латинската максима ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.

69. При тези обстоятелства, ако определени поведения винаги пораждаха юридически презумпции за злоупотреба, предприятията с господстващо положение щяха да бъдат лишени от правото си на защита, тъй като, както отбелязах, структурата на член 82 ЕО не допуска никакво освобождаване, така че след като се установи злоупотреба, трябва да се приеме, че е извършено нарушение, освен ако има достатъчно индиции, че не е извършено.

39 — Така посветеният на „черните“ клаузи член 4 от Регламент (ЕО) № 2790/1999 на Комисията от 22 декември 1999 година за прилагането на член 81, параграф 3 от Договора за ЕО за категориите вертикални споразумения и съгласувани практики (ОВ L 336, стр. 21; Специално издание на български език, 2007 г. глава 8, том 1, стр. 66).

40 — Решение от 28 юни 2007 г. по дело Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc (nº 06-480); Llorente, C. La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin“, in *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi nº 736,* p. 2 et seq.

41 — Решение от 3 април 1911 г. по дело Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co., (220 U.S. 373).

70. Освен това изброените в член 82, втора алинея, букви а)—г) ЕО примери не са законови презумпции, за разлика от тези по член 81 ЕО, параграф 1, букви а)—д). Те могат да бъдат схващани най-много като презумпции iuris tantum, смекчаващи доказателствената тежест за тези, които се позовават на тях, поради залегналата в основата им икономическа логика [42], но никога като заместващи диалектическия спор, споменат в предходните точки. Така както тайните споразумения per se по член 81 ЕО са разрешени съгласно параграф 3 от тази разпоредба, трябва да се остави открита и възможността определени практики, представляващи злоупотреба, да бъдат допуснати в рамките на член 82 ЕО чрез обективното им обосноваване.

ii) Съображения от икономическо естество

71. На първо място, да се приеме, че съществуват злоупотреби с господстващо положение per se, би било в противоречие с правилото, че е необходимо всеки случай да бъде разглеждан според параметрите на икономическия и юридически контекст, в който се е проявил.

72. На второ място, от чисто икономическа гледна точка подходът per se страда от прекален формализъм, който има много квалифицирани опоненти, подкрепящи друг подход към член 82 ЕО, ориентиран към последиците от всяка злоупотреба, като особените обстоятелства се претеглят от позицията на разума [43] („rule of reason“) [44].

73. Да се отдаде предимство на предубежденията и формалистичните схващания в областта на злоупотребата с господстващо положение би скрило факта, че тя може понякога да се обърне в полза на потребителя [45]. Такъв е случаят, когато силата на един от операторите намалява конкуренцията на съответния пазар, при положение че, както основателно е критикуван, член 82 ЕО не съдържа нито една разпоредба, позволяваща на такива оператори да се защитят успешно срещу обвинения в злоупотреба като докажат икономическата ефективност на поведението си [46].

74. На трето и последно място, ако, както посочих, е обичайно случаите, в които се прилага член 82 ЕО, да се разделят на две категории — тези, които причиняват

42 — Относно използването на тези фактически презумпции вж. Paulis, E., „The burden of proof in Article 82 cases“, in Hawk, B. E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute,* Juris Publishing, Inc., New York, 2007, p. 470.

43 — Бележката под линия е без значение за текста на български език.

44 — Report by the EAGCP „An Economic Approach to Article 82“, юли 2005 г., достъпен на http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies /eagcp_july_21_05.pdf, стр. 5 и 6.

45 — Jacquemin, A. P., „The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community“, in Greaves, R. (ed.), *Competition Law,* Ashgate/Dartmouth, Aldershot (United Kingdom), 2003, p. 214, обръща внимание на риска, който крие правилото за злоупотребите per se, също и извън господстващото положение.

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

вреда на потребителите (злоупотреби чрез експлоатация), и тези, които причиняват вреда на настоящите или потенциални конкуренти (злоупотреби чрез изключване) [47], така че всяко антиконкурентно действие на предприятие с господстващо положение може да представлява злоупотреба [48], при липса на йерархично степенуване на тези два аспекта в член 82 ЕО [49] би трябвало да се поддържа, че господстващото дружество следва да може да се защити, основавайки се на постигнатите икономически резултати.

75. Само при съпоставяне на положителните и отрицателните последици за потребителя и за останалите оператори на същия пазар могат да се получат релевантните данни, въз основа на които да се направят надлежните изводи.

47 — Озаглавеният „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ документ за обсъждане на Комисията е посветен единствено на злоупотребите чрез изключване; достъпен е на адрес http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Този начин на действие е обект на критики: 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,* № 242, mayo 2006, p. 24.

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

49 — Липсата на изрично защитавана от член 82 ЕО цел се критикува от Whish, R., „Rethinking Article 82 CE“, in *Concurrences: revue des droits de la concurrence,* № 4/2005, стр. 18, като той сравнява тази липса на водеща нишка с оставянето на член 82 ЕО „като лодка без гребла“. От своя страна Schröter, H., цит. съч., стр. 813, въз основа на Решение по дело Hoffmann-La Roche/Комисия, Решение по дело Michelin/Комисия и Решение по дело L'Oréal, посочени по-горе, прави извода, че тази разпоредба е насочена преди всичко към защита на конкуренцията като институция, което непряко би облагодетелствало конкурентите, търговските съдружници на господстващото предприятие и потребителите.

3. Предложение за отговор на първия преюдициален въпрос

76. В съответствие с изложеното поведенията, представляващи злоупотреба per se, не могат да бъдат отнесени към член 82 ЕО, поради което на първия въпрос на Trimeles Efeteio Athinon не следва да се отговаря утвърдително. Поради това препоръчвам на Съда направо да обяви, че член 82 ЕО не позволява на предприятията с господстващо положение да се вменява отговорност за действия, които сами по себе си представляват злоупотреба, включително когато обстоятелствата в конкретния случай не оставят място за съмнения относно тяхното намерение, нито относно антиконкурентните последици на действията им.

77. С оглед на отговора на първия въпрос следва да се разгледа вторият, отнасящ се до евентуалното обективно обосноваване на такива действия.

B — *Обосновките на поведение, което обикновено представлява злоупотреба (втори преюдициален въпрос)*

78. Най-напред искам да припомня, че както вече посочих, част от първия преюдициален въпрос се съдържа в отговора на

втория въпрос поради връзката ѝ с причините за освобождаване на посочените в член 82 ЕО практики. Според мен препращащата юрисдикция иска да се установи именно кои са критериите, противодействащи на отрицателната оценка, която се дава по принцип на предприятието с господстващо положение.

79. Съществуват три извинителни причини, на които могат да се позоват господстващите предприятия при обвинения в злоупотреба: причини, свързани с пазара, на който осъществяват дейността си[50], законната защита на техните търговски интереси и доказването на положителен икономически резултат. По-нататък ще се спра на тези причини поотделно, като винаги имам предвид фактите, твърдени пред препращащата юрисдикция.

1. Условията на един несъвършен пазар

80. Предприятието GSK изтъква, че националната правна уредба не му позволява да развива търговската си дейност при нормални условия на конкуренция. Позовава се на два аспекта, обясняващи ограниченията за паралелния износ от гръцките търговци на едро: определянето на максимални продажни цени на лекарствата, което е обичайна практика във всички държави-членки, и задължението за поддържане на склад на количества, които са достатъчни, за да задоволят във всеки момент търсенето на национално равнище.

81. Жалбоподателите в главното производство, полското правителство и Комисията се противопоставят на този анализ, макар становищата им да съдържат известни нюанси. Преди да се разгледат обосноваващите обстоятелства, следва да се скицират особените очертания на съответния пазар.

а) Основни характеристики на пазара

82. Основателно бе посочено, че европейският фармацевтичен пазар, схващан като търговия и разпространение на продукти, които се ползват или не с патентна закрила, се отличава с ниска степен на хармонизиране вследствие на държавната намеса в областта на цените и на обществените системи за възстановяване на направените от пациента разходи

50 — В своя документ за обсъждане, посочен по-горе, Комисията (параграф 80) изисква действията на предприятието да са били наложени от причини, свързани със сигурността или общественото здраве; този спасителен изход за господстващите предприятия ми се струва твърде тесен и затова предлагам по-широк, който обаче е свързан с пазара.

за лекарства, поради които плащаната от крайния потребител сума е без значение [51].

83. Страните, представили становища в това преюдициално производство, са единодушни, че всички държави-членки налагат размера на сумите, които предприятията производители в този сектор изискват от болните, определяйки сумите, които различните социалноосигурителни органи възстановяват, и по този начин ограничават обществените разходи за здравеопазване. Те са единодушни също така, че съществуват огромни разлики между продажните цени в различните държави-членки. Успоредно с този режим на държавно финансиране съществува друг, изцяло частен, при който фармацевтичните дружества свободно определят цените на лекарствата; откривам обаче известен консенсус относно това, че последният модел представлява твърде ограничен, макар и вариращ в различните страни процент.

84. Накрая трябва да откроя още една отличителна черта на този пазар, а именно множеството промишлени патенти за лекарствени продукти. Въпреки че не отразява упражняването на контрол от страна на публичните органи, този елемент е важен, тъй като притежателите на тези права на индустриална собственост по-лесно заемат господстващо положение, доколкото тези монополи се превръщат в правни и времеви бариери при влизането [52].

85. При тези обстоятелства GSK твърди, че налагането от държавите-членки на задължения във връзка с цените, както и задължението за управление на стокова наличност, съответстващо на търсенето на национално равнище, го ограничават по такъв начин, че за да нормализира дейността си, не му остава нищо друго, освен да затруднява паралелния износ от гръцките търговци на едро към страни, където сумата, която се възстановява за всяко лекарство, е много по-висока от получаваната в Република Гърция.

б) Разглеждане на обосноваващите обстоятелства

86. Макар общностната съдебна практика да не е приела нито една обосновка, почиваща на особеностите на регулирането на определен пазар, считам, че са мислими хипотези, в които тя би допуснала такава обосновка, в зависимост от отражението на държавния контрол върху пазара. GSK се позовава на два основни фактора: намесата по отношение на цените и задължението за снабдяване.

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

52 — Pelkmans, J., цит. съч., стр. 193.

i) Определянето на цените от държавите-членки

87. Що се отнася до политиката на държавите-членки за възстановяване от социалноосигурителните органи на разходите за лекарства на пациентите, в Решение по дело Merck и Beecham [53] Съдът признава, че налагането на цени може да наруши конкуренцията между държавите-членки, но смекчава това изявление с факта, че предизвиканото от държавната намеса нарушение на конкуренцията не обосновава изключение от принципа на свободно движение на стоки [54].

88. Въпреки че забраната по член 28 ЕО не е противопоставима на предприятията, задължението да не възпрепятстват постигането на целите на Договора, и в частност свободната търговия между държавите-членки, им е наложено чрез членове 81 ЕО и 82 ЕО, които обявяват за несъвместими с Договора действията, предизвикващи изкуствено разделяне на националните пазари и нарушения на конкуренцията [55]. Следователно е уместно позоваването на практиката на Съда в областта на свободното движение на стоки, поне що се отнася до разделянето на националните пазари.

89. При всички случаи строгостта на ценовата политика се смекчава от член 2, точки 1 и 2 от Директива 89/105 [56], които са приложими към всички форми на държавна намеса [57]. От посочената точка 2 ясно следва, че производителите на лекарствените продукти участват в обсъждания с отговорните за определянето на цените органи, които са длъжни да мотивират с „обективни и проверими критерии“ отказа лекарството да се продава на предложената от заявителя цена. В точка 1 се предвижда и разрешение чрез мълчаливо съгласие от страна на административния орган, тъй като при липса на решение на държавата-членка в рамките на 90 дни от подаване на заявлението заявителят има право да продава продукта.

90. Колкото и тежки да са преговорите, не трябва да се забравя положението на фармацевтичните предприятия, по-специално когато разполагат с нови патенти, които като цяло означават напредък за болния, получаващ лечение с тези лекарства. Този аспект има голямо значение, доколкото не е в интерес на държавата-членка, която е длъжна да следи за качеството на здравеопазването в услуга на пациента, да се лишава от най-добрите средства, които ѝ предлага пазарът, при условие че може да си ги набавя на разумна цена [58].

53 — Решение от 5 декември 1996 г. по дело Merck и Beecham (C-267/95 и C-268/95, Recueil, стр. I-6285, точка 47).

54 — Пак там.

55 — Решение от 31 май 1979 г. по дело Hugin/Комисия (22/78, Recueil, стр. 1869, точка 17).

56 — Цитирани в точка 5 от настоящото заключение.

57 — Член 1, параграф 1 от Директива 89/105.

58 — Второ и трето съображение от Директива 89/105.

91. Приемам, че с течение на времето предимството, от което се ползва притежателят на патент, отслабва, което го принуждава да намали първоначално договорените със здравните органи цени. Това развитие обаче не е необичайно, тъй като зависи от предлагането от други производители на заместващи и по-ефикасни при лечението продукти, които изместват предишните благодарение на напредъка на научните изследвания.

92. Освен това договорената цена не трябва да достига равнища, при които дружествата от сектора да са принудени да продават под себестойността.

93. Може да се обобщи, че макар пазарът на фармацевтични продукти да не функционира в нормален режим на конкуренция, системата за регулиране на цените не е напълно извън влиянието на техните производители, които договарят тези цени със здравните органи на държавите-членки, като същевременно се ползват с определена тежест на пазара, където лесно се приспособяват към превратностите на здравната политика, поне в областта на лекарствата.

ii) Задължението за снабдяване

94. Вторият фактор за регулиране на пазара, който според GSK смущавал нормалната му дейност в Гърция и оправдавал ограничаването на паралелната търговия, се отнася до задължението да поддържа наличност, достатъчна във всеки един момент за задоволяване на гръцкия пазар. То поддържа също така, че изпълнението на това задължение не му позволявало да изпълнява поръчките на търговците на едро в посочените от тях срокове.

95. Обхватът на това задължение се нуждае от някои уточнения, тъй като част от жалбоподателите в главното производство също считат, че са задължени да снабдяват пазара, което следвало от член 81, параграф 2 от Директива 2001/83, цитиран по-горе в точка 6 от настоящото заключение. Следователно не откривам никакво основание GSK да изтъква това задължение в своя защита.

96. Несъмнено е, че нуждите на пациентите от държавата-членка не се променят внезапно, освен в случаите на епидемии или пандемии, тъй като статистиките за всяко от заболяванията са надеждни и дават на предприятията определена предвидимост, за да се приспособят към пазара.

97. С оглед на всичко гореизложено може да се обобщи, че гарантирането на снабдяването не оправдава ограниченията, които GSK налага при снабдяване на гръцките търговци на едро, които са негови конкуренти.

98. Следователно поради отхвърляне на двете посочени от GSK основания за освобождаване трябва да се отхвърли разбирането, че в настоящия случай съществуват свързани с публичната намеса на пазара обективни причини, оправдаващи поведението му.

2. Защитата на законните търговски интереси

а) Преглед на съдебната практика

99. Краткият преглед на съдебната практика показва, че това е единствената изведена до момента категория обективни обосновки, като вътрешноприсъщата на член 82 ЕО диалектика е сведена до дихотомията между злоупотребите и действията, насочени към запазване на законните търговски интереси [59].

100. Отказът да се изпълняват изцяло поръчките на гръцките търговци на едро е равнозначен на отказ за снабдяване, макар и частичен, така че ще се придържам към малкото на брой решения на Съда по този въпрос.

101. В Решение по дело United Brands/Комисия Съдът признава, че защитата на законните търговски интереси е средство за изключване на подозренията за злоупотреба към предприятията с господстващо положение, което им позволява да извършват необходимото за осигуряване на такава защита, при условие че спазват изискването насрещните им действия да са пропорционални на засягането на техните интереси [60].

102. Този принцип обаче по никакъв начин не ползва американската много-

59 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community,* 4th edition, Kluwer, The Hague, 2005, p. 907.

60 — Решение по дело United Brands/Комисия, посочено по-горе, точки 189 и 190.

национална бананова компания, тъй като в решението си Съдът приема, че не са изпълнени изискванията на законна защита, като се основа именно на липсата на пропорционалност при отказа да се изпълняват поръчките на нейния клиент и конкурент Olesen [61].

103. По друго дело Съдът разглежда отказа за снабдяване в период на недостиг, по време на петролната криза [62] от седемдесетте години на миналия век, и позволява на дружеството BP да приложи по отношение на случаен купувач — холандската кооперация ABG — процент на намаляване на доставките на суров петрол, по-висок от прилагания за редовните му клиенти, с цел на последните да не се причинява по-голяма вреда в относителен план [63].

104. Определени обосновки се изтъкват в други области извън общностната съдебна практика. Така например Комисията допуска производител с господстващо положение да преразгледа своите търговски отношения, когато даден клиент промени политиката си и започне промоция на конкурентна марка [64].

105. В доктрината се разглеждат други обосновки като тази за неподходящия търговски съдружник, който е на прага на фалит, системно не изпълнява договорите или уврежда представата за доставчика или за качеството на неговите стоки [65]. В тези случаи здравият разум съветва да се уважи желанието на което и да било господстващо предприятие да откаже да изпълнява неговите поръчки.

б) Изложените правни основания

106. От доводите, изложени от GSK в представените пред Съда писмени становища, всички, свързани с намаляването на приходите поради загубата на пазарни дялове, от която се ползват търговците на едро, и нейното отражение върху възвръщането на инвестициите за изследователска и развойна дейност (наричана по-нататък „И+Р“) се свеждат до защита на законните интереси.

107. Както GSK, така и част от правната литература сочат огромното значение на инвестициите в И+Р за пускането на лекарство на пазара; добавят, че периодът между получаването на патента за

61 — Точка 191 и сл. от Решение по дело United Brands/Комисия.

62 — Решение от 29 юни 1978 г. по дело BP/Комисия (77/77, Recueil, стр. 1513), „дело за петролната криза“.

63 — Пак там, точки 32 и 33.

64 — Решение 87/500/ЕИО на Комисията от 29 юли 1987 година относно производство по член [82] от Договора за ЕИО (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: обезпечителни мерки) (ОВ L 286, стр. 36), точка 19.

65 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., цит. съч., стр. 957.

активната съставка и момента, в който тя може да се използва за лечебни цели, възлиза средно на дванадесет или тринадесет години, поради което фазата, в която пускането на пазара генерира доходи, е ограничена до седем или осем години [66].

108. Те сочат, че при тези условия паралелната търговия и производството на генерични лекарствени продукти след изтичане на периода на закрила, предоставена от титула за индустриална собственост, намаляват възвръщаемостта на разходите за И+Р.

109. Не откривам никаква задължителна причинно-следствена връзка между евентуалната вреда, свързана със възвръщаемостта на инвестициите за И+Р, и паралелната търговия, тъй като на първо място GSK и споменатите автори не предоставят никакви сведения за това от какво се обуславя периодът, през който патентът не генерира печалба. Впрочем този толкова дълъг срок произтича от вътрешното разпределение на разходите на фармацевтичните предприятия. При всяко положение като считат, че срокът на рентабилност на патента е много кратък, те се чувстват като всеки, който се ползва от правата си за ограничен период. Дори се осмелявам се предрека, че съществуват повече сектори, в които се случва нещо подобно във връзка с този вид нематериална собственост.

110. На второ място, макар да е логично да се смята, че само икономическият успех на даден патент гарантира набирането на достатъчно средства за продължаване на развойната дейност, политиката на И+Р във фармацевтичния сектор е ключова за цялата дейност. В този икономически отрасъл само непрекъснатото търсене на революционни лекарства спомага за просъществуването на много конкурентен, глобализиран и доходоносен пазар. При липсата обаче на ясно предначертана търговска политика съществува опасност и най-гениалните открития да останат незабелязани. Поради това всяко предприятие, осъществяващо изследователска дейност, трябва да търси най-подходящите начини за да се стигне до потребителя и той да бъде убеден.

111. GSK е могло свободно да организира разпространението на своите стоки в Европа. То се е спряло на стратегия, включваща гръцките търговци на едро, тъй като я е счело за по-полезна и рентабилна. Могло е да предпочете вертикално интегрирана система на разпространение на своите лекарствени продукти, както

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

е поискало да направи през ноември 2000 г. Макар да е свободно при спазване на търговската практика да променя своите схеми за доставка, в разглеждания в настоящото дело случай то е упреквано, че е наказало гръцките търговци на едро за това, че по-добре са се възползвали от условията на пазара, като им е попречило да осъществяват износната си дейност.

112. На трето място, при съпоставяне на данните, предоставени от споменатата в точка 107 от настоящото заключение правна литература, според които между 1998 г. и 2003 г. пазарният дял на паралелните вносители е нараснал от 1,8 % на 6,8 % [67], се създава усещането, че истинската битка е за възвръщане на маржовете на печалба, завоювани от конкурентите на големите фармацевтични дружества.

113. На този фон доводът, изведен от възпиращия ефект, произтичащ от загубата на доходи поради паралелния внос на патентовани лекарствени продукти, ми се струва подвеждащ, тъй като цели единствено да привлече в своя подкрепа общественото мнение, което се вълнува от жизнената важност на бинома И+Р за конкурентоспособността, изместващи сценария за съперничество между предприятия към сцената на политиката на насърчаване на изследователската дейност — сектор, който Европейският съюз прибави към своите задачи от въвеждането с Единния европейски акт на дял XVIII в Договора за ЕО, озаглавен „Научни изследвания и технологично развитие“.

114. В този контекст Европейският съюз предоставя на предприятията благоприятна среда, като ги насърчава да намаляват разходите за И+Р чрез груповото освобождаване на хоризонтални споразумения от този вид [68], съзнавайки, че сътрудничеството в тази област и съвместното използване на неговите резултати обикновено ускоряват техническия и икономическия прогрес чрез по-широко разпространение на „ноу-хау“ между страните и избягване на дублиращи се И+Р, чрез насърчаване на прогреса в резултат на обмен на допълващо се „ноу-хау“ и чрез организиране на по-рационална основа на производството на продуктите или въвеждането на процесите, достигнати в резултат на И+Р [69].

115. Следователно дори да можеше да бъде обосновано, поведението трябва да се обяви за непропорционално,

67 — Krapf, E., цит. съч., стр. 2.

68 — Регламент (ЕО) № 2659/2000 на Комисията от 29 ноември 2000 година относно прилагането на член 81, параграф 3 от Договора за категориите споразумения за изследвания и разработки (ОВ L 304, стр. 7; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 82).

69 — Съображение 10 от Регламент № 2659/2000.

тъй като премахва конкуренцията в разпространението в Европа, задушавайки паралелния внос с произход от Гърция.

3. Положителният икономически резултат

116. Последното оправдание на господстващите предприятия е свързано с икономическата ефективност на предполагаемата злоупотреба („efficiency defence“). Документът за обсъждане на Комисията във връзка с прилагането на член 82 ЕО я включва в подхода на Комисията [70], следвайки по този начин доктрината, според която трябва да се съжалява, че тя не е взета предвид [71].

117. От становището на GSK заключавам, че под този знаменател следва да се отнесат неговите твърдения за порочните последици от паралелната търговия с лекарства, които задължително се отпускат по лекарско предписание. То изтъква, че тя не ползва нито пациентите, нито социалноосигурителните органи, които поемат възстановяването на медицинските разходи. GSK съпоставя това със значителните доходи, които търговците на едро извличат от продажбата на стоката в страни, където плащаната по здравните застраховки цена е по-висока, отколкото в Гърция, и същевременно се оплаква заради значителните суми, които вече не получава.

118. Като се остави обаче настрана описанието на „ужасите“, предизвикани от паралелната търговия, то не споменава нито един положителен аспект, произтичащ от наложеното от него ограничение на доставките на лекарства на търговците на едро, с изключение на възвръщането на маржовете му на печалба, което е без значение за квалифицирането на поведението му като злоупотреба или за неговото оправдаване, както правилно отбелязва полското правителство.

119. Дори да се приеме, че предприятията с господстващо положение могат да докажат икономическата полза от своята злоупотреба, GSK не сочи нищо, което би могло да наклони везните в негова полза, макар критериите, свързани с благосъстоянието на болния и с намаляването на разходите за общественото здравеопазване, да заслужават специално внимание в главното производство. Следователно е очевидна необходимостта от доказване

70 — Европейска комисия, цит. съч., параграфи 84—91.

71 — Loewenthal, P.-J., цит. съч., стр. 464 и 465.

на пропорционалността като последен етап от анализа, в случай че се установи наличие на обосновка.

— данни за регулирането на пазара, които поради това че не могат да бъдат променени от него, го задължават да действа по този начин, като в настоящия случай определянето на цените на лекарствата и задължението за поддържане на наличност за снабдяване на пациентите не могат да се вземат предвид,

4. Предложение за отговор на втория преюдициален въпрос

— доказателства, че е действало единствено с намерението да защити своите законни търговски интереси, към които в настоящия случай не спада отражението върху стимулите за извършването на нововъведения

120. Предвид изложените разсъждения препоръчвам на Съда да отговори на втория преюдициален въпрос в смисъл, че ограничаването от предприятие с господстващо положение на поръчките на търговците на едро до количествата, съответстващи на търсенето на даден национален пазар, с намерението да се сложи край на паралелния внос, извършван от тези търговци на едро към други държави-членки, по принцип представлява злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 82 ЕО.

— и икономическите облаги от разглежданото поведение.

121. Въпреки това заподозряното в злоупотреба предприятие може да посочи всички факти и доказателства, които обективно биха могли да обосноват неговото поведение, в частност:

122. При установяване на обосновката не следва да се забравя преценката за пропорционалност, т.е. за това дали тя е необходима и адекватна.

VI — Заключение

123. С оглед на предходните съображения се отклонявам от посоченото по-горе заключение на генералния адвокат Jacobs по дело Syfait и предлагам на Съда да отговори на поставените от Trimeles Efeteio Athinon преюдициални въпроси по следния начин:

„1) Член 82 ЕО не позволява на предприятията с господстващо положение да се вменява отговорност за поведения, които сами по себе си представляват злоупотреба, включително когато обстоятелствата в конкретния случай свидетелстват за тяхното намерение и за антиконкурентните последици на техните действия.

2) Предприятие с господстващо положение, което отказва да изпълни изцяло поръчките на търговците на едро с фармацевтични продукти с цел да намали износа им и да ограничи вредите, причинени от паралелната търговия, извършва злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО. Въпреки това за да обоснове обективно своето поведение, предприятието може да представи релевантни доказателства, и по-специално:

— данни за регулирането на пазара, които поради това че не могат да бъдат променени от него, го задължават да действа по този начин, като в настоящия случай определянето на цените на лекарствата и задължението за поддържане на запаси за снабдяване на пациентите не могат да се вземат предвид,

— доказателства, че е действало единствено с намерението да защити своите законни търговски интереси, към които в настоящия случай не спада отражението върху стимулите за извършване на нововъведения

— и икономическите облаги от разглежданото поведение“.