CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER prezentate la 1 aprilie 2008 [1]

Cuprins

I — Introducere ..... I - 7145

II — Cadrul juridic ..... I - 7146

A — Dreptul comunitar ..... I - 7146

B — Legislația națională ..... I - 7148

III — Situația de fapt din acțiunea principală și întrebările preliminare ..... I - 7148

IV — Procedura în fața Curții ..... I - 7151

V — Analiza întrebărilor preliminare ..... I - 7152

A — Aspecte introductive ..... I - 7152

1. Obiecții cu privire la formularea întrebărilor ..... I - 7152

a) Poziția dominantă ..... I - 7152

b) Onorarea integrală a comenzilor ..... I - 7153

2. Abordare ..... I - 7153

B — Abuz de poziție dominantă per se la articolul 82 CE (prima întrebare preliminară) ..... I - 7154

1. Refuzul de aprovizionare ca act abuziv ..... I - 7154

a) Jurisprudența comunitară ..... I - 7154

b) Intenția ca circumstanță agravantă ..... I - 7156

1 — Limba originală: spaniola.

2. Recunoașterea abuzului *per se* în temeiul articolului 82 CE: o problemă metodologică ..... I - 7158

a) Jurisprudența Curții ..... I - 7158

b) Neîncadrarea abuzurilor *per se* la articolul 82 CE ..... I - 7159

i) Motive de natură juridică ..... I - 7159

ii) Motive de natură economică ..... I - 7161

3. Sugestie de răspuns la prima întrebare preliminară ..... I - 7162

C — Elemente care pot justifica un comportament considerat în mod normal abuziv (a doua întrebare preliminară) ..... I - 7162

1. Condițiile unei piețe imperfecte ..... I - 7163

a) Caracteristici fundamentale ale pieței ..... I - 7163

b) Analiza motivelor de justificare ..... I - 7164

i) Stabilirea prețurilor de către statele membre ..... I - 7165

ii) Obligația de aprovizionare ..... I - 7166

2. Apărarea intereselor comerciale legitime ..... I - 7167

a) Analiza jurisprudenței ..... I - 7167

b) Argumentele invocate ..... I - 7168

3. Bilanțul economic pozitiv ..... I - 7171

4. Propunere de răspuns la cea de a doua întrebare preliminară ..... I - 7172

VI — Concluzie ..... I - 7173

I — Introducere

1. Curții îi sunt din nou adresate, ca și cum ar fi vorba despre un bumerang, întrebări preliminare pe care le-a respins deja ca inadmisibile acum câțiva ani [2]. O instanță elenă, Trimeles Efeteio Athinon (Curtea de Apel din Atena, Grecia) urmărește să obțină

2 — Hotărârea din 31 mai 2005, Syfait și alții, C-53/03, Rec., p. I-4609.

răspuns la unele întrebări esențiale de drept comunitar al concurenței, în legătură cu abuzul de poziție dominantă, interzis de articolul 82 CE, și cu importurile paralele de medicamente din Grecia către alte state membre în care rambursarea prețurilor plătite pentru medicamentele eliberate pe bază de prescripție medicală este mult superioară celei practicate în Grecia.

2. Motivul respingerii trimiterii preliminare nu l-a împiedicat pe avocatul general desemnat cu această ocazie să prezinte concluzii [3], la care părțile din acțiunea aflată pe rolul instanței de trimitere se referă pe larg, astfel încât aproape că fac din acestea centrul discuțiilor.

3. Aceste împrejurări ne îngrijorează, în măsura în care ne simțim precum Avellaneda redactând cea de a doua parte a unui roman de alt autor, fapt care ar putea să ne aducă mustrări precum cele primite de autorul în cauză, deși situația nu este comparabilă: suntem obligați să redactăm aceste concluzii și ne îndeplinim obligațiile profesionale cu bună-credință și fără niciun resentiment care se pare că a inspirat plagiatul lui Avellaneda [4].

II — Cadrul juridic

A — *Dreptul comunitar*

4. Tratatul CE conține dispoziții în domeniul concurenței care sunt fundamentale pentru funcționarea pieței comune. În timp ce articolul 81 CE interzice înțelegerile între întreprinderi concurente, primul paragraf al articolului 82 CE interzice folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața comună sau pe o parte semnificativă a acesteia. Cel de al doilea paragraf enumeră în mod neexhaustiv o serie de exemple tipice de astfel de comportamente abuzive.

3 — Concluziile avocatului general Jacobs prezentate în cauza Syfait și alții, citite la 28 octombrie 2004, în care acesta pledează în favoarea admisibilității întrebărilor preliminare.

4 — Sub pseudonimul de Alonso Fernández de Avellaneda, probabil un cleric necunoscut, numit Alonso Fernández Zapata a publicat în 1614 „Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha", declanșând mânia ușor de înțeles a lui Cervantes care, redactând continuarea autentică a romanului său, a atacat această imitație grosolană. Calitatea literară a versiunii uzurpate se îndepărta cu mult de cea pe care intenționa să o copieze, astfel încât Fernando García Salinero, „Introducción crítica sobre la obra y su autor", în *Alonso Fernández de Avellaneda, El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha,* Ed. Castalia, Madrid, 2005, p. 24, a calificat-o drept „Carte de glume lipsite de ingeniozitatea operei picarești, a cărei elaborare se datorează, probabil, unor motive de ranchiună personală" [traducere liberă].

5. Câteva dispoziții de drept derivat sunt de asemenea relevante în contextul de fapt al acțiunii principale: este cazul Directivei 89/105/CEE [5] ce cuprinde măsuri prin care se urmărește armonizarea metodelor de stabilire a prețurilor medicamentelor. Articolul 2 precizează la punctele 1 și 2:

„Următoarele dispoziții se aplică în cazurile în care comercializarea unui medicament este permisă numai după ce autoritățile competente ale statelor membre în cauză au aprobat prețul produsului:

(1) Statele membre se asigură că decizia privind prețul perceput pentru medicamentul în cauză este adoptată și comunicată solicitantului în termen de 90 de zile de la primirea unei cereri depuse în conformitate cu cerințele stabilite în statul membru în cauză, de către titularul unei autorizații de comercializare. Solicitantul furnizează autorităților competente informațiile necesare. […] [A]utoritățile competente […] iau decizia finală în termen de 90 de zile […]. În cazul în care această decizie nu este luată în perioada sau perioadele menționate, solicitantul este îndreptățit să comercializeze produsul la prețul propus.

(2) Dacă autoritățile competente decid să nu permită comercializarea medicamentului în cauză la prețul propus de solicitant, această decizie conține o expunere de motive, bazată pe criterii obiective și verificabile. […]”

6. Deși nu afectează *ratione temporis* împrejurările de fapt analizate în fața instanței de trimitere, trebuie să se menționeze, ținând cont de eventualele repercusiuni în viitor ale hotărârii pe care o va pronunța Curtea, cel de al doilea paragraf al articolului 81 din Directiva 2001/83/CE [6], care a derogat de la Directiva 92/25/CEE [7] și are următorul cuprins:

„Titularul autorizației de introducere pe piață a unui medicament și distribuitorii respectivului medicament introdus efectiv pe piață într-un stat membru asigură, în limita responsabilităților lor, aprovizionarea corespunzătoare și continuă cu acest medicament a farmaciilor și a persoanelor autorizate să livreze medicamente astfel încât nevoile pacienților din statul membru respectiv să fie satisfăcute.”

7. Cel de al treilea paragraf al aceluiași articol 81 insistă că normele de punere în aplicare

5 — Directiva Consiliului din 21 decembrie 1988 privind transparența măsurilor care reglementează stabilirea prețurilor medicamentelor de uz uman și includerea acestora în domeniul de aplicare al sistemelor naționale de asigurări de sănătate (JO 1989, L 40, p. 8, Ediție specială, 05/vol. 2, p. 84).

6 — Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 6 noiembrie 2001 de instituire a unui cod comunitar cu privire la medicamentele de uz uman (JO L 311, p. 67, Ediție specială, 13/vol. 33, p. 3), astfel cum a fost modificată prin Directiva 2004/27/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 (JO L 136, p. 34, Ediție specială, 13/vol. 44, p. 116).

7 — Directiva Consiliului din 31 martie 1992 privind distribuția angro a medicamentelor de uz uman (JO L 113, p. 1).

a prezentului articol ar trebui de asemenea să fie justificate de rațiuni de protecție a sănătății publice și să fie proporționale cu obiectivul acestei protecții, „în conformitate cu normele tratatului, în special cele privind libera circulație a mărfurilor și concurența".

B — *Legislația națională*

8. Articolul 2 din Legea nr. 703/1977 privind controlul monopolurilor și al oligopolurilor, precum și protecția liberei concurențe (denumită în continuare „Legea elenă privind protecția concurenței") corespunde în esență dispozițiilor articolului 82 CE.

9. În temeiul articolului 29 paragraful 2 din Legea nr. 1316/1983, care a modificat articolul 8 din Decretul-lege nr. 96/1973, titularul unei autorizații de introducere pe piață a unor produse farmaceutice are obligația de a aproviziona piața în mod regulat cu produsele pe care le produce sau le importă.

10. Legislația elenă condiționează activitatea distribuitorilor angro de produse farmaceutice de obținerea unei autorizații, obligându-i în același timp să acopere cu o gamă de produse farmaceutice necesitățile unei zone geografice determinate.

III — Situația de fapt din acțiunea principală și întrebările preliminare

11. Societatea de cercetare și de fabricare a produselor farmaceutice GlaxoSmithKline plc, cu sediul în Regatul Unit, se ocupă cu distribuirea și cu depozitarea produselor sale în Grecia prin intermediul filialei sale GSK AEVE (împreună, cele două societăți sunt denumite în continuare „GSK"), care deține autorizația societății mamă să le comercializeze pe teritoriul elen. Aceasta își vinde astfel produsele sub marca „Imigran" pentru migrenă, „Lamictal" pentru epilepsie și „Serevent" pentru astm, care sunt toate eliberate pe bază de rețetă medicală obligatorie, GSK fiind titulara brevetelor.

12. De mai mulți ani, apelantele din litigiile principale au cumpărat în calitate de distribuitori angro medicamentele menționate anterior, sub toate formele, pentru a aproviziona ulterior atât piața greacă, cât și pe cea a altor țări, în particular Germania și Regatul Unit.

13. Invocând o penurie a acestor trei medicamente pentru care și-a declinat orice responsabilitate, GSK și-a modificat sistemul de distribuție în Grecia la sfârșitul lunii octombrie a anului 2000. Aceasta nu a onorat comenzile apelantelor începând cu 6 noiembrie 2000, dar a aprovizionat spitalele și farmaciile prin intermediul societății Farmacenter AE.

14. În februarie 2001, GSK a reluat cursul normal al aprovizionării, furnizând distribuitorilor angro, chiar dacă în cantităţi limitate, medicamentele Imigran, Lamictal şi Serevent, dar a renunţat la colaborarea cu Farmacenter AE. Această decizie a GSK a provocat furia apelantelor care au formulat două acţiuni, una administrativă şi cealaltă civilă.

15. GSK a iniţiat acţiunea administrativă solicitând Epitropi Antagonismou (Comisia elenă a concurenţei) un atestat negativ privind modificările politicii sale de distribuire a medicamentelor; la rândul lor, apelantele din litigiile principale, anumite asociaţii elene ale farmaciştilor şi ale altor distribuitori angro au solicitat iniţierea unei investigaţii privind aceleaşi fapte şi condamnarea GSK pentru abuz de poziţie dominantă în sensul articolului 2 din Legea elenă privind protecţia concurenţei şi al articolului 82 CE.

16. Într-o decizie de dispunere a unor măsuri provizorii, Epitropi Antagonismou a obligat GSK să onoreze comenzile privind cele trei produse în litigiu până la pronunţarea unei decizii definitive. Cu toate acestea, având îndoieli cu privire la interpretarea dreptului naţional în lumina normelor comunitare, organismul de reglementare a liberei concurenţe pe piaţa greacă a suspendat procedurile cu care era sesizat şi a adresat Curţii întrebări preliminare privind interpretarea articolului 82 CE, care au fost înregistrate la grefă sub numărul C-53/03.

17. Hotărârea Curţii nu a abordat fondul litigiului întrucât aceasta din urmă s-a declarat incompetentă să răspundă unui organ care nu are atribuţii jurisdicţionale, în conformitate cu articolul 234 CE[8], dar Epitropi Antagonismou s-a pronunţat cu privire la plângerile apelantelor la 1 septembrie 2006 considerând că GSK ocupa o poziţie dominantă numai în ceea ce priveşte Lamictal, dat fiind că bolnavii epileptici întâmpinau dificultăţi în a se adapta la alte medicamente similare; aceasta a apreciat, pe de altă parte, că GSK încălcase numai articolul 2 din Legea elenă privind protecţia concurenţei în perioada cuprinsă între noiembrie 2000 şi februarie 2001, însă nu ulterior, şi că nu a încălcat articolul 82 CE.

18. Validitatea deciziei Epitropi Antagonismou a fost atacată de apelante la Dioikitiko Efeteio Athinon (Curtea Administrativă de Apel din Atena), cauza aflându-se în prezent pe rolul acestei instanţe.

19. Procedura civilă a fost iniţiată prin acţiunile apelantelor actuale la Polymeles Protodikeio Athinon (Tribunalul de Mare Instanţă din Atena); acestea şi-au depus cere-

8 — Distanţându-se astfel de Hotărârea din 21 martie 2000, Gabalfrisa şi alţii (C-110/98-C-147/98, Rec., p. I-1577), pe care am considerat-o întotdeauna eronată şi apropiindu-se mai mult de teza pe care o apărăm începând cu Concluziile pe care le-am prezentat în cauza De Coster în care s-a pronunţat Hotărârea din 29 noiembrie 2001 (C-17/00, Rec., p. I-9445); a se vedea în ceea ce priveşte stadiul dezbaterilor Concluziile noastre prezentate la 22 noiembrie 2007 în cauza Ing. Aigner (C-393/06), aflată pe rolul Curţii.

rile introductive la 30 aprilie [9], respectiv la 30 octombrie 2001 [10], precum și la 5 martie [11] și la 11 noiembrie 2002 [12].

20. Apelantele au susținut că întreruperea livrărilor de către GSK și comercializarea de către Farmacenter constituie acte de concurență neloială și un abuz de poziție dominantă a societății GSK pe piața celor trei medicamente menționate. Apelantele au solicitat continuarea aprovizionărilor în funcție de media lunară a cantităților pe care le-au cumpărat de la GSK între 1 ianuarie și 31 octombrie 2000, majorate cu 20 %, precum și repararea prejudiciului cauzat și despăgubirea beneficiului nerealizat.

21. Cu excepția cererii de despăgubire pentru *lucrum cessans* Polymeles Protodikeio Athinon s-a pronunțat cu privire la aceste cereri între ianuarie și octombrie 2003, respingându-le ca neîntemeiate, întrucât a apreciat că refuzul de aprovizionare era justificat și că, prin urmare, GSK nu își folosea poziția dominantă în mod abuziv.

22. Reclamantele din procedura națională au introdus apel împotriva acestor decizii la Trimeles Efeteio Athinon care, după ce a așteptat în zadar răspunsul Curții la întrebările pe care i le adresase Epitropi Antagonismou în cauza C-53/03, citată anterior, a decis să suspende judecarea cauzei în apel și să adreseze Curții aceleași întrebări preliminare, și anume [13]:

„1) Constituie *ipso facto* un comportament abuziv, în sensul articolului 82 CE, refuzul unei întreprinderi ce ocupă o poziție dominantă de a onora integral comenzile care îi sunt adresate de distribuitori angro de produse farmaceutice atunci când pretinde că restrânge activitatea de export a respectivilor distribuitori și de a limita astfel prejudiciul cauzat de comerțul paralel? Răspunsul la această întrebare este influențat de faptul că diferențele de prețuri rezultând în cadrul Uniunii Europene ca urmare a intervenției statului sau, altfel spus, subordonarea pieței produselor farmaceutice unui regim care nu este de concurență strictă și care este marcat de un grad ridicat de intervenționism statal fac comerțul paralel deosebit de profitabil pentru distribuitorii angro? În sfârșit, o instanță națională este obligată să aplice normele comunitare privind concurența în același mod piețelor ce funcționează în regim de concurență și piețelor pe care concurența este denaturată ca urmare a intervenției statului?

9 — Cauzele C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06-C-476/06 și C-478/06.

10 — Cauza C-473/06.

11 — Cauza C-477/06.

12 — Cauzele C-469/06 și C-471/06.

13 — Transcriem întrebările adresate în cauzele C-474/06-C-478/06, în măsura în care acelea adresate în cauzele anterioare (C-468/06 și C-473/06) menționau în mod eronat „o autoritate națională în domeniul concurenței” în loc de „o instanță națională”, probabil fiindcă întrebările adresate Curții de Epitropi Antagonismou au fost copiate literalmente, după cum arată apelantele în observațiile pe care le-au depus în cauzele C-469/06-C-476/06.

2) În măsura în care Curtea ar considera că restricționarea comerțului paralel, pentru motivele invocate mai sus, nu constituie întotdeauna o practică abuzivă atunci când este exercitată de o întreprindere dominantă, cum trebuie apreciat eventualul caracter abuziv? În mod concret:

2.1. Criteriul procentajului de depășire a consumului național normal și/sau cel al prejudiciului suferit de întreprinderea în poziție dominantă față de cifra sa de afaceri totală și față de beneficiul său total sunt criterii adecvate? În caz afirmativ, în ce mod trebuie fixat nivelul procentajului de depășire și cel al prejudiciului – acesta din urmă fiind considerat drept un procentaj din cifra de afaceri și din totalul beneficiilor – dincolo de care comportamentul în discuție va fi calificat drept abuziv?

2.2. Trebuie aplicată o evaluare a intereselor și care sunt acestea? Mai precis:

a) Răspunsul este influențat de faptul că bolnavul care este consumatorul final are un avantaj financiar limitat ca urmare a comerțului paralel?

b) Trebuie luat în considerare interesul organismelor de securitate socială ca medicamentele să fie mai ieftine și în ce măsură?

2.3. Ce alte criterii și ce alte moduri de abordare pot fi considerate adecvate în speță?”

IV — Procedura în fața Curții

23. Toate ordonanțele de trimitere a întrebărilor preliminare au fost înregistrate le grefa Curții la 21 noiembrie 2006. În conformitate cu articolul 43 din Regulamentul de procedură al Curții, președintele a decis să conexeze cauzele la 29 ianuarie 2007, pe motivul conexității lor obiective.

24. Întreprinderile Sot. Lélos kai Sia EE (cauza C-468/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïónton și alții (cauzele C-469/06-C-476/06) și Kokkoris D. Tsánas K. EPE și alții (cauzele C-477/06 și C-478/06), apelante în acțiunea principală, precum și GSK, guvernul polonez și Comisia Comunităților Europene au depus observații scrise în termenul stabilit la articolul 23 din Statutul Curții de Justiție.

25. În ședința din 29 ianuarie 2008, reprezentanții Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïónton și alții, ai Kokkoris D. Tsánas K. EPE și alții, ai GSK, ai Republicii Italiene care nu prezentase observații scrise, ai Republicii Polone și ai Comisiei s-au prezentat pentru a-și susține oral argumentele și pentru a răspunde la întrebările pe care Curtea le-a adresat acestora.

V — Analiza întrebărilor preliminare

A — *Aspecte introductive*

1. Obiecții cu privire la formularea întrebărilor

a) Poziția dominantă

26. Am amintit anterior Decizia Comisiei elene de protejare a concurenței din 1 septembrie 2006, care a declarat că GSK ocupa o poziție dominantă în ceea ce privește medicamentul Lamictal, dar nu în ceea ce privește Imigran și Serevent. Cu toate acestea, la punctul 5 din observațiile scrise, GSK contestă această concluzie, întemeindu-se pe două argumente principale, și anume imposibilitatea de a acționa fără a ține cont de concurenți și faptul că piața relevantă nu este piața terapeutică, ci aceea a tuturor produselor farmaceutice care, în Europa, se eliberează obligatoriu pe bază de prescripție medicală.

27. Există o jurisprudență constantă cu privire la separarea clară a atribuțiilor între organele jurisdicționale naționale și Curte în procedurile întemeiate pe articolul 234 CE, astfel încât aprecierea împrejurărilor de fapt îi revine instanței naționale [14].

28. În măsura în care analiza situației unei întreprinderi pe o piață determinată, mai exact piața în cauză, este o apreciere de fapt, Curtea este obligată să o încredințeze autorului trimiterii fără a se pronunța asupra acestui aspect.

29. Trimeles Efeteio Athinon trebuie, așadar, să verifice dacă condiția *sine qua non* a aplicării articolului 82 CE este îndeplinită și, dacă ajunge la o concluzie negativă, trebuie să respingă apelurile cu care a fost sesizat.

14 — Hotărârea din 15 noiembrie 1979, Denkavit Futtermittel (36/79, Rec., p. 3439, punctul 12), Hotărârea din 5 octombrie 1999, Lirussi și Bizzaro (C-175/98 și C-177/98, Rec., p. I-6881, punctul 37), Hotărârea din 22 iunie 2000, Fornasar și alții (C-318/98, Rec., p. I-4785, punctul 31), și Hotărârea din 21 iunie 2007, Omni Metal Service (C-259/05, Rep., p. I-4945, punctul 17).

30. Cu toate acestea, decizia Epitropi Antagonismou face obiectul unei acţiuni în contencios administrativ în Grecia şi, pentru a răspunde la întrebările instanţei de trimitere, ar trebui să se plece, aşadar, de la ipoteza că GSK ocupă o poziţie dominantă.

b) Onorarea integrală a comenzilor

31. În observaţiile sale scrise, societatea apelantă în litigiul principal, Lelos kai Sia EE critică modul de redactare a primei întrebări preliminare pentru utilizarea expresiei „onorarea integrală a comenzilor" care ar induce în eroare, întrucât are drept efect deplasarea dezbaterii din contextul în care a luat naştere, pe un plan mai teoretic, în care ar trebui să se aprecieze temeinicia fiecărei comenzi adresate GSK, chiar dacă aceasta ar fi exorbitantă şi disproporţionată.

32. Deşi cu mai puţină înverşunare, celelalte apelante invocă de asemenea necesitatea de a reaşeza litigiul în termenii săi iniţiali astfel cum este prezentat în cadrul procedurilor elene, din moment ce GSK tinde să exagereze cererile distribuitorilor angro greci şi să îşi structureze argumentarea ca şi când ar fi vorba să se ia în considerare toate cererile, independent de caracterul excesiv al acestora.

33. Împărtăşim opinia importatorilor paraleli în ceea ce priveşte faptul că este relevant să se abordeze litigiul conform condiţiilor în care a apărut, şi anume furnizarea către aceste întreprinderi de către GSK a medicamentelor în discuţie, în cantităţile medii lunare din anul 2000, majorate cu 20 % astfel cum se deduce din decizia de trimitere, dat fiind că, pe de o parte, în procedurile iniţiate în aplicarea articolului 234 CE, instanţa de trimitere prezintă împrejurările de fapt în care Curtea nu trebuie să intervină, iar pe de altă parte, dacă ne îndepărtăm de contextul de fapt, răspunsul ar fi lipsit de orice utilitate.

2. Abordare

34. Pare oportun, pentru a înţelege mai bine prezenta cauză, să se recurgă la posibilitatea recunoscută în jurisprudenţă [15] de a reformula întrebările adresate de Trimeles Efeteio Athinon, în măsura în care, în prima întrebare, aceasta urmăreşte să se stabilească dacă lipsa aprovizionării din partea GSK, motivată prin intenţia de a limita comerţul paralel, presupune în sine (*per se)* un abuz de poziţie dominantă, în măsura în care aceasta urmărea exclusiv să îşi elimine concurenţii de pe piaţa distribuţiei angro.

15 — De exemplu, în Hotărârea din 23 noiembrie 1977, Enka (38/77, Rec., p. 2203), în Hotărârea din 1 aprilie 1993, Hewlett Packard France (C-250/91, Rec., p. I-1819), şi în Hotărârea din 10 mai 2001, Agorà şi Excelsior (C-223/99 şi C-260/99, Rec., p. I-3605).

35. Cu toate acestea, întrebările pe care le adaugă în continuare abordează o serie de elemente de fapt care se încadrează în domeniul eventualei justificări a abuzului, astfel încât ar fi mai logic să fie transferate la cea de a doua întrebare preliminară care se referă la criteriile adecvate pentru aprecierea caracterului abuziv al comportamentului GSK. În plus, observațiile scrise depuse în prezenta procedură a întrebărilor preliminare au fost inspirate în mare măsură de Concluziile avocatului general Jacobs prezentate în cauza Syfait și alții, care analizează de asemenea pe larg motivele de exceptare a abuzului.

36. Acest mod de abordare a întrebărilor ne permite de asemenea să ne pronunțăm asupra unei dezbateri doctrinare de o anumită actualitate, și anume existența practicilor abuzive *per se*, și să aprofundăm analiza eventualelor justificări ale acestora.

B — *Abuz de poziție dominantă per se la articolul 82 CE (prima întrebare preliminară)*

37. În acțiunile pe fond s-a reproșat GSK că a suspendat vânzarea medicamentelor Imigram, Lamictal și Serevent către distribuitorii angro invocând o pretinsă penurie; acesteia i s-a reproșat de asemenea că a continuat să îi aprovizioneze pe concurenții săi, dar adaptând cantitățile la necesitățile de pe piața greacă, pentru a evita ca produsele să fie reexportate în alte țări europene, în special în Germania și în Regatul Unit.

38. Înainte de a analiza dacă acest comportament merită să fie calificat drept abuziv *per se* trebuie să ne ocupăm pe scurt de tratamentul refuzului de aprovizionare în jurisprudența comunitară, precum și de efectul intenției evidente de a bloca comerțul paralel ca circumstanță agravantă a acestui comportament. Odată înlăturată necunoscuta privind existența unui abuz, analiza se poate concentra pe calificarea acestuia *per se*.

1. Refuzul de aprovizionare ca act abuziv

a) Jurisprudența comunitară

39. Puținele hotărâri ale Curții în acest domeniu au fost pronunțate în împrejurări de fapt care ne determină să ne îndoim de aplicabilitatea lor în prezenta cauză, în care întreprinderile care comercializează angro cele trei medicamente menționate sunt confruntate cu un refuz din partea unicului lor furnizor, întreprinderea titulară a brevetelor de fabricație care dintotdeauna este concurenta lor în comercializarea acestor produse. Cu toate acestea, nu este inutil să se menționeze, având în vedere caracterul lor general, unele dintre hotărârile cele mai semnificative referitoare la articolul 82 CE.

40. În cauza Istituto Chemioterapico Italiano Commercial Solvents/Comisia [16] întreprinderea în cauză întrerupsese aprovizionarea cu aminobutanol a societății italiene Zoja care fabrica etambutanol, un derivat al acestei materii prime, cele două întreprinderi fiind concurente pe piață. Conform hotărârii Curții, încetarea aprovizionării este contrară articolului 82 CE întrucât poziția dominantă de care se bucura Commercial Solvents în fabricarea acestei substanțe care îi permitea să controleze aprovizionarea fabricanților de produse derivate nu o autoriza să elimine concurența clienților săi anteriori pentru unicul motiv că a început ea însăși să producă aceste derivate [17].

41. Există paralelisme evidente între Hotărârea Istituto Chemioterapico Italiano și Commercial Solvents/Comisia și prezenta cauză, în măsura în care, la început, GSK a întrerupt aprovizionarea distribuitorilor angro greci cu produsele sale, cu scopul de a-și reorganiza vânzările celor trei medicamente în litigiu prin intermediul propriului distribuitor exclusiv în țară; aproximativ trei luni mai târziu, aceasta și-a reluat livrările, dar a limitat cantitățile la cererea de pe piața națională greacă.

42. În cauza United Brands/Comisia, referitoare la bananele „Chiquita” [18], Curtea a apreciat că United Brands încălcase normele privind concurența, prin încetarea vânzării de banane către distribuitorul danez Olesen, care efectua și procesul de maturare artificială a bananelor, deoarece Olesen participase la o campanie publicitară a concurentului Dole.

43. Cu această ocazie, Curtea a declarat că o întreprindere care dispune de o poziție dominantă în distribuirea unui produs nu poate înceta livrările către un client vechi „care respectă uzanțele comerciale, atunci când comenzile acestui client nu prezintă caracter anormal” [19].

44. Trebuie să se sublinieze similitudinile cauzei United Brands/Comisia cu prezenta cauză, în ceea ce privește poziția dominantă a întreprinderii și respectarea uzanțelor comerciale – sau executarea contractelor – de către distribuitorii angro concurenți; în schimb, în acțiunile principale, ridică probleme diferite nivelul aprovizionărilor cerut de apelante în fața Trimeles Efeteio Athinon în funcție de aprecierea sa drept obișnuit sau exagerat. Acest din urmă aspect nu a fost abordat în Hotărârea United Brands/Comisia și Curtea a apreciat că, în speță, comenzile Olesen erau normale. Cu toate acestea, modul de apreciere al acestei caracteristici constă în analiza posibilelor justificări ale refuzului de a onora în totalitate comenzile întreprinderilor care operează în comerțul paralel, astfel încât aprofundarea acestui aspect nu este necesară.

16 — Hotărârea din 6 martie 1974 (6/73 și 7/73, Rec., p. 223).

17 — *Ibidem*, punctele 25 și 26.

18 — Hotărârea din 14 februarie 1978 (27/76, Rec., p. 207).

19 — Hotărârea United Brands, citată la nota de subsol 18, punctul 182.

45. În alte cauze, Curtea s-a pronunțat cu privire la acest refuz, dar în împrejurări prea diferite de cele din prezenta cauză sau într-un context legal foarte diferit. În această primă categorie este oportun să se menționeze Hotărârea CBEM [20] care a extins la piața serviciilor interdicția ca întreprinderile care au o poziție dominantă să își rezerve pentru ele însele sau pentru altă societate din grup piața unei activități auxiliare desfășurate de o întreprindere terță pe o piață similară, dar totuși diferită; în cea de a doua ipoteză se regăsesc hotărârile care au abordat problema accesului la o structură esențială („essential facility"), cum este Hotărârea Bronner [21], sau cele privind refuzul de a acorda o licență de proprietate intelectuală sau industrială, cum sunt Hotărârile Magill [22] și IMS Health [23], toate trei fiind foarte diferite de împrejurările care se află la originea prezentei trimiteri.

46. Pe scurt, din Hotărârile Istituto Chemioterapico Italiano și Commercial Solvents/Comisia și United Brands/Comisia rezultă că întreprinderea dominantă care evită să asigure aprovizionarea, mai ales în absența unor produse alternative cum este cazul medicamentului Lamictal, rezervând pentru sine piața exporturilor paralele, adoptă un comportament abuziv în sensul articolului 82 CE. Rămâne să se stabilească dacă voința de a elimina acest comerț paralel permite să se afirme că este vorba despre un abuz *per se* conform normelor comunitare privind concurența.

20 — Hotărârea din 3 octombrie 1985 (311/84, Rec., p. 3261), cunoscută sub numele „Télémarketing".

21 — Hotărârea din 26 noiembrie 1998 (C-7/97, Rec., p. I-7791).

22 — Hotărârea din 6 aprilie 1995, RTE și IPT/Comisia, cunoscută sub numele „Magill" (C-241/91 P și C-242/91 P, Rec., p. I-743).

23 — Hotărârea din 29 aprilie 2004 (C-418/01, Rec., p. I-5039).

b) Intenția ca circumstanță agravantă

47. De la început, jurisprudența comunitară a plecat de la ideea că noțiunea de „abuz" de la articolul 82 CE este o noțiune obiectivă, legată de activitățile întreprinderilor care ocupă o poziție dominantă [24] și neafectată, așadar, de influența vreunei referiri la motivele care le-au determinat să acționeze în acest mod [25]. Ca o condiție de aplicare a articolului 82 CE, abuzul nu trebuie să rezulte nici din culpă [26].

48. Cu toate acestea trebuie să se țină cont de două aspecte importante care lămuresc afirmațiile precedente.

49. Pe de o parte, nu trebuie exclus în întregime faptul că elementele subiective ale încălcării servesc adesea drept indiciu că un operator urmărește un obiectiv contrar concurenței și că pot constitui ele însele un comportament abuziv [27].

24 — Hotărârea din 13 februarie 1979, Hoffmann-La Roche/Comisia (85/76, Rec., p. 461, punctul 91), Hotărârea din 9 noiembrie 1983, Michelin/Comisia (322/81, Rec., p. 3461, punctul 70), și Hotărârea din 3 iulie 1991, AKZO/Comisia (C-62/86, Rec., p. I-3359, punctul 69).

25 — Această idee este aproape unanimă în doctrină: Schröter, H., „Artikel 82", în Schröter, H., Jacob, T., și Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Ed. Nomos, Baden Baden, 2003, p. 905.

26 — Hotărârea din 21 februarie 1973, Europemballage și Continental Can/Comisia (6/72, Rec., p. 215, punctele 25-27, denumită în continuare „Hotărârea Continental Can").

27 — Gleiss, A., și Hirsch, M., *Kommentar zum EWG Kartellrecht*, Ed. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, ediția a 3-a, Heidelberg, 1978, p. 347.

50. Pe de altă parte, Curtea a confirmat teza dezvoltată de Tribunal, potrivit căreia, ţinând cont de diferenţa dintre articolul 81 alineatul (1) CE şi articolul 82 CE, în măsura în care acesta din urmă nu conţine nicio aluzie la efectul anticoncurenţial al comportamentului în cauză, pentru a putea stabili o încălcare a articolului 82 CE este suficient să se demonstreze că un comportament abuziv al întreprinderii dominante urmăreşte să restrângă concurenţa sau, cu alte cuvinte, că poate avea acest efect [28].

51. Prin urmare, cu cât întreprinderea care ocupă o poziţie dominantă urmăreşte să împiedice libera concurenţă pe piaţă, cu atât prezumţia de comportament abuziv este mai puternică. Prezentul litigiu se încadrează în această situaţie. GSK însăşi nu a negat că dorea cu adevărat să elimine exporturile paralele din Grecia ale celor trei medicamente în litigiu către alte ţări comunitare, efectuate de întreprinderile de comerţ angro.

52. În plus, întrucât aceste restricţii privind volumul vânzărilor celorlalţi distribuitori reduc posibilităţile de comercializare ale concurenţilor săi, în sensul articolului 82 al doilea paragraf litera (b) CE, există o prezumţie puternică privind faptul că acest comportament şi, în consecinţă, scopul care l-a inspirat încalcă primul paragraf al acestei dispoziţii [29].

53. Este evident că intenţia GSK încalcă obiectivele tratatului, întrucât împiedică libertatea schimburilor comerciale dintre statele membre, într-un mod atât de grav încât poate afecta realizarea unei pieţe unice, astfel cum se înţelege din jurisprudenţă şi din articolul 3 alineatul (1) litera (g) CE, în măsura în care GSK împarte în mod indiscutabil pieţele naţionale şi denaturează concurenţa pe piaţa comună [30].

54. Pe scurt, analiza precedentă acreditează teza potrivit căreia GSK a comis o încălcare gravă a tratatului, care ar merita să fie calificată *per se* drept abuz, în măsura în care nu se identifică altă justificare economică decât eliminarea comerţului paralel al concurenţilor săi, distribuitorii angro greci [31]. Cu toate acestea, avem unele îndoieli de ordin metodologic cu privire la nuanţarea comportamentului întreprinderilor dominante şi considerăm oportun să aprofundăm această analiză.

28 — Hotărârea din 15 martie 2007, British Airways/Comisia (C-95/04 P, Rep., p. I-2331, punctul 30), în legătură cu Hotărârea Tribunalului din 30 septembrie 2003, Michelin/Comisia (T-203/01, Rec., p. II-4071, punctul 239), şi cu Hotărârea Tribunalului din 17 decembrie 2003, British Airways/Comisia (T-219/99, Rec., p. II-5917, punctul 293).

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

30 — Hotărârea din 31 mai 1979, Hugin/Comisia (22/78, Rec., p. 1869, punctul 17), şi Hotărârea din 11 decembrie 1980, L'Oréal (31/80, Rec., p. 3775, punctul 27).

31 — Această teză îşi găseşte un anumit ecou în doctrină: 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", în *E. C. L. R.*, nr. 6/2005, p. 341.

2. Recunoașterea abuzului *per se* în temeiul articolului 82 CE: o problemă metodologică

55. Înainte de a enumera argumentele care se opun acceptării abuzului *per se* trebuie să abordăm evoluția noțiunii în jurisprudența comunitară.

a) Jurisprudența Curții

56. Până în prezent, Curtea a identificat trei practici care, dacă sunt puse în aplicare de întreprinderi în poziție dominantă, vor conduce în mod inevitabil la un abuz al poziției acestora pe piață, aparent fără să se admită proba contrară pentru a le justifica.

57. Curtea s-a pronunțat astfel cu privire la obligațiile de aprovizionare exclusivă impuse cumpărătorilor de societatea dominantă, fie că aceste obligații fuseseră stipulate fără alte mențiuni, fie ca o contraprestație pentru acordarea de rabaturi [32].

58. Rabaturile de fidelitate reprezintă a doua dintre aceste practici care sunt fără îndoială întotdeauna abuzive, dat fiind că, spre deosebire de rabaturile cantitative care sunt legate exclusiv de volumul achizițiilor efectuate de la producătorii interesați, acestea urmăresc să împiedice aprovizionarea clienților de la producătorii concurenți, acordându-le avantaje financiare [33].

59. Cea de a treia practică considerată abuzivă *per se* se referă la prețurile de ruinare. Pentru Curte, prețurile inferioare mediei costurilor variabile (cele care variază în funcție de cantitățile produse), întrucât nu au nicio finalitate economică, demonstrează numai intenția de a elimina un concurent, motiv pentru care sunt considerate abuzive [34]. Dimpotrivă, prețurile inferioare mediei costurilor totale (care cuprind costurile fixe și costurile variabile), dar superioare mediei costurilor variabile, trebuie considerate abuzive atunci când sunt stabilite în cadrul unui plan ce are ca scop eliminarea unui concurent [35].

60. Raționamentul urmat în aceste hotărâri excludea orice justificare a întreprinderii

32 — Hotărârea Hoffmann-La Roche/Comisia, citată la nota de subsol 24, punctul 89.

33 — Hotărârile din 16 decembrie 1975, Suiker Unie și alții/Comisia (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 și 114/73, Rec., p. 1663), și Michelin/Comisia, citată la nota de subsol 24, punctul 71.

34 — Hotărârea AKZO/Comisia, citată la nota de subsol 24, punctul 71, și Hotărârea din 14 noiembrie 1996, Tetra Pak/Comisia (C-333/94 P, Rec., p. I-5951, punctul 41).

35 — Hotărârea AKZO/Comisia, citată la nota de subsol 24, punctul 72.

dominante [36]. Cu toate acestea, jurisprudența recentă, chiar în domeniul rabaturilor de fidelitate, nu confirmă ideea că acestea trebuie să fie considerate întotdeauna abuzive. Fiind vorba de rabaturi legate de realizarea obiectivelor individuale de vânzare în domeniul aviației comerciale de pasageri, care sunt acordate agenților de voiaj de către o întreprindere care dispune de o poziție dominantă pe piața aeriană anglo-saxonă, Curtea a permis întreprinderii în cauză să își justifice din punct de vedere economic sistemul de prime care a avut un efect de eliminare a concurenței [37].

b) Neîncadrarea abuzurilor *per se* la articolul 82 CE

62. Articolul 82 CE nu corespunde cerințelor normative privind comportamentele abuzive *per se* atât din motive juridice, cât și din motive economice.

i) Motive de natură juridică

61. Curtea admite, așadar, unele elemente dezincriminatoare pentru întreprinderile dominante, chiar în domeniile în care aceasta părea să accepte eventuala existență a unui abuz *per se*, urmând astfel, în realitate, jurisprudența sa clasică, dezvoltată independent de hotărârile care au consacrat categoria menționată de comportamente automat abuzive [38]. Cu toate acestea, lăsând la o parte indicațiile concrete legate de împrejurările fiecărui caz concret, Curtea nu a furnizat niciun criteriu de natură generală pentru a exclude eventualele abuzuri *per se* din categoria celor prevăzute la articolul din tratat privind abuzul de putere dominantă. Ar trebui, așadar, prezentate unele dintre aceste criterii.

63. În această categorie se regăsește structura articolului 82 CE, în special în comparație cu structura articolului care îl precedă în tratat.

64. Articolul 81 CE se compune din trei alineate care reglementează principiul interdicției practicilor coluzive, nulitatea drept principal corolar al nerespectării interdicției prevăzute la alineatul (1) și, respectiv, posibilitatea de a obține o exceptare, presupunând că aceasta nu a fost obținută prin intermediul niciunui regulament de exceptare pe categorii, adoptat în conformitate cu articolul 83 alineatul (2) litera (b) CE coroborat cu articolul 83 alineatul (1) CE.

65. Exemplele de înțelegeri anticoncurențiale menționate la literele (a)-(e) ale articolului

36 — Loewenthal, P.-J., „The Defence of «Objective Justification» in the Application of Article 82 EC”, în *World Competition*, nr. 28(4), 2005, p. 470.

37 — Hotărârea British Airways/Comisia (citată la nota de subsol 28, punctul 69).

38 — Hotărârea Tetra Pak/Comisia, citată la nota de subsol 34, punctul 37, Hotărârea din 15 decembrie 1994, DLG (C-250/92, Rec., p. I-5641, punctul 52), și Hotărârea din 13 noiembrie 1975, General Motors/Comisia (26/75, Rec., p. 1367, punctele 20 și 22).

81 alineatul (1) sunt comparate în mod tradițional cu încălcările *per se* ale acestei dispoziții, astfel încât acestea nu se încadrează în exceptările pe categorii, prevăzute la alineatul (3) [39]. Deși este foarte dificil, mai există o posibilitate ca astfel de înțelegeri să poată rămâne valide, întrucât pot fi menținute datorită exceptării individuale, dacă persoanele interesate dovedesc că acordurile încheiate îndeplinesc condițiile prevăzute la articolul 81 alineatul (3) CE. În acest context, Curtea Supremă a Statelor Unite și-a modificat recent jurisprudența privind menținerea prețurilor minime la revânzare („Resale price maintenance") în acordurile verticale, cu propunerea ca acestea să fie supuse unei „rule of reason" [40], îndepărtându-se astfel de la strictețea jurisprudenței sale constante care califica această practică drept ilicită *per se,* începând cu precedentul din 1911 [41], în măsura în care încălca secțiunea 1 din Sherman Act.

66. Pe scurt, această dispoziție oferă întreprinderilor diferite posibilități de a ataca orice calificare drept încălcare *per se* a clauzelor pe care le prevăd în contractele lor. Această situație nu se regăsește în cazul întreprinderilor care ocupă o poziție dominantă în temeiul articolului relevant din tratat.

67. Ținând cont de modul în care este redactat articolul 82 CE, fără niciun paragraf care să prevadă exceptarea anumitor abuzuri, analiza comportamentelor impune o dezbatere dialectică între operatorii care ocupă o poziție dominantă pe o piață determinată și autoritățile competente din domeniul concurenței, naționale sau comunitare, și cu părțile afectate.

68. Fiecare dintre participanții la această confruntare retorică aduce proba afirmațiilor sale, în conformitate cu tradiționalul adagiu latin potrivit căruia *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

69. În aceste împrejurări, dacă anumite comportamente ar da întotdeauna naștere unor prezumții legale de abuz, atunci întreprinderile care ocupă o poziție dominantă ar fi lipsite de dreptul la apărare, dat fiind că, astfel cum am arătat, structura articolului 82 CE nu autorizează nicio excepție; odată ce a fost stabilită existența abuzului, trebuie să se declare că există o încălcare, în afara cazului în care există indicii suficiente că nu a fost comisă o încălcare.

39 — De exemplu, articolul 4 dedicat clauzelor „negre" din Regulamentul (CE) nr. 2790/1999 al Comisiei din 22 decembrie 1999 privind aplicarea articolului 81 alineatul (3) din tratat categoriilor de acorduri verticale și practici concertate (JO L 336, p. 21, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 66).

40 — Hotărârea din 28 iunie 2007, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc (nr. 06 480); Llorente, C., „La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin", în *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento n° 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi* nr. 736, p. 2 și următoarele.

41 — Hotărârea din 3 aprilie 1911, Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co. (220 U. S. 373).

70. În plus, exemplele menţionate la literele (a)-(d) ale articolului 82 al doilea paragraf CE nu constituie prezumţii legale, spre deosebire de cele prevăzute la articolul 81 alineatul (1) literele (a)-(e) CE. Cel mult acestea trebuie să fie înţelese ca prezumţii *iuris tantum* care lasă sarcina probei celor care le invocă, având în vedere logica economică care le susţine [42], dar niciodată în sensul că se substituie dezbaterii dialectice pe care am evocat-o la punctele precedente. La fel cum practicile coluzive *per se* prevăzute la articolul 81 CE sunt autorizate în temeiul alineatului (3) al acestei dispoziţii, trebuie de asemenea să se lase deschisă posibilitatea de a nu interzice unele practici abuzive în temeiul articolului 82 CE, datorită justificării lor obiective.

ii) Motive de natură economică

71. În primul rând, admiterea abuzurilor de poziţie dominantă *per se* nu ar respecta necesitatea de a analiza fiecare caz în funcţie de parametrii contextului economic şi juridic în care acesta s-a manifestat.

72. În al doilea rând, din punct de vedere pur economic, abordarea *per se* ar păcătui printr-un formalism excesiv împotriva căruia s-au ridicat voci foarte calificate favorabile unei alte abordări a articolului 82 CE, în funcţie de consecinţele fiecărui abuz, evaluând comparativ împrejurările specifice prin efectuarea unei analize a avantajelor [43](„rule of reason") [44].

73. A acorda prioritate ideilor preconcepute şi formaliste în materia abuzului de poziţie dominantă ar ascunde faptul că, în anumite ocazii, acestea pot de asemenea să fie în avantajul consumatorului [45]. Această situaţie se regăseşte atunci când forţa unuia dintre operatori reduce concurenţa pe piaţa de referinţă dat fiind că articolul 82 CE nu include nicio dispoziţie care să le permită acestor operatori să se apere cu succes împotriva unei acuzaţii de abuz, demonstrând eficienţa economică a comportamentului lor, absenţă care a fost criticată în mod just [46].

74. În al treilea şi ultimul rând, dacă, aşa cum am arătat, este normal să se împartă situaţiile în care se aplică articolul 82 CE în două categorii, abuzurile care aduc prejudicii

42 — A se vedea în legătură cu utilizarea în fapt a acestor prezumţii Paulis, E., „The burden of proof in Article 82 cases", în Hawk, B. E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, Ed. Juris Publishing, Inc., New York, 2007, p. 470.

43 — Notă fără obiect în limba română.

44 — Raport al EAGCP „An Economic Approach to Article 82", iulie 2005, disponibil la adresa: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, p. 5 şi 6.

45 — Jacquemin, A. P., „The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community", în Greaves, R. (coordonatoare), *Competition Law*, Ed. Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Regatul Unit), 2003, p. 214, semnalează riscul asociat cu norma privind abuzurile *per se* şi în afara contextului privind poziţia dominantă.

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

consumatorilor (abuzurile de exploatare) și cele care afectează concurenții actuali sau potențiali (abuzurile de excludere) [47], astfel încât orice act anticoncurențial al unei întreprinderi dominante poate constitui un abuz [48], în lipsa unei ierarhizări a acestor două aspecte ale articolului 82 CE [49] ar trebui să se susțină că societatea dominantă trebuie să se poată apăra, bazându-se pe rezultatele economice obținute.

75. Numai comparând consecințele pozitive și negative pentru consumatori și pentru ceilalți operatori ai aceleiași piețe se pot extrage informațiile relevante pentru a trage concluziile adecvate.

47 — Documentul de reflecție al Comisiei intitulat „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" este consacrat exclusiv abuzurilor de excludere; acesta poate fi consultat la următoarea adresă: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Acest mod de a proceda nu a fost la adăpost de critici: Díez Estella, F., „El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?", în *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nr. 242, mai 2006, p. 24.

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

49 — Absența unui obiectiv a cărui protecție să fie urmărită în mod expres de articolul 82 CE a fost criticată de Whish, R., „Rethinking Article 82 CE", în *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, nr. 4/2005, p. 18, care a asimilat această lipsă a unui fir călăuzitor în sensul că a lăsat articolul 82 CE „ca o barcă fără rame". La rândul său, Schröter, H., *op. cit.*, p. 813, deduce din Hotărârile Hoffmann-La Roche/Comisia, Michelin/Comisia și L'Oréal, citate anterior, că această dispoziție urmărește să protejeze mai ales concurența ca instituție, protecție care, în mod indirect ar fi în avantajul concurenților, al asociaților comerciali ai întreprinderii dominante și al consumatorilor.

3. Sugestie de răspuns la prima întrebare preliminară

76. În conformitate cu cele prezentate mai sus, comportamentele abuzive *per se* nu sunt adaptate articolului 82 CE, astfel încât prima întrebare a Trimeles Efeteio Athinon nu merită să primească un răspuns afirmativ. De aceea, recomandăm Curții să declare fără ambiguități că articolul 82 CE nu permite să se impute întreprinderilor care ocupă o poziție dominantă acte abuzive *per se*, chiar dacă împrejurările cauzei nu lasă loc la îndoieli privind intenția și efectul anticoncurențial al acestor acțiuni.

77. Dat fiind răspunsul la prima întrebare, trebuie să se analizeze cea de a doua întrebare care se referă la eventuala justificare obiectivă a acestor comportamente.

C — *Elemente care pot justifica un comportament considerat în mod normal abuziv (a doua întrebare preliminară)*

78. Mai întâi am dori să reamintim că, astfel cum am arătat deja, o parte a primei întrebări preliminare se regăsește în răspunsul la cea

de a doua, în temeiul legăturii sale cu motivele de exceptare a practicilor prevăzute la articolul 82 CE. În opinia noastră, instanța de trimitere ridică în fața Curții tocmai problema criteriilor de anulare a aprecierii negative în principal a întreprinderii care ocupă o poziție dominantă.

79. Există trei motive de exceptare pe care întreprinderile care ocupă o poziție dominantă sunt în măsură să le invoce atunci când le este reproșat un abuz: cele privind piața pe care operează [50], apărarea intereselor comerciale legitime ale acestora și dovada unui bilanț economic pozitiv. Le vom aborda separat, în continuare, raportându-ne tot la împrejurările de fapt invocate în fața instanței de trimitere.

1. Condițiile unei piețe imperfecte

80. Societatea GSK a insistat asupra faptului că reglementarea națională o împiedică să își desfășoare activitățile în condiții normale de concurență. Aceasta invocă două aspecte care explică restricțiile privind exporturile paralele ale distribuitorilor angro greci: stabilirea de prețuri maxime de vânzare a medicamentelor, practică obișnuită în toate statele membre, și obligația de a depozita suficientă marfă pentru a satisface cererea națională în orice moment.

81. Apelantele din litigiul principal, guvernul polonez și Comisia resping această analiză cu unele nuanțări. Înainte de a aborda analiza motivelor de justificare este oportun să schițăm caracteristicile specifice ale pieței de referință.

a) Caracteristici fundamentale ale pieței

82. S-a semnalat, în mod întemeiat, că piața farmaceutică europeană, definită ca reprezentând piața comerțului și a distribuției de produse care beneficiază sau nu beneficiază de protecția unui brevet, se distinge printr-un grad redus de armonizare ca urmare a intervenției statului în domeniul prețurilor și al sistemelor publice de rambursare a cheltuielilor pacienților pentru medicamente, ceea

50 — În documentul său de reflecție citat anterior Comisia impune (alineatul 80) ca acțiunile întreprinderii să fie necesare pentru rațiuni de securitate sau de sănătate publică; apreciem că acest motiv de exceptare pentru întreprinderile în poziție dominantă este limitat în mod excesiv și propunem, așadar, unul mai amplu, dar totuși legat de piață.

ce înseamnă că prețul plătit de consumatorul final este mai puțin important [51].

83. Părțile care au formulat observații în această procedură a întrebărilor preliminare sunt de acord că toate statele membre impun prețurile pe care întreprinderile producătoare din sector le cer de la pacienți, stabilind sumele rambursate de diversele organisme de securitate socială și limitând astfel cheltuielile publice pentru sănătate. Părțile convin de asemenea că există diferențe enorme între prețurile de vânzare în diferitele state membre. Alături de acest regim de finanțare publică, mai există unul complet privat, în care societățile farmaceutice stabilesc în mod liber prețul medicamentelor; cu toate acestea, observăm un anumit consens cu privire la faptul că acest din urmă model reprezintă un procent foarte redus, deși variază în funcție de țară.

84. În sfârșit, trebuie să se sublinieze o altă trăsătură distinctivă a acestei piețe, și anume numeroasele brevete industriale depuse pentru medicamente. Deși acest element nu reflectă exercitarea unui control de către autoritățile publice, este important întrucât titularii acestor drepturi de proprietate industrială ocupă mai ușor o poziție dominantă, în măsura în care aceste monopoluri acționează de obicei ca bariere legale și temporale [52].

85. În aceste împrejurări, GSK pretinde că plafoanele impuse de statele membre în materie de prețuri, precum și obligația unei gestiuni a stocurilor adaptată la cererea națională îi impun asemenea constrângeri încât, pentru a-și normaliza activitățile, nu îi rămâne decât să creeze dificultăți exporturilor paralele ale distribuitorilor angro greci către țări în care sumele rambursate pentru medicamente le depășesc cu mult pe cele obținute în Republica Elenă.

b) Analiza motivelor de justificare

86. Deși jurisprudența comunitară nu a admis nicio justificare întemeiată pe particularitățile reglementării unei piețe determinate, considerăm că pot exista cazuri în care jurisprudența să admită justificări în funcție de efectele controlului pieței de către stat. GSK a invocat doi factori fundamentali: intervenția asupra prețurilor și obligația de a constitui stocuri.

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

52 — Pelkmans, J., *op. cit.*, p. 193.

i) Stabilirea preţurilor de către statele membre

87. Cu privire la politica practicată de statele membre pentru ca organismele de securitate socială să ramburseze cheltuielile efectuate de pacienţi pentru medicamente, Curtea a recunoscut în Hotărârea Merck şi Beecham [53] că, în speţă, controlul preţurilor poate denatura concurenţa între statele membre, dar a nuanţat această afirmaţie prin faptul că această denaturare a concurenţei cauzată de ingerinţa statului nu justifică o derogare de la principiile liberei circulaţii a mărfurilor [54].

88. Deşi interdicţia prevăzută la articolul 28 CE nu este opozabilă întreprinderilor, obligaţia de a nu împiedica obiectivele tratatului şi în particular libertatea schimburilor comerciale dintre statele membre este impusă prin articolele 81 CE şi 82 CE, care declară incompatibile cu tratatul comportamentele care determină împărţirea artificială a pieţelor naţionale şi denaturarea concurenţei [55]. Ar trebui, aşadar, să se evoce jurisprudenţa Curţii privind libera circulaţie a mărfurilor, cel puţin în ceea ce priveşte împărţirea pieţelor naţionale.

89. În orice caz, strictеţea politicii de preţuri este diminuată prin articolul 2 punctele 1 şi 2 din Directiva 89/105 [56], care se aplică tuturor tipurilor de intervenţie a statului [57]. Din cuprinsul punctului 2 se deduce în mod clar că fabricanţii de medicamente participă la discuţii cu autorităţile responsabile cu stabilirea preţurilor, care trebuie să îşi motiveze prin „criterii obiective şi verificabile" refuzul de a permite comercializarea medicamentului la preţul propus de către solicitant. Punctul 1 prevede de asemenea o autorizare implicită care decurge din tăcerea administraţiei din moment ce în absenţa unei decizii a statului membru în 90 de zile după primirea cererii, întreprinderea este autorizată să comercializeze medicamentul.

90. Oricât ar fi de dure negocierile, nu trebuie uitată situaţia întreprinderilor farmaceutice, în special atunci când dispun de brevete noi care, în general, presupun un progres pentru pacientul care primeşte un tratament medical prin utilizarea acestor medicamente. Acest aspect este foarte important, în măsura în care un stat membru care este obligat să se asigure cu privire la calitatea sistemului public de sănătate în serviciul pacienţilor nu are interesul să se lipsească de cele mai bune mijloace pe care i le oferă piaţa, cu condiţia să le obţină la un preţ rezonabil [58].

53 — Hotărârea din 5 decembrie 1996 (C-267/95 şi C-268/95, Rec., p. I-6285, punctul 47).

54 — *Ibidem*.

55 — Hotărârea Hugin/Comisia, citată la nota de subsol 30, punctul 17.

56 — Citat la punctul 5 din prezentele concluzii.

57 — Articolul 1 alineatul (1) din Directiva 89/105.

58 — Al doilea şi al treilea considerent ale Directivei 89/105.

91. Recunoaștem că, de-a lungul timpului avantajul titularului brevetului farmaceutic scade, obligându-l să reducă prețurile pe care autoritățile sanitare îi permiseseră să le aplice. Această evoluție nu este totuși anormală, întrucât depinde de oferta de produse de substituție a altor fabricanți, care sunt mai eficiente din punct de vedere terapeutic și se impun prin înlocuirea produselor vechi cu altele noi, datorită progresului în domeniul cercetării.

92. În rest, prețul convenit nu trebuie să atingă niveluri care să determine societățile din domeniu să își vândă produsele sub prețul de cost.

93. Într-un cuvânt, deși piața produselor farmaceutice nu funcționează într-un regim de concurență normal, sistemul de reglementare a prețurilor nu este complet independent de influența fabricanților care le negociază cu autoritățile sanitare ale statelor membre, beneficiind de o anumită pondere pe piață, unde se adaptează cu ușurință variațiilor politicii sanitare, cel puțin în domeniul medicamentelor.

ii) Obligația de aprovizionare

94. Cel de al doilea factor de reglementare a pieței care, potrivit GSK, ar perturba activitățile sale normale în Grecia și ar justifica limitarea comerțului paralel se referă la obligația de a menține în orice moment suficiente stocuri pe piața greacă. GSK susține pe de altă parte că respectarea acestei obligații o împiedică să dea curs comenzilor distribuitorilor angro în termenele dorite de aceștia.

95. Întinderea acestei sarcini necesită unele precizări, în măsura în care unele dintre apelantele din litigiul principal consideră că și ele sunt obligate să aprovizioneze piața, astfel cum ar rezulta din articolul 81 alineatul (2) din Directiva 2001/83, citată la punctul 6 din prezentele concluzii. Nu vedem, așadar, niciun motiv pentru care GSK invocă această sarcină în apărarea sa.

96. Nu este nicio îndoială că nevoile pacienților în statul membru în cauză nu suferă modificări subite, cu excepția cazurilor de epidemii sau de pandemii, statisticile privind pacienții afectați de fiecare boală fiind fiabile și permițând întreprinderilor o anumită predictibilitate care le permite să se adapteze la piață.

97. Pe scurt, ținând cont de elementele prezentate mai sus, garantarea aprovizionării nu îi permite societății GSK să justifice restricțiile în aprovizionarea concurenților săi distribuitori angro greci.

98. Prin urmare, respingând cele două motive de exceptare invocate de GSK trebuie să se respingă ideea că în acest caz ar exista motive obiective privind intervenția statului pe piață, care ar justifica comportamentul său.

2. Apărarea intereselor comerciale legitime

a) Analiza jurisprudenței

99. O analiză sumară a jurisprudenței arată că această categorie de justificări obiective este singura care s-a concretizat până în prezent, dialectica intrinsecă a articolului 82 CE fiind redusă la dihotomia dintre practicile abuzive și comportamentele destinate să protejeze interesele comerciale legitime [59].

100. Refuzul de a onora integral comenzile distribuitorilor angro greci echivalează cu refuzul de a aproviziona, chiar și parțial, astfel încât ne vom rezuma la cele câteva hotărâri ale Curții cu privire la acest subiect.

101. În Hotărârea United Brands/Comisia, Curtea a recunoscut că protejarea intereselor comerciale legitime poate să fie folosită drept instrument pentru a înlătura bănuielile de abuz din partea întreprinderilor care ocupă o poziție dominantă, permițându-le să ia măsurile necesare pentru a-și asigura această protecție, cu condiția să se respecte principiul indispensabil al proporționalității între răspunsul societăților în poziție dominantă și atacurile la care sunt supuse interesele acestora [60].

102. Cu toate acestea, recunoașterea acestui principiu nu a fost în favoarea

59 — Van Bael, I., și Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community*, ediția a 4-a, Ed. Kluwer, Haga, 2005, p. 907.

60 — Hotărâre citată la nota de subsol 18, punctele 189 și 190.

societății multinaționale americane care comercializează banane, întrucât, în hotărâre, întemeindu-se tocmai pe lipsa de proporționalitate a refuzului de a onora comenzile clientului și concurentului său Olesen, Curtea a negat existența cerințelor privind protecția legitimă [61].

103. Într-o altă cauză, Curtea a analizat refuzul de aprovizionare într-o perioadă de penurie, în timpul crizei petrolului [62] din anii '70 ai secolului trecut și a permis societății BP să reducă aprovizionarea cu petrol brut a unui cumpărător ocazional, cooperativa olandeză ABG, cu un procent mai mare decât cel aplicat clienților săi obișnuiți, pentru a evita ca aceștia din urmă să sufere un prejudiciu mai important prin comparație [63].

104. Pe lângă jurisprudența comunitară, anumite justificări au fost invocate în alte contexte. Astfel, de exemplu, Comisia a acceptat ca un fabricant dominant să își revizuiască relațiile comerciale atunci când un client își schimbă politica pentru a se dedica promovării unei mărci rivale [64].

105. Doctrina a luat în considerare alte justificări, precum cea a partenerului comercial nepotrivit, și anume cel care este în pragul falimentului, cel care încalcă în mod sistematic contractele încheiate sau cel care prejudiciază imaginea ori calitatea mărfurilor furnizorului [65]. În aceste ipoteze, bunul simț cere să se respecte dorința oricărei întreprinderi dominante de a nu onora comenzile.

b) Argumentele invocate

106. Printre argumentele invocate de GSK în observațiile scrise prezentate Curții, toate cele privind scăderea veniturilor rezultate din pierderea unor cote de piață în favoarea distribuitorilor angro și efectul asupra amortizării investițiilor în cercetare și dezvoltare (denumite în continuare „C & D") se rezumă la apărarea intereselor legitime.

107. Atât GSK, cât și o anumită literatură juridică invocă costurile enorme ale investițiilor în C & D pentru lansarea unui medicament; acestea adaugă că perioada între obținerea unui brevet pentru principiul

61 — *Ibidem*, punctele 191 și următoarele.

62 — Hotărârea din 29 iunie 1978, BP/Comisia (77/77, Rec., p. 1513), cunoscută sub numele „Cauza privind criza petrolului"

63 — *Ibidem*, punctele 32 și 33.

64 — Decizia 87/500/CEE a Comisiei din 29 iulie 1987 privind o procedură de aplicare a articolului 86 din Tratatul CEE (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: măsuri provizorii, JO L 286, p. 36, punctul 19).

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

activ și disponibilitatea sa terapeutică este de 12 sau 13 ani în medie, astfel încât etapa în care comercializarea produce venituri se limitează la 7 sau 8 ani [66].

108. În aceste condiții, precizează acestea, comerțul paralel și fabricarea de medicamente generice la încheierea perioadei de protecție conferite de brevetul de proprietate industrială reduce recuperarea cheltuielilor cu C & D.

109. Nu distingem nicio legătură de cauzalitate necesară între eventualul prejudiciu cauzat investițiilor în C & D și comerțul paralel, întrucât, în primul rând, GSK și autorii citați nu au furnizat informații privind motivele existenței unui interval de timp în care brevetul nu produce beneficii. Totuși, această perioadă astfel prelungită este rezultatul structurilor interne de cost proprii întreprinderilor farmaceutice. În orice caz, apreciind că perioada în care brevetul este rentabil este foarte scurtă, acestea încearcă sentimentul celui care se bucură de drepturile sale pentru o perioadă limitată. Ne asumăm chiar riscul de a prezice că există mai multe sectoare în care asistăm la o situație comparabilă cu situația acestui tip de proprietate incorporală.

110. În al doilea rând, deși este logic să se presupună că numai succesul economic al unui brevet asigură colectarea mai multor fonduri pentru a continua cercetările, politica de C & D în sectorul farmaceutic este cheia întregii activități. În această ramură a economiei, numai cercetarea continuă pentru obținerea de medicamente revoluționare favorizează supraviețuirea pe o piață foarte concurențială, globalizată și lucrativă. Cu toate acestea, în absența unei politici comerciale bine concepute, chiar invențiile geniale prezintă riscul de a trece neobservate. De aceea orice întreprindere care își desfășoară activitatea în domeniul cercetării trebuie să caute cele mai adecvate căi pentru a convinge consumatorul și a ajunge la acesta.

111. GSK era liberă să organizeze distribuția produselor sale în Europa. Aceasta a optat pentru o strategie ținând cont de prezența distribuitorilor angro greci întrucât, din punct de vedere economic, a considerat-o mai utilă și mai rentabilă. GSK ar fi putut opta pentru un sistem de distribuție a medicamentelor sale integrat pe verticală, astfel

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

cum a dorit să procedeze în noiembrie 2000. Deși este liberă să își restructureze rețelele de distribuție cu respectarea uzanțelor comerciale, în prezenta cauză i s-a reproșat că îi prejudiciază pe distribuitorii angro pentru că au profitat mai mult de condițiile pieței, împiedicându-i să își exercite activitățile de export.

112. În al treilea rând, comparând cifrele furnizate de literatura juridică citată la punctul 107 din prezentele concluzii, conform cărora între 1998 și 2003 cota de piață a importatorilor paraleli ar fi evoluat de la 1,8 % la 6,8 % [67], avem impresia că adevărata luptă se dă pentru recuperarea acelor marje de profit pe care le-au dobândit rivalii marilor societăți farmaceutice.

113. În acest context considerăm că argumentul întemeiat pe elementul disuasiv rezultat din pierderea de venit datorată importurilor paralele de medicamente brevetate este înșelător, întrucât urmărește numai să seducă opinia publică, sensibilizată de importanța vitală a binomului C & D pentru competitivitate, deplasând scenariul privind rivalitatea dintre întreprinderi către scena politicii de promovare a cercetării, domeniu pe care Uniunea Europeană l-a adăugat misiunilor sale de când Actul Unic European a introdus în Tratatul CE titlul XVIII intitulat „Cercetarea și dezvoltarea tehnologică”.

114. Astfel, Uniunea Europeană oferă întreprinderilor un mediu favorabil, încurajându-le să diminueze costurile cu C & D prin acordarea unei exceptări pe categorii pentru acordurile orizontale de acest tip [68], conștientă că în acest domeniu cooperarea și exploatarea comună a rezultatelor contribuie în general la promovarea progresului tehnic și economic, prin difuzarea mai largă a know-how-ului între părți, evitând munca dublă în lucrările de C & D, încurajând noi progrese datorită schimbului de know-how suplimentar și raționalizând fabricarea produselor sau utilizarea procedeelor rezultate din C & D [69].

115. Prin urmare, chiar dacă comportamentul ar putea fi justificat, ar trebui să fie calificat drept disproporționat, în măsura

67 — Krapf, E., *op. cit.*, p. 2.

68 — Regulamentul (CE) nr. 2659/2000 al Comisiei din 29 noiembrie 2000 privind aplicarea articolului 81 alineatul (3) din tratat unor acorduri de cercetare și dezvoltare (JO L 304, p. 7, Ediție specială, 08/vol. 1, p. 82).

69 — Considerentul (10) al Regulamentului nr. 2659/2000.

în care elimină concurenţa în distribuţia în Europa, asfixiind importurile paralele provenite din Grecia.

3. Bilanţul economic pozitiv

116. Ultima justificare a întreprinderilor dominante se referă la eficienţa în termeni economici a comportamentului potenţial abuziv („efficiency defence"). Documentul de reflecţie al Comisiei privind aplicarea articolului 82 CE o include în linia sa de acţiune [70] răspunzând doctrinei care deplângea faptul că această justificare nu a fost luată în considerare [71].

117. Din observaţiile GSK deducem că argumentele acesteia privind consecinţele perverse ale comerţului paralel cu medicamente care se eliberează numai pe bază de prescripţie medicală ar trebui să facă parte din această rubrică. GSK arată că nu îi favorizează nici pe pacienţi, nici organismele de securitate socială care asigură rambursarea cheltuielilor medicale. GSK dovedeşte acest fapt invocând profiturile importante pe care le obţin distribuitorii angro din vânzarea acestor produse în ţări unde preţul plătit pentru asigurările medicale este mai mare decât în Grecia, plângându-se în acelaşi timp de pierderea unor sume importante pe care nici GSK nu le mai încasează.

118. Or, pe lângă descrierea „ororilor" cauzate de comerţul paralel, aceasta nu menţionează niciun efect pozitiv rezultat din limitarea livrărilor de medicamente distribuitorilor angro, cu excepţia recuperării marjelor sale de profit, fapt care este lipsit de relevanţă pentru a evalua comportamentul ca fiind abuziv sau pentru a-l justifica, astfel cum subliniază în mod întemeiat guvernul polonez.

119. Chiar dacă se pretinde că întreprinderile în poziţie dominantă au posibilitatea să demonstreze temeinicia economică a abuzurilor lor, trebuie să se constate că GSK nu a invocat niciun element care să poată înclina balanţa în favoarea sa, deşi criteriile privind bunăstarea bolnavului şi reducerea costurilor privind sănătatea publică merită o atenţie specială în acţiunea principală. Astfel nu mai este nevoie să se facă proba proporţionalităţii

70 — Comisia, *op. cit.*, alineatele (84)-(91).

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

comportamentului, care ar fi fost etapa definitivă a analizei, dacă s-ar fi acceptat o justificare a comportamentului GSK.

— elemente privind reglementarea pieței a căror modificare nu îi stă în putere și care o constrâng să se comporte astfel, în acest caz neputând fi invocate stabilirea prețurilor medicamentelor și obligația de a avea stocuri pentru a aproviziona pacienții;

4. Propunere de răspuns la cea de a doua întrebare preliminară

— dovada faptului că unica sa intenție era apărarea intereselor sale comerciale legitime, printre care nu figurează, în prezenta cauză, impactul asupra motivației de a inova;

120. În raport cu reflecțiile prezentate mai sus, recomandăm Curții să răspundă la cea de a doua întrebare preliminară în sensul că reducerea de către o întreprindere care ocupă o poziție dominantă a onorării comenzilor distribuitorilor angro până la nivelul cantităților care acoperă cererea pe o piață națională, cu intenția de a pune capăt importurilor paralele ale acestor distribuitori angro către alte state membre, constituie în principiu un abuz de poziție dominantă în temeiul articolului 82 CE.

— și avantajele economice ale comportamentului criticat.

121. Cu toate acestea, întreprinderea suspectată poate să prezinte elementele relevante pentru a-și justifica în mod obiectiv atitudinea, în special:

122. În situația în care justificarea ar fi întemeiată, nu trebuie uitată analiza proporționalității, și anume analiza caracterului său indispensabil și adecvat.

VI — Concluzie

123. În lumina considerațiilor precedente și spre deosebire de Concluziile avocatului general Jacobs prezentate în cauza Syfait și alții, citate anterior, propunem Curții să răspundă întrebărilor preliminare adresate de Trimeles Efeteio Athinon după cum urmează:

„1) Articolul 82 CE nu permite ca întreprinderilor care ocupă o poziție dominantă să li se impute comportamente abuzive în sine, chiar dacă împrejurările din cauză nu lasă loc niciunei îndoieli cu privire la intenția lor și nici cu privire la efectul anticoncurențial al acestor comportamente.

2) O întreprindere care ocupă o poziție dominantă și care refuză să onoreze integral comenzile distribuitorilor angro de produse farmaceutice cu scopul de a reduce exporturile acestora și prejudiciul cauzat de comerțul paralel adoptă un comportament abuziv în sensul articolului 82 CE. Cu toate acestea, întreprinderea poate să aducă dovezi relevante pentru a justifica în mod obiectiv atitudinea sa, în special:

— elemente privind reglementarea pieței a căror modificare nu îi stă în putere și care o constrâng să se comporte astfel, în acest caz neputând fi invocate stabilirea prețurilor medicamentelor și obligația de a avea stocuri pentru a aproviziona pacienții;

— dovada faptului că unica sa intenție era apărarea intereselor sale comerciale legitime, printre care nu figurează, în prezenta cauză, impactul asupra motivației de a inova;

— și avantajele economice ale comportamentului criticat.”