ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

16 de Setembro de 2008*

Nos processos apensos C-468/06 a C-478/06,

que têm por objecto pedidos de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentados pelo Efeteio Athinon (Grécia), por decisões de 3 de Março de 2006 (C-468/06 a C-474/06), 17 de Março de 2006 (C-475/06 e C-476/06) e 7 de Abril de 2006 (C-477/06 e C-478/06), entrados no Tribunal de Justiça em 21 de Novembro de 2006, nos processos

Sot. Lélos kai Sia EE (C-468/06),

Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-469/06),

Konstantinos Xydias kai Sia OE (C-470/06),

Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-471/06),

Ionas Stroumsas EPE (C-472/06),

* Língua do processo: grego.

Ionas Stroumsas EPE (C-473/06),

Pharmakapothiki Pharma-Group Messinias AE (C-474/06),

K. P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-475/06),

K. P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-476/06),

Kokkoris D. Tsánas K. EPE e o. (C-477/06),

Kokkoris D. Tsánas K. EPE e o. (C-478/06),

contra

GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, anteriormente Glaxowellcome AEVE,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts (relator) e A. Tizzano, presidentes de secção, R. Silva de Lapuerta,

K. Schiemann, J. Makarczyk, P. Lindh, J.-C. Bonichot, T. von Danwitz e A. Arabadjiev, juízes,

advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
secretário: L. Hewlett, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 29 de Janeiro de 2008,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Sot. Lélos kai Sia EE (C-468/06), por S. E. Kiliakovou, dikigoros,

— em representação da Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-469/06 e C-471/06), da Konstantinos Xydias kai Sia OE (C-470/06), da Ionas Stroumsas EPE (C-472/06 e C-473/06), da Pharmakapothiki Pharma-Group Messinias AE (C-474/06) e da K. P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-475/06 e C-476/06), por L. Roumanias e G. Papaïoannou, dikigoroi,

— em representação da Kokkoris D. Tsánas K. EPE e o. (C-477/06 e C-478/06), por G. Mastorakos, dikigoros,

— em representação da GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, por A. Komninos, D. Kyriakis, T. Kloukinas e S. Zervoudaki, dikigoroi, bem como por I. Forrester, QC, e A. Schulz, Rechtsanwalt,

— em representação do Governo italiano, por I. M. Braguglia, na qualidade de agente, assistido por F. Arena, avvocato dello Stato,

— em representação do Governo polaco, por E. Ośniecka-Tamecka, P. Kucharski e T. Krawczyk, na qualidade de agentes,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por T. Christoforou, F. Castillo de la Torre e E. Gippini Fournier, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 1 de Abril de 2008,

profere o presente

Acórdão

1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objecto a interpretação do artigo 82.º CE.

2 Estes pedidos foram apresentados no âmbito de litígios que opõem as sociedades Sot. Lélos kai Sia EE, Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton, Konstantinos Xydias kai Sia OE, Ionas Stroumsas EPE, Pharmakapothiki Pharma-Group Messinias AE, K. P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton e Kokkoris D. Tsánas K. EPE e o., grossistas de produtos farmacêuticos (a seguir «recorrentes nos processos principais»), à sociedade

GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, anteriormente Glaxowellcome AEVE (a seguir «GSK AEVE»), a respeito da recusa desta última de satisfazer as suas encomendas de certos medicamentos.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

3 A Directiva 89/105/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa à transparência das medidas que regulamentam a formação do preço das especialidades farmacêuticas para uso humano e a sua inclusão nos sistemas nacionais de seguro de saúde (JO 1989, L 40, p. 8), estabelece certas exigências que os Estados-Membros devem respeitar na aplicação das medidas nacionais destinadas a controlar os preços das especialidades farmacêuticas para uso humano ou a limitar a variedade de especialidades farmacêuticas abrangidas pelos respectivos sistemas nacionais de seguro de saúde.

4 O segundo a quarto considerandos da referida directiva têm a seguinte redacção:

«Considerando que os Estados-Membros adoptaram medidas de natureza económica para a colocação no mercado de especialidades farmacêuticas, a fim de controlar as despesas de saúde pública com essas especialidades; que essas medidas incluem o controlo directo e indirecto dos preços das especialidades farmacêuticas, como consequência da inadequação ou da ausência de concorrência no mercado de especialidades farmacêuticas e das limitações da gama de especialidades abrangidas pelos sistemas nacionais de seguro de doença;

Considerando que o objectivo primordial de tais medidas é a promoção da saúde pública ao assegurar a disponibilidade de um fornecimento adequado de especialidades farmacêuticas a um preço razoável; que, no entanto, tais medidas devem ter também por objectivo a promoção da eficiência na produção de especialidades farmacêuticas e o estímulo à investigação e à produção de novas especialidades, do que dependerá fundamentalmente a manutenção de um nível elevado da saúde pública na Comunidade;

Considerando que as disparidades nessas medidas podem impedir ou distorcer o comércio intracomunitário de especialidades farmacêuticas e afectar, por esse motivo, o funcionamento do mercado comum de especialidades farmacêuticas».

5 O artigo 81.º da Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano (JO L 311, p. 67), na redacção dada pela Directiva 2004/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (JO L 136, p. 34, a seguir «Directiva 2001/83»), dispõe:

«No que respeita ao abastecimento de medicamentos aos farmacêuticos e às pessoas autorizadas ou habilitadas a dispensar medicamentos ao público, os Estados-Membros não impõem ao titular da autorização de distribuição, concedida por outro Estado-Membro, qualquer obrigação, nomeadamente de serviço público, mais estrita que as que impõem às pessoas a que eles próprios permitem exercer uma actividade equivalente.

O titular da autorização de introdução de um medicamento no mercado e os distribuidores desse medicamento efectivamente colocado no mercado de um Estado-Membro asseguram, no limite das respectivas responsabilidades, o fornecimento adequado e contínuo desse medicamento às farmácias e às pessoas autorizadas a dispensar medicamentos, de forma a satisfazer as necessidades dos doentes do Estado-Membro em causa.

É, além disso, conveniente que as modalidades de aplicação do presente artigo se justifiquem por razões de protecção da saúde pública e sejam proporcionais ao objectivo dessa protecção, no respeito pelas regras do Tratado [CE], nomeadamente pelas relativas à livre circulação das mercadorias e à concorrência.»

Legislação nacional

6 O artigo 2.º da Lei grega 703/1977, relativa ao controlo dos monopólios e dos oligopólios e à protecção da livre concorrência (FEK A' 278), corresponde, no essencial, ao disposto no artigo 82.º CE.

7 Segundo o artigo 29.º da Lei grega 1316/1983, os titulares de uma autorização para colocar produtos farmacêuticos no mercado devem abastecer regularmente o mercado com o produto que fabriquem ou importem.

8 Finalmente, a legislação grega subordina a actividade dos grossistas destes produtos à obtenção de uma autorização específica e ao compromisso de cobrirem, com uma gama de produtos farmacêuticos, as necessidades de uma zona geográfica determinada.

Litígios nos processos principais e questões prejudiciais

9 A GSK AEVE é a filial grega da GlaxoSmithKline plc, uma sociedade de investigação e produção de medicamentos, com sede no Reino Unido (a seguir «GSK plc»). A GSK AEVE importa, armazena e distribui na Grécia os medicamentos fornecidos pelo grupo GSK (a seguir «GSK»). É titular, no território da República Helénica, da autorização para colocação no mercado, designadamente, de produtos como o Imigran, o Lamictal e o Serevent, medicamentos destinados a tratar, respectivamente, a enxaqueca, a epilepsia e a asma (a seguir «medicamentos em causa»), cuja venda está sujeita, na Grécia, a receita médica.

10 Há vários anos que as recorrentes nos processos principais compram à GSK AEVE os referidos medicamentos, sob todas as suas formas, para os distribuírem no mercado grego e no de outros Estados-Membros.

11 Em finais de Outubro de 2000, a GSK AEVE alegou a escassez, pela qual não era responsável, dos referidos medicamentos no mercado grego para aí alterar o seu sistema de distribuição. A partir de 6 de Novembro de 2000, deixou de dar resposta às encomendas das recorrentes nos processos principais relativas aos medicamentos em causa e começou ela própria a fornecer esses medicamentos aos hospitais e às farmácias gregas por intermédio da sociedade Farmacenter AE (a seguir «Farmacenter»).

12 Em Dezembro de 2000, a GSK AEVE recorreu ao Epitropi Antagonismou (Comissão da Concorrência) a fim de obter uma declaração negativa segundo a qual a sua nova política de venda directa de medicamentos aos hospitais e às farmácias gregas não violava o artigo 2.º da Lei 703/1977.

13 No decurso do mês de Fevereiro de 2001, considerando que o abastecimento de medicamentos do mercado grego tinha, em certa medida, sido normalizado e que

o *stock* dos hospitais e das farmácias tinha sido reposto, a GSK AEVE começou a abastecer novamente as recorrentes nos processos principais e outros grossistas com quantidades limitadas dos medicamentos em causa, pondo termo, pouco depois, à sua cooperação com a Farmacenter.

14 A GSK AEVE retirou subsequentemente o seu pedido de declaração negativa, apresentando, ainda em Fevereiro de 2001, novo pedido de declaração negativa relativa à sua política de venda, que foi substituído, por sua vez, em Dezembro de 2001, por outro pedido nesse sentido. Na sequência de discussões com o Epitropi Antagonismou, a GSK AEVE aceitou fornecer quantidades de medicamentos correspondentes ao consumo nacional, acrescidas de 18%.

15 Entretanto, as recorrentes nos processos principais, outros grossistas de medicamentos e certas associações gregas de farmacêuticos e de grossistas recorreram ao Epitropi Antagonismou no sentido de obter a declaração de que a política de venda dos medicamentos em causa pela GSK AEVE e pela GSK plc constituía um abuso de posição dominante, na acepção do artigo 2.º da Lei 703/1977 e do artigo 82.º CE.

16 Em 3 de Agosto de 2001, o Epitropi Antagonismou, por decisão relativa a medidas provisórias, obrigou a GSK AEVE a satisfazer, até à adopção de uma decisão definitiva no processo, as encomendas dos medicamentos em causa que lhe fossem dirigidas pelas recorrentes nos processos principais. A GSK AEVE apresentou no Dioikitiko Efeteio Athinon (Tribunal de Recurso do Contencioso Administrativo de Atenas) pedidos de suspensão da execução e de anulação dessa decisão, aos quais foi negado provimento por esse órgão jurisdicional.

17 Tendo sido informado pela GSK AEVE das dificuldades que esta enfrentava para fornecer aos grossistas as quantidades pedidas, o Ethnikos Organismos Farmakon (Instituto Nacional dos Produtos Farmacêuticos) publicou, em 27 de Novembro de 2001, uma circular que impunha às sociedades farmacêuticas e a todos os distribuidores de medicamentos o fornecimento de quantidades correspondentes às necessidades de medicamentos sujeitos a receita médica, acrescidas de 25%.

18 Entre 30 de Abril de 2001 e 11 de Novembro de 2002, cada uma das recorrentes nos processos principais intentou uma acção no Polymeles Protodikeio Athinon (Tribunal de Primeira Instância de Atenas) alegando que a interrupção dos fornecimentos pela GSK AEVE dos medicamentos encomendados e a sua comercialização através da Farmacenter eram actos desleais e anticoncorrenciais, bem como um abuso da posição dominante que a GSK AEVE detinha no mercado dos medicamentos em causa. Nas suas acções, as referidas recorrentes pediam que a GSK AEVE fosse condenada, por um lado, no fornecimento de quantidades de medicamentos correspondentes à média mensal que lhes tinha sido vendida de 1 de Janeiro a 31 de Outubro de 2000 e, por outro, no ressarcimento dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Em algumas das referidas acções, era mais especificamente pedido que a sociedade em causa fosse condenada a prosseguir o abastecimento fornecendo quantidades correspondentes à média mensal dos medicamentos que lhes tinham sido distribuídos pela GSK AEVE nesse mesmo período, acrescida de uma certa percentagem.

19 Sendo confrontado simultaneamente com as queixas referidas no n.º 15 do presente acórdão e com um pedido de declaração negativa, o Epitropi Antagonismou submeteu ao Tribunal de Justiça, por decisão de 22 de Janeiro de 2003, várias questões relativas à interpretação do artigo 82.º CE, tendo este pedido de decisão prejudicial sido registado na Secretaria do Tribunal de Justiça sob o número C-53/03.

20 Entre Janeiro e Outubro de 2003, o Polymeles Protodikeio Athinon pronunciou-se sobre as acções intentadas pelas recorrentes nos processos principais contra a GSK AEVE. Embora considerando as acções admissíveis, com excepção dos pedidos relativos ao ressarcimento dos lucros cessantes, este órgão jurisdicional julgou-as improcedentes, por entender que a recusa de venda pela GSK AEVE não era injustificada, não podendo, portanto, constituir uma exploração abusiva da sua posição dominante.

21 As recorrentes nos processos principais interpuseram recurso destas decisões para o Efeteio Athinon (Tribunal de Recurso de Atenas). Em alguns dos referidos processos, a GSK AEVE interpôs recurso subordinado. Este órgão jurisdicional suspendeu, no entanto, a análise de alguns desses processos até que o Tribunal de Justiça se pronunciasse sobre o pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Epitropi Antagonismou.

22 Por acórdão de 31 de Maio de 2005, Syfait e o. (C-53/03, Colect., p. I-4609), o Tribunal de Justiça decidiu que não era competente para responder às questões submetidas pelo Epitropi Antagonismou uma vez que este não tem carácter de órgão jurisdicional, na acepção do artigo 234.º CE.

23 Considerando que lhe é necessário, para proferir os seus acórdãos, obter resposta às mesmas questões que as que tinham sido submetidas ao Tribunal de Justiça pelo Epitropi Antagonismou, o Efeteio Athinon decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A recusa de uma empresa em posição dominante satisfazer integralmente as encomendas que lhe são feitas pelos grossistas de produtos farmacêuticos, recusa essa que se deve à sua tentativa de limitar a actividade exportadora desses grossistas e de limitar, assim, os prejuízos que lhe advêm do comércio paralelo, é, em si mesma, abusiva, na acepção do artigo 82.º CE? A resposta a esta questão é influenciada pelo facto de o comércio paralelo se revelar particularmente lucrativo para as sociedades grossistas devido às divergências nos preços ditados por intervenção estatal nos Estados-Membros da União Europeia, isto é, devido ao facto de, no mercado dos medicamentos, não existirem condições de concorrência estritas, mas um sistema que é regulado, em grande medida, por intervenção estatal? Finalmente, um [órgão jurisdicional] tem como missão aplicar as regras comunitárias de concorrência do mesmo modo em mercados que funcionam de modo competitivo e em mercados em que a concorrência é distorcida por intervenções estatais?

2) Caso o Tribunal de Justiça considere que a restrição do comércio paralelo, pelas razões acima indicadas, não constitui sempre uma prática abusiva quando é posta em prática por uma empresa em posição dominante, como deve ser apreciada uma eventual exploração abusiva dessa posição?

Mais precisamente:

a) O critério a utilizar é o da percentagem em que é excedido o consumo interno normal e/ou o prejuízo sofrido pela empresa em posição dominante em relação ao seu volume de negócios global e aos lucros totais? Caso seja dada resposta afirmativa a esta questão, como determinar o montante desse excesso e o montante desse prejuízo — considerando este último uma percentagem do volume de negócios e dos lucros totais — acima [dos quais] se torna abusivo o comportamento em causa?

b) Deve ser seguida uma abordagem fundada na ponderação dos interesses em jogo e, em caso afirmativo, quais os interesses que devem ser objecto de ponderação?

Mais precisamente:

i) Influencia a resposta o facto de [o doente, que é o consumidor final,] retirar um benefício financeiro limitado do comércio paralelo?

ii) Devem ser tidos em conta, e, na afirmativa, até que ponto, os interesses dos organismos de segurança social em medicamentos mais baratos?

c) Que outros critérios e que outras abordagens são consideradas indicadas no presente caso?»

24 Através da decisão 318/V/2006 de 1 de Setembro de 2006, o Epitropi Antagonismou pronunciou-se sobre as queixas apresentadas contra o GSK. Nessa decisão, considerou que o GSK não detinha uma posição dominante no mercado do Imigran e do Serevent, tendo em conta a sua possibilidade de substituição por outros medicamentos, existindo essa posição dominante, no entanto, relativamente ao Lamictal, uma vez que os doentes que sofrem de epilepsia podem ter dificuldades em adaptar-se a outros medicamentos destinados a tratar essa doença.

25 Nessa mesma decisão, o Epitropi Antagonismou declarou que o GSK tinha violado o artigo 2.º da Lei 703/1977 entre Novembro de 2000 e Fevereiro de 2001, não se verificando a violação desse artigo no período posterior a Fevereiro de 2001, e que em nenhum desses períodos houve violação do artigo 82.º CE.

26 As recorrentes nos processos principais pediram a anulação da referida decisão no Dioikitiko Efeteio Athinon.

27 Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 29 de Janeiro de 2007, os processos C-468/06 a C-478/06 foram apensos para efeitos das fases escrita e oral, bem como do acórdão a proferir.

Quanto às questões prejudiciais

28 Através das suas questões, que devem ser apreciadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o facto de uma empresa farmacêutica detentora de uma posição dominante no mercado nacional de certos medicamentos recusar satisfazer as encomendas que lhe são dirigidas por grossistas, pelo facto de estes últimos participarem na exportação paralela dos referidos medicamentos para

outros Estados-Membros, constitui um abuso dessa posição dominante proibida pelo artigo 82.º CE.

29 Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal de Justiça sobre a pertinência de uma série de factores, como o grau de regulamentação a que está sujeito o sector farmacêutico nos Estados-Membros, a influência do comércio paralelo nos lucros das empresas farmacêuticas e a questão de saber se o comércio paralelo é susceptível de proporcionar vantagens financeiras aos consumidores finais dos referidos medicamentos.

30 Nas observações que apresentou ao Tribunal de Justiça, a GSK AEVE defende que não pode constituir um abuso a sua recusa de fornecer às recorrentes nos processos principais as quantidades de medicamentos pedidas. Efectivamente, por um lado, não se trata de uma recusa de fornecimento real, na medida em que, com excepção de um período de algumas semanas entre Novembro de 2000 e Fevereiro de 2001, esteve sempre disposta a fornecer quantidades suficientes aos grossistas. Por outro lado, não colocou estes últimos numa posição em que corressem o risco de ser eliminados do mercado, uma vez que os seus fornecimentos lhes permitiram cobrir todas as necessidades do mercado grego, ou até mesmo necessidades superiores às desse mercado.

31 Segundo a GSK AEVE, os factores que permitem determinar se o comportamento de uma empresa que recusa fornecer uma mercadoria tem carácter abusivo dependem do contexto económico e regulamentar da situação em causa. Tratando-se de uma restrição do abastecimento de medicamentos destinada a limitar o comércio paralelo, há que ter em conta a regulamentação omnipresente dos preços e da distribuição no sector dos medicamentos, as consequências negativas de um comércio paralelo ilimitado para os investimentos efectuados por empresas farmacêuticas no domínio da investigação e do desenvolvimento, bem como a utilidade mínima desse comércio para os consumidores finais desses medicamentos.

32 Em contrapartida, quer as recorrentes nos processos principais quer os governos italiano e polaco, bem como a Comissão das Comunidades Europeias, consideram, nas suas observações, que a recusa de fornecer medicamentos aos grossistas por uma empresa em posição dominante com a finalidade de limitar o comércio paralelo constitui em princípio um abuso de posição dominante, na acepção do artigo 82.º CE. Em sua opinião, nenhum dos factores invocados pelo órgão jurisdicional de reenvio, retomados pela GSK AEVE para justificar a sua recusa de fornecimento, retiram a essa prática o seu carácter abusivo.

Quanto à existência de uma recusa de fornecimento susceptível de eliminar a concorrência

33 Importa lembrar que o artigo 82.º CE proíbe, por considerá-lo incompatível com o mercado comum, na medida em que seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Nos termos do segundo parágrafo, alínea b), do mesmo artigo, estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores.

34 Resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que a recusa, por uma empresa que disponha de uma posição dominante no mercado de um determinado produto, de satisfazer as encomendas de um cliente anterior constitui uma exploração abusiva dessa posição dominante, na acepção do artigo 82.º CE, quando, sem nenhuma justificação objectiva, esse comportamento seja susceptível de eliminar a concorrência de um parceiro comercial (v., neste sentido, acórdãos de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão, 6/73 e 7/73, Colect., p. 119, n.º 25, e de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands e United Brands Continentaal/Comissão, 27/76, Colect., p. 77, n.º 183).

35 Quanto à recusa, por uma empresa, de fornecer os seus produtos num Estado-Membro a grossistas que os exportam para outros Estados-Membros, tal efeito sobre a concorrência pode verificar-se não só quando esta recusa impede as actividades desses grossistas no mercado do referido Estado-Membro mas também quando conduz à eliminação da concorrência efectiva destes na distribuição desses mesmos produtos nos mercados desses outros Estados-Membros.

36 No caso em apreço, é pacífico entre as partes nos processos principais que, ao recusar satisfazer as encomendas dos grossistas gregos, a GSK AEVE pretende limitar as exportações paralelas por eles efectuadas para os mercados de outros Estados-Membros em que o preço de venda dos medicamentos em causa é mais elevado.

37 Quanto a sectores diferentes do dos produtos farmacêuticos, o Tribunal de Justiça considerou que uma prática através da qual uma empresa em posição dominante pretende limitar o comércio paralelo dos produtos que comercializa constitui uma exploração abusiva dessa posição dominante, nomeadamente quando tal prática tem por efeito travar as importações paralelas, ao neutralizar o nível eventualmente mais favorável dos preços praticados noutras zonas de venda na Comunidade (v., neste sentido, acórdão de 13 de Novembro de 1975, General Motors Continental/Comissão, 26/75, Recueil, p. 1367, n.º 12; Colect., p. 467) ou quando se destina a impedir as reimportações que viessem fazer concorrência à rede de distribuição dessa empresa (acórdão de 11 de Novembro de 1986, British Leyland/Comissão, 226/84, Colect., p. 3263, n.º 24). Com efeito, as importações paralelas beneficiam de uma determinada protecção em direito comunitário na medida em que favorecem o desenvolvimento das trocas comerciais e o reforço da concorrência (acórdão de 16 de Janeiro de 1992, X, C-373/90, Colect., p. I-131, n.º 12).

38 Ora, nas suas observações escritas, a GSK AEVE alega que os elementos referidos pelo órgão jurisdicional de reenvio nas questões prejudiciais constituem considerações objectivas em razão das quais o facto de uma empresa farmacêutica limitar os fornecimentos de medicamentos às necessidades de um determinado mercado nacional não pode ser considerado abusivo quando esta empresa seja confrontada com encomendas provenientes de grossistas activos na exportação paralela para outros Estados-Membros em que os preços de venda desses medicamentos são fixados num nível mais elevado.

39 Para determinar se a recusa, por uma empresa farmacêutica, de fornecer medicamentos a tais grossistas é efectivamente abrangida pela proibição prevista no artigo 82.º CE, designadamente no segundo parágrafo, alínea b), desse artigo, importa analisar se, como defende a GSK AEVE, existem considerações objectivas em razão das quais tal prática não se pode considerar uma exploração abusiva da posição dominante detida por esta empresa (v., neste sentido, acórdãos United Brands e United Brands Continentaal/Comissão, já referido, n.º 184, e de 15 de Março de 2007, British Airways/Comissão, C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 69).

Quanto ao carácter abusivo da recusa de fornecimento

40 Referindo-se ao acórdão United Brands e United Brands Continentaal/Comissão, já referido, a GSK AEVE observa, a título liminar, que uma empresa dominante não é obrigada a satisfazer as encomendas de carácter anormal, podendo tomar as medidas razoáveis que a protecção dos seus legítimos interesses comerciais exija.

41 No que respeita, mais particularmente, ao sector dos produtos farmacêuticos, a GSK AEVE alega, em primeiro lugar, que a lógica geral da protecção da concorrência no âmbito de uma marca não funciona no referido sector, em que a intervenção das autoridades públicas dos Estados-Membros impede os produtores de medicamentos de desenvolver as suas actividades em condições normais de concorrência.

42 Por um lado, efectivamente, as empresas farmacêuticas não controlam os preços dos seus produtos, que são fixados, em níveis diferentes, pelas autoridades públicas, sendo estas, simultaneamente, quando existam sistemas de saúde nacionais, os compradores dos medicamentos. Embora esses preços resultem de negociações entre as referidas autoridades e as empresas farmacêuticas, a sua aceitação por estas não implica que tais preços cubram todos os custos fixos ligados ao desenvolvimento

de um produto farmacêutico. Por outro lado, apesar da existência eventual de um tal sistema de preços acordados, os Estados-Membros podem ainda impor uma redução desses preços.

43 Além disso, os produtores de medicamentos estão sujeitos a obrigações precisas quanto à sua distribuição. Enquanto as empresas farmacêuticas são obrigadas por lei a fornecer os seus produtos em todos os Estados-Membros em que estão autorizadas a fazê-lo, os exportadores paralelos são livres de transferir as suas actividades em relação a um produto e a um mercado para outros quando estes últimos ofereçam uma margem de lucro mais elevada, o que pode conduzir à escassez em certos Estados-Membros de exportação. Assim, o comércio paralelo tem consequências negativas para a planificação do fabrico e distribuição de medicamentos.

44 Em segundo lugar, a GSK AEVE observa que o comércio paralelo dos medicamentos reduz os lucros que as empresas farmacêuticas podem investir nas actividades de investigação e desenvolvimento de que dependem para se manterem competitivas e atractivas para os investidores. Em contrapartida, os distribuidores que beneficiam do comércio paralelo não contribuem de modo nenhum para a inovação farmacêutica. Além disso, nos Estados-Membros em que os preços dos medicamentos são fixados num nível relativamente baixo, a comercialização de novos medicamentos corre o risco de ser afectada se se tornar impossível para as empresas farmacêuticas restringir o abastecimento a fim de limitar o comércio paralelo. Com efeito, nesse caso, estas últimas teriam interesse em adiar o lançamento de novos produtos nos Estados-Membros em que os preços são baixos.

45 Em terceiro lugar, a GSK AEVE afirma que o comércio paralelo não beneficia realmente os consumidores finais. Na verdade, uma vez que a maior parte da diferença de preço que torna o comércio lucrativo é açambarcada pelos intermediários, o comércio paralelo não chega a exercer uma pressão real sobre os preços dos medicamentos nos Estados-Membros em que esses preços são mais elevados. Quanto aos Estados-Membros em que certas necessidades de medicamentos são cobertas através de concursos públicos, os importadores paralelos, tendo em conta o carácter ocasional da sua intervenção, também não estão numa posição que lhes permita reduzir o nível dos preços.

46 Embora reconhecendo que a proibição prevista no artigo 82.º CE não é aplicável quando o comportamento da empresa em posição dominante é objectivamente justificado, o Governo polaco e a Comissão salientam que incumbe a essa empresa demonstrar as circunstâncias susceptíveis de justificar a sua prática.

47 As recorrentes nos processos principais, à semelhança do Governo polaco e da Comissão, consideram que a aplicação do artigo 82.º CE não pode ser diferente no sector dos produtos farmacêuticos pelo simples facto de, neste sector, os preços serem fixados, directa ou indirectamente, pelas autoridades públicas. Efectivamente, mesmo nos Estados-Membros em que os preços são baixos, o preço de um medicamento resulta de negociações com as empresas farmacêuticas, que não comercializam os seus medicamentos se os preços propostos não lhes convierem. Além disso, não existe nexo de causalidade entre as repercussões do comércio paralelo nos lucros das empresas farmacêuticas e os investimentos destas últimas em matéria de investigação e de desenvolvimento. Por último, o comércio paralelo dos medicamentos conduz a vantagens inegáveis para os pacientes e é susceptível de permitir aos regimes nacionais de segurança social fazer economias.

48 As recorrentes nos processos principais acrescentam que ter em conta os elementos justificativos invocados pela GSK AEVE iria contra a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de livre circulação de mercadorias, que apenas admite as justificações previstas no artigo 30.º CE.

49 A este propósito, há que lembrar que, no n.º 182 do acórdão United Brands e United Brands Continentaal/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça decidiu que uma empresa que goza de uma posição dominante na comercialização de um produto — que beneficia do prestígio de uma marca conhecida e apreciada pelos consumidores — não pode cessar os seus fornecimentos a um cliente antigo e respeitador dos usos comerciais caso as encomendas desse cliente não tenham carácter anormal. No n.º 183 do mesmo acórdão, o Tribunal considerou que esse comportamento é contrário aos objectivos enunciados na alínea f) do artigo 3.º do Tratado CEE [que passou a artigo 3.º, alínea g), do Tratado CE, que passou, por sua vez, a artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE], explicitados no artigo 86.º do Tratado CEE [que passou a artigo 86.º do Tratado CE, que passou, por sua vez, a artigo 82.º CE], especificamente no seu segundo parágrafo, alíneas b) e c), dado que a recusa de venda limita a oferta

no mercado, em prejuízo dos consumidores, e traduz-se numa discriminação que poderá conduzir à eliminação de um parceiro comercial do mercado em causa.

50 No n.º 189 do acórdão United Brands e United Brands Continentaal/Comissão, já referido, o Tribunal de Justiça salientou que, embora a existência de uma posição dominante não possa privar a empresa que se encontre nessa posição do direito de preservar os seus próprios interesses comerciais quando estes sejam atacados e que é necessário reconhecer-lhe, em medida razoável, a faculdade de praticar os actos que considere apropriados para a protecção dos referidos interesses, tais comportamentos não podem ser admitidos quando tenham precisamente por objectivo reforçar essa posição dominante e dela abusar.

51 Neste contexto, cumpre analisar se existem, como defende a GSK AEVE, no sector dos produtos farmacêuticos, circunstâncias específicas em razão das quais, de modo geral, a recusa, por uma empresa em posição dominante, de abastecer num dado Estado-Membro clientes que efectuem exportações paralelas para outros Estados-Membros em que os preços dos medicamentos são superiores não tem carácter abusivo.

Quanto às consequências do comércio paralelo para os consumidores finais

52 Importa examinar, antes de mais, o argumento da GSK AEVE relativo ao facto de, em sua opinião, e de qualquer modo, o comércio paralelo proporcionar poucas vantagens financeiras aos consumidores finais.

53 A este propósito, há que salientar que as exportações paralelas de medicamentos de um Estado-Membro no qual os preços destes são baixos para outros

Estados-Membros nos quais os preços são mais elevados permitem, em princípio, aos compradores dos referidos medicamentos destes últimos Estados dispor de uma fonte alternativa de abastecimento, o que conduz necessariamente a certas vantagens para o consumidor final desses medicamentos.

54 Na verdade, como indicou a GSK AEVE, para os medicamentos objecto de exportações paralelas, a existência de uma diferença de preço entre o Estado-Membro de exportação e o de importação não implica necessariamente que o consumidor final neste último Estado-Membro beneficiará de um preço correspondente ao aplicado no Estado-Membro de exportação, na medida em que os próprios grossistas que efectuam as referidas exportações retirarão lucros do mencionado comércio paralelo.

55 No entanto, o atractivo da outra fonte de abastecimento constituída pelo comércio paralelo no Estado-Membro de importação reside precisamente no facto de esse comércio ser capaz de oferecer no mercado desse Estado-Membro os mesmos produtos a preços inferiores aos praticados, nesse mercado, pelas empresas farmacêuticas.

56 Por esta razão, mesmo nos Estados-Membros em que os preços dos medicamentos são objecto de regulamentação estatal, o comércio paralelo é susceptível de exercer pressão sobre os preços e, portanto, de criar vantagens financeiras não apenas para as caixas de seguro de doença mas também para os pacientes interessados, para quem o montante do preço dos medicamentos que permanece a seu cargo será menos elevado. Do mesmo modo, como salienta a Comissão, o comércio paralelo de medicamentos de um Estado-Membro para outro Estado-Membro pode aumentar a escolha de que dispõem as entidades deste último que se abastecem de medicamentos através de um processo de concurso, no âmbito do qual os importadores paralelos podem oferecer medicamentos a preços menos elevados.

57 Portanto, sem que seja necessário que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a questão de saber se incumbe a uma empresa em posição dominante apreciar o

carácter abusivo do seu comportamento face a um parceiro comercial em função do grau de vantagens que as actividades deste último oferecem aos consumidores finais, impõe-se declarar que, nas circunstâncias dos processos principais, essa empresa não pode basear-se na premissa segundo a qual as exportações paralelas que pretende limitar apenas têm uma utilidade mínima para os consumidores finais.

Quanto à influência da regulamentação estatal dos preços e do abastecimento no sector dos produtos farmacêuticos

58 No que respeita, em seguida, ao argumento relativo ao grau de regulamentação dos mercados farmacêuticos na Comunidade, importa analisar, antes de mais, a eventual influência da regulamentação estatal relativa ao preço dos medicamentos na apreciação do carácter abusivo de uma recusa de fornecimento dos mesmos.

59 Com efeito, há que observar que, na maior parte dos Estados-Membros, os medicamentos, nomeadamente os que estão sujeitos a receita médica, são objecto de uma regulamentação destinada a determinar, a pedido dos produtores em causa e partindo de informações por eles prestadas, os preços de venda desses medicamentos e/ou as tabelas de reembolso pelos sistemas de seguro de doença aplicáveis a um determinado medicamento receitado. As diferenças de preço que existem entre Estados-Membros relativamente a certos medicamentos resultam, portanto, dos diferentes níveis em que são fixados, em cada um deles, os preços e/ou as tabelas aplicáveis a esses medicamentos.

60 Os processos principais têm por objecto um domínio não harmonizado em que o legislador comunitário se limitou, através da adopção da Directiva 89/105, a obrigar os Estados-Membros a garantir que as decisões adoptadas em matéria de fixação de preços e de reembolso sejam tomadas com total transparência, sem discriminação e dentro de prazos precisos.

61 A este propósito, observe-se, por um lado, que o controlo exercido pelos Estados-Membros sobre os preços de venda ou de reembolso dos medicamentos não subtrai totalmente os preços desses produtos à lei da oferta e da procura.

62 Assim, em certos Estados-Membros, as autoridades públicas não intervêm no processo de fixação dos preços ou limitam-se a fixar a tabela de reembolso pelos sistemas nacionais de seguro de doença aplicável a um determinado medicamento receitado, deixando às empresas farmacêuticas a incumbência de determinar os seus preços de venda. Além disso, ainda que, noutros Estados-Membros, as autoridades públicas fixem também o preço de venda dos medicamentos, tal não significa que os produtores dos medicamentos em causa não tenham nenhuma influência no que respeita ao nível em que são fixados os seus preços de venda ou os montantes de reembolso.

63 Efectivamente, como referiu a Comissão, mesmo nos Estados-Membros em que os preços de venda ou os montantes de reembolso dos medicamentos são fixados pelas autoridades públicas, os produtores dos medicamentos em causa participam nas negociações que, a pedido desses produtores e partindo de preços por si propostos, culminam na fixação dos preços e dos montantes a aplicar. Como é precisado no segundo e no terceiro considerandos da Directiva 89/105, na fixação dos preços dos medicamentos, as referidas autoridades têm por missão não apenas controlar as despesas relacionadas com a saúde pública e assegurar a disponibilidade de um fornecimento adequado de especialidades farmacêuticas a um preço razoável mas também promover a eficiência na produção de especialidades farmacêuticas e o estímulo à investigação e à produção de novas especialidades. Como salientou o advogado-geral nos n.os 90 a 93 das suas conclusões, o nível em que é fixado o preço de venda ou o montante de reembolso de um dado medicamento resulta do peso respectivo que têm, na negociação relativa ao seu preço, as autoridades públicas do Estado-Membro em causa e as empresas farmacêuticas.

64 Por outro lado, importa lembrar que, quando um medicamento é protegido por uma patente que confere um monopólio temporário ao seu titular, a única forma de concorrência possível, até à caducidade da patente, é a concorrência em relação ao preço que pode existir entre um produtor e os seus distribuidores, ou entre comerciantes paralelos e distribuidores nacionais.

65 No quadro da aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (que passou a artigo 85.º do Tratado CE, que passou, por sua vez, a artigo 81.º CE), o Tribunal de Justiça decidiu que um acordo entre um produtor e um distribuidor que pretende reconstituir a compartimentação dos mercados nacionais no comércio entre os Estados-Membros pode contrariar o objectivo do Tratado de realizar a integração dos mercados nacionais através do estabelecimento de um mercado único. Assim, o Tribunal qualificou repetidamente os acordos destinados a compartimentar os mercados nacionais segundo as fronteiras nacionais ou a tornar mais difícil a interpenetração dos mercados nacionais, nomeadamente os destinados a proibir ou limitar as exportações paralelas, de acordos que têm por objecto restringir a concorrência, na acepção do referido artigo do Tratado (v., designadamente, acórdãos de 8 de Novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.os 23 a 27; de 28 de Abril de 1998, Javico, C-306/96, Colect., p. I-1983, n.os 13 e 14; e de 6 de Abril de 2006, General Motors/Comissão, C-551/03 P, Colect., p. I-3173, n.os 67 a 69).

66 À luz do referido objectivo do Tratado e do objectivo de garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno, também não se podem, portanto, subtrair à proibição prevista no artigo 82.º CE as práticas de uma empresa em posição dominante destinadas a evitar as exportações paralelas de um Estado-Membro para outros Estados-Membros, práticas que, ao compartimentar os mercados nacionais, neutralizam as vantagens de uma concorrência eficaz em termos de abastecimento e de preços que essas exportações proporcionavam aos consumidores finais nesses outros Estados.

67 Embora o grau de regulamentação dos preços no sector dos produtos farmacêuticos não possa, portanto, afastar a aplicação das regras comunitárias de concorrência, não deixa de ser verdade que, para os Estados-Membros que prevêem um sistema de fixação dos preços, na apreciação do carácter abusivo da recusa, por uma empresa farmacêutica, de fornecer medicamentos a grossistas activos nas exportações paralelas, não se pode ignorar que essa intervenção estatal é um dos factores susceptíveis de criar oportunidades para o comércio paralelo.

68 Além disso, à luz dos objectivos do Tratado que visam a protecção do consumidor através de uma concorrência não falseada e a integração dos mercados nacionais, as referidas regras de concorrência também não podem ser interpretadas no sentido de

que, para defender os seus próprios interesses comerciais, a única possibilidade que resta a uma empresa farmacêutica em posição dominante seja não comercializar de todo os seus medicamentos num Estado-Membro em que os seus preços são fixados a um nível relativamente baixo.

69 Daqui decorre que, embora o grau de regulamentação relativa aos preços dos medicamentos não possa retirar o carácter abusivo à recusa por parte de uma empresa farmacêutica em posição dominante de satisfazer as encomendas que lhe são dirigidas por grossistas activos nas exportações paralelas, essa empresa deve, contudo, poder tomar medidas razoáveis e proporcionadas à necessidade de preservar os seus próprios interesses comerciais.

70 A este propósito, e sem que seja necessário analisar o argumento invocado pela GSK AEVE segundo o qual as empresas farmacêuticas têm de limitar as exportações paralelas para evitar o risco de redução dos seus investimentos na investigação e no desenvolvimento de medicamentos, basta indicar que, para apreciar se a recusa, por parte de uma empresa farmacêutica, de abastecer grossistas activos nas exportações paralelas constitui uma medida razoável e proporcionada relativamente à ameaça que essas exportações constituem para os seus interesses comerciais legítimos, há que determinar se as encomendas feitas por esses grossistas têm carácter anormal (v., neste sentido, acórdão United Brands e United Brands Continentaal/Comissão, já referido, n.º 182).

71 Efectivamente, embora não se possa admitir que uma empresa farmacêutica em posição dominante, num Estado-Membro em que os preços são relativamente baixos, deixe de satisfazer as encomendas normais de um cliente anterior pelo simples facto de este último, além de abastecer o mercado do referido Estado-Membro, exportar algumas das quantidades encomendadas para outros Estados-Membros onde se praticam preços superiores, essa empresa pode, no entanto, opor-se, numa medida razoável e proporcionada, à ameaça que podem constituir para os seus próprios interesses comerciais as actividades de uma empresa que pretenda abastecer-se nesse primeiro Estado-Membro, em quantidades significativas, de produtos destinados essencialmente às exportações paralelas.

72 No caso em apreço, resulta das decisões de reenvio que, nos litígios que lhes deram origem, as recorrentes nos processos principais não exigiram que a GSK AEVE satisfizesse integralmente as encomendas que lhe tinham sido dirigidas, mas que essa sociedade lhes vendesse quantidades de medicamentos correspondentes à média mensal vendida ao longo dos dez primeiros meses do ano 2000. Em seis dos onze recursos nos processos principais, as recorrentes pediram que essas quantidades fossem acrescidas de uma certa percentagem, fixada por algumas delas em 20%.

73 Nestas circunstâncias, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar o carácter normal das referidas encomendas considerando as relações comerciais anteriores da empresa farmacêutica detentora da posição dominante com os grossistas em causa e o volume das encomendas relativamente às necessidades do mercado do Estado-Membro em questão (v., neste sentido, acórdão United Brands e United Brands Continentaal/Comissão, já referido, n.º 182, e acórdão de 29 de Junho de 1978, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij e o./Comissão, 77/77, Colect., p. 525, n.os 30 a 32).

74 Estas considerações respondem também ao argumento invocado pela GSK AEVE, relativo à influência da regulamentação estatal sobre o abastecimento de medicamentos, e mais particularmente ao argumento segundo o qual as empresas que efectuam exportações paralelas não estão sujeitas às mesmas obrigações de distribuição e de armazenagem das empresas farmacêuticas, correndo assim o risco de perturbar a planificação do fabrico e da distribuição dos medicamentos.

75 É verdade que, na Grécia, como resulta do n.º 8 do presente acórdão, a legislação nacional sujeita os grossistas de produtos farmacêuticos à obrigação de cobrirem com uma gama de produtos farmacêuticos as necessidades de uma zona geográfica determinada. É também verdade que, no caso de o comércio paralelo conduzir efectivamente a uma escassez de medicamentos num determinado mercado nacional, incumbe às autoridades nacionais competentes, e não às empresas detentoras de uma posição dominante, resolver essa situação, através da aplicação de medidas

adequadas e proporcionadas, nos termos da legislação nacional e das obrigações decorrentes do artigo 81.º da Directiva 2001/83.

76 Contudo, um produtor de produtos farmacêuticos deve poder defender os seus próprios interesses comerciais quando confrontado com encomendas de quantidades anormais. Poderia ser o caso, num dado Estado-Membro, se alguns grossistas encomendassem a esse produtor medicamentos em quantidades não proporcionais às vendidas anteriormente por esses mesmos grossistas para satisfazer as necessidades do mercado do referido Estado-Membro.

77 Tendo em conta o exposto, há que responder às questões submetidas que o artigo 82.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma empresa detentora de uma posição dominante no mercado pertinente de medicamentos que, para impedir as exportações paralelas que certos grossistas efectuam de um Estado-Membro para outros Estados-Membros, recusa satisfazer as encomendas com carácter normal feitas por esses grossistas, explora de modo abusivo a sua posição dominante. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar o carácter normal das mencionadas encomendas considerando o seu volume relativamente às necessidades do mercado do referido Estado-Membro e as relações comerciais anteriores entre a mesma empresa e os grossistas em causa.

Quanto às despesas

78 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

O artigo 82.º CE deve ser interpretado no sentido de que uma empresa detentora de uma posição dominante no mercado pertinente de medicamentos que, para impedir as exportações paralelas que certos grossistas efectuam de um Estado-Membro para outros Estados-Membros, recusa satisfazer as encomendas com carácter normal feitas por esses grossistas, explora de modo abusivo a sua posição dominante. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar o carácter normal das mencionadas encomendas considerando o seu volume relativamente às necessidades do mercado do referido Estado-Membro e as relações comerciais anteriores entre a mesma empresa e os grossistas em causa.

Assinaturas