

GENERALINIO ADVOKATO
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER IŠVADA,
pateikta 2008 m. balandžio 1 d.¹

Turinys

I	— Įžanga	I - 7145
II	— Teisinis pagrindas	I - 7146
	A — Bendrijos teisė	I - 7146
	B — Nacionalinė teisė	I - 7148
III	— Pagrindinės bylos faktinės aplinkybės ir prejudiciniai klausimai	I - 7148
IV	— Procesas Teisingumo Teisme	I - 7151
V	— Prejudicinių klausimų analizė	I - 7152
	A — Preliminarios pastabos	I - 7152
	1. Prieštaravimai dėl prejudicinių klausimų formuluočių	I - 7152
	a) Dominuojanti padėtis	I - 7152
	b) „Visų“ užsakymų įvykdymas	I - 7153
	2. Vertinimas	I - 7153
	B — Piktnaudžiavimai dominuojančia padėtimi per se pagal EB 82 straipsnį (pirmasis klausimas)	I - 7154
	1. Atsisakymas tiekti vaistus kaip piktnaudžiavimas	I - 7154
	a) Bendrijos teismų praktika	I - 7154
	b) Tyčia kaip sunkinanti aplinkybė	I - 7156

¹ — Originalo kalba: ispanų.

2.	Piktnaudziavimų <i>per se</i> nustatymas pagal EB 82 straipsnį: metodologijos problema	I - 7158
a)	Teisingumo Teismo praktika	I - 7158
b)	Piktnaudziavimai <i>per se</i> , kuriems EB 82 straipsnis nepritaikytas	I - 7159
i)	Teisinės priežastys	I - 7159
ii)	Ekonominės priežastys	I - 7161
3.	Siūlomas atsakymas į pirmąjį klausimą	I - 7162
C —	Elgesio, kuris paprastai laikomas piktnaudziavimu, pateisinimas (antrasis klausimas)	I - 7162
1.	Rinkos trūkumai	I - 7163
a)	Pagrindinės rinkos savybės	I - 7163
b)	Pateisinimo pagrindų tyrimas	I - 7164
i)	Valstybių narių kainų nustatymas	I - 7165
ii)	Pareiga tiekti vaistus	I - 7166
2.	Teisėta verslo interesų apsauga	I - 7167
a)	Teismų praktikos vertinimas	I - 7167
b)	Pateikti argumentai	I - 7168
3.	Nominalus pozityvus ekonominis poveikis	I - 7171
4.	Siūlomas atsakymas į antrąjį klausimą	I - 7172
VI —	Išvada	I - 7173

I — Įžanga

prejudiciniai klausimai dabar bumerangu grįžta atgal². *Trimeles Efetio Athinon* (Atėnų apeliacinis teismas) prašo atsakyti į kai kuriuos esminius Bendrijos konkurencijos

1. Prieš keletą metų Teisingumo Teismui pateikti ir atmesti kaip nepriimtini

2 — 2005 m. gegužės 31 d. Sprendimas *Syfait ir kt.* (C-53/03, Rink. p. I-4609).

teisės klausimus, susijusius su piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi, kuris draudžiamas EB 82 straipsniu, ir lygiagrečiu medicinos produktų importu iš Graikijos Respublikos į kitas valstybes nares, kuriose išrašyti receptiniai vaistai kompensuojami gerokai daugiau nei Graikijoje.

valia ir be jokio apmaudo, kuris, panašu, paskatino Avellanedos plagiatą⁴.

II — Teisinis pagrindas

2. Priežastis, dėl kurios atmestas prašymas priimti prejudicinį sprendimą, toje byloje paskirtam generaliniam advokatui nesutrukdė pateikti išvados³, kuria šalys prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nagrinėjamoje byloje remiasi itin plačiai, ją beveik paversdamos pagrindiniu diskusijų objektu.

A — Bendrijos teisė

3. Tokia situacija nėra smagi, nes jaučiuosi kaip Avellaneda, rašantis kito autoriaus romano antrąją dalį, ir kaip jis už tai galiu būti kritikuojamas, nors aplinkybės nėra palyginamos: jaučiuosi verčiamas rašyti šią išvadą ir atlieku savo profesinę pareigą gera

4. EB sutartyje įtvirtintos dvi bendrosios rinkos veikimo pamatinės konkurencijos teisės nuostatos. EB 81 straipsniu draudžiami konkuruojančių bendrovių susitarimai, o EB 82 straipsnio pirmojoje pastraipoje draudžiamas bet koks vienos ar keleto įmonių piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi vidaus rinkoje ar didelėje jos dalyje. Antroje pastraipoje nustatytas nebaigtinis tipinių tokio savavališko elgesio pavyzdžių sąrašas.

3 — 2004 m. spalio 28 d. generalinio advokato F. G. Jacobs išvada, kurioje teigiama, kad nutartis dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą laikytina priimtina.

4 — Tikriausiai mažai žinomas kunigas Alonso Fernandez Zapata, pasirašydamas Alonso Fernandeso de Avellaneda pseudonimu, 1614 m. išleido knygą „Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha“ („Antroji knyga apie sumanų riterį Don Kichotą“), suprantama, labai supykęs Servantesą, kuris tikrajame savo apsakymo tęsinyje užsipuolė įžūlių imitaciją. Palyginti su darbu, kurį bandoma imituoti, literatūrinio požiūriu nesąžininga versija yra kur kas prastesnė, o tai Fernando Garcia Salinero „Kritinėje įžangoje apie kūrinių ir jos autorių“, *Alonso Fernandez de Avellaneda „El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha“*, Castilia, Madridas, 2005, p. 24 paskatino ją apibūdinti kaip „šelmiskų nuotykių išdringumo neturintį pastyčiojimą iš knygos, kuris, tikėtina, gimė iš asmeninės pagiežos“.

5. Vertinant pagrindinės bylos faktines aplinkybes svarbūs ir kai kurie antrinės teisės aktai: Direktyvoje 89/105/EEB⁵ įtvirtintos priemonės, kuriomis siekiama suderinti vaistų kainų nustatymo metodus. 2 straipsnio 1 ir 2 dalyse sakoma:

„Šios nuostatos taikomos, jei pardavinėti vaistą leidžiama tik po to, kai tos valstybės narės kompetentingos institucijos patvirtino šio gaminio kainą:

1. Valstybės narės užtikrina, kad sprendimas dėl konkretaus vaisto galimos kainos nustatymo priimamas ir pranešamas pareiškėjui per 90 dienų nuo paraiškos, kurią pagal atitinkamoje valstybėje narėje nustatytus reikalavimus pateikė leidimo pardavinėti gaminį rinkoje turėtojas, gavimo. Pareiškėjas kompetentingoms institucijoms pateikia atitinkamą informaciją. Jei prie paraiškos pridedama informacija yra netinkama, kompetentingos institucijos tuojau praneša pareiškėjui, kokia išsami papildoma informacija yra reikalinga, ir priima galutinį sprendimą per 90 dienų nuo šios papildomos informacijos gavimo. Nepriėmus tokio sprendimo per nustatytą laikotarpį ar laikotarpius, pareiškėjas turi teisę pardavinėti gaminį rinkoje savo pasiūlyta kaina.

5 — 1988 m. gruodžio 21 d. Tarybos direktyva 89/105/EEB dėl priemonių, reglamentuojančių žmonėms skirtų vaistų kainų nustatymą ir šių vaistų įtraukimą į nacionalinių sveikatos draudimo sistemų sritį, skaidrumo (OL L 40, 1989, p. 8; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 5 sk., 1 t., p. 345).

2. Jei kompetentingos institucijos nusprendžia neleisti pardavinėti to vaisto pareiškėjo pasiūlyta kaina, tame sprendime išdėstomos objektyviais ir patikrinamais kriterijais grindžiamos priežastys. Be to, pareiškėjas yra informuojamas apie jam pagal galiojančius įstatymus suteikiamas savo teisių gynimo priemones ir pasinaudojimo tomis priemonėmis laikotarpį. <...>“

6. Nors dėl *ratione temporis* apribojimų tai ir nėra taikytina prašymo priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo nagrinėjamos bylos faktinėms aplinkybėms, turint galvoje būsimas Teisingumo Teismo sprendimo pasekmes būtina paminėti Direktyvos 2001/83/EB⁶, panaikinančios Direktyvą 92/25/EEB⁷, 81 straipsnio antrąją pastraipą, kurioje numatyta:

„Leidimo prekiauti vaistu turėtojas ir minėto vaisto, faktiškai pateikto į valstybės narės rinką, platintojai savo atsakomybe užtikrina atitinkamą ir nuolatinį to vaisto tiekimą vaistinėms ir asmenims, turintiems leidimą tiekti vaistus taip, kad minėtos valstybės narės pacientų poreikiai būtų patenkinami.“

7. 81 straipsnio trečiojoje pastraipoje aiškiai numatyta, kad priemonės, kurių imtasi

6 — 2001 m. lapkričio 6 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2001/83/EB dėl Bendrijos kodekso, reglamentuojančio žmonėms skirtus vaistus (OL L 311, 2001, p. 67; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 13 sk., 27 t., p. 69), iš dalies pakeista 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2004/27/EB (OL L 136, 2004, p. 34; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 13 sk., 34 t., p. 262).

7 — 1992 m. kovo 31 d. Tarybos direktyva 92/25/EEB dėl žmonėms skirtų vaistų didmeninio platinimo (OL L 113, 1992, p. 1).

įgyvendinant šį straipsnį, turi būti pagrįstos kaip būtinos visuomenės sveikatos apsaugai ir atitikti tokios apsaugos tikslus „laikantis sutarties taisyklių, ypač susijusių su laisvu prekių judėjimu ir konkurencija“.

B — Nacionalinė teisė

8. Įstatymo Nr. 703/1977 dėl monopolijų ir oligopolijų kontrolės ir laisvos konkurencijos apsaugos (toliau – Graikijos konkurencijos įstatymas) 2 straipsnis iš esmės atitinka EB sutarties 82 straipsnio nuostatas.

9. Pagal Įstatymo Nr. 1316/1983 29 straipsnio 2 dalį, kuri pakeičia Įstatyminio dekreto Nr. 96/1973 8 straipsnį, visi leidimų prekiauti vaistais turėtojai privalo reguliariai tiekti rinkai gaminamus ar importuojamus produktus.

10. Galiausiai Graikijos teisės aktuose reikalaujama, kad asmenys, kurie verčiasi didmeninio farmacijos produktų platinimo veikla, gautų specialų leidimą ir išipareigotų pakankamai aprūpinti konkrečią geografinę teritoriją.

III — Pagrindinės bylos faktinės aplinkybės ir prejudiciniai klausimai

11. *GlaxoSmithKline plc*, Jungtinėje Karalystėje įsteigta farmacijos produktų tyrimo ir gamybos bendrovė, tarpininkaujama savo dukterinės įmonės *GSK A EVE* (toliau bendrai – *GSK*), turinčios patrunuojančiosios įmonės leidimą prekiauti produktais Graikijoje, platina ir sandėliuoja savo produktus Graikijoje. *GSK A EVE* platina prekes, žymimas prekių ženklais *Imigran*, *Lamictal* ir *Serevent*, skirtais atitinkamai migrenai, epilepsijai ir astmai gydyti, kurios visos yra receptiniai vaistai, o jų patentus turi *GSK*.

12. Apeliantai pagrindinėse bylose daugelį metų išgydavo šių vaistų įvairiomis formomis kaip tarpiniai didmenininkai ir platino juos Graikijos rinkoje ir kitose valstybėse narėse, būtent Vokietijoje ir Jungtinėje Karalystėje.

13. Baigiantis 2000 m. spalio mėnesiui *GSK* pasirėmė trijų pirmiau minėtų vaistų nepakankamumu, už kurį, jos teigimu, ji nebuvo atsakinga, kad pakeistų savo platinimo sistemą Graikijoje. Nuo tų metų lapkričio 6 d. ji nebevykdė apeliantų užsakymų, o produktus ligininėms ir vaistinėms pradėjo platinti tarpininkaujama bendrovės *Farmacenter AE*.

14. 2001 m. vasario mėn. atnaujinusi įprastą tiekimą, ji, nors ir ribotai, pradėjo *Imigran*, *Lamictal* ir *Serevent* tiekti didmenininkams ir nutraukė bendradarbiavimą su *Farmacenter AE*. Toks *GSK* elgesys supykė apeliančius ir jie pradėjo du procesus: administracinį ir civilinį.

15. *GSK* administracinį procesą pradėjo tuomet, kai *Epitropi Antagonismou* (Graikijos konkurencijos komisija) atmetė skundus dėl jos vaistų platinimo politikos; savo ruožtu, apeliantai pagrindinėse bylose, Graikijos farmacijos įmonių ir kitų didmenininkų asociacijos, remdamiesi tomis pačiomis faktinėmis aplinkybėmis, pradėjo procesą, siekdami įrodyti, jog *GSK* piktnaudžiavo dominuojančia padėtimi Graikijos konkurencijos įstatymo 2 straipsnio ir EB 82 straipsnio prasme.

16. *Epitropi Antagonismou* sprendimas, nustatantis laikinasias priemones, įpareigojo *GSK* vykdyti visus trijų atitinkamų produktų užsakymus, kol bus priimtas galutinis sprendimas. Tačiau kadangi nebuvo tikra, kaip turi būti aiškinama nacionalinė teisė atsižvelgiant į Bendrijos teisę, ši už konkurencijos priežiūrą Graikijos rinkoje atsakinga reguliuojanti institucija sustabdė bylos nagrinėjimą ir Teisingumo Teismui pateikė tam tikrus klausimus, susijusius su EB 82 straipsnio aiškinimu, o šis prašymas priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismo kanceliarijoje buvo užregistruotas numeriu C-53/03.

17. Teisingumo Teismo sprendime ginčas iš esmės analizuotas nebuvo, nes buvo nuspręsta, jog jis neturi jurisdikcijos atsakyti į institucijos, kuri EB 234 straipsnio prasme nėra teismas, pateiktus prejudicinius klausimus⁸, tačiau *Epitropi Antagonismou* dėl apeliančių skundų savo sprendimą priėmė 2006 m. rugsėjo 1 d. ir jame padarė tokias išvadas: *GSK* užėmė dominuojančią padėtį tik *Lamictal* atžvilgiu, nes epilepsija sergantiems ligoniams buvo sunku prisitaikyti prie kitų panašių vaistų; *GSK* įmonių grupė pažeidė Graikijos konkurencijos įstatymo 2 straipsnį tik laikotarpiu nuo 2000 m. lapkričio mėn. iki 2001 m. vasario mėn., o vėliau ne; ji nepažeidė EB 82 straipsnio.

18. Apeliantai *Epitropi Antagonismou* sprendimą apskundė *Diikito Efetio Athinon* (Atėnų apeliaciniam administraciniam teismui), kuris sprendimo dar nepriėmė.

19. Apeliantai pradėjo civilinius procesus pateikdami ieškinius *Polimeles Protodikio Athinon* (Atėnų pirmosios instancijos

8 — Taip jis nukrypo nuo 2000 m. kovo 21 d. Sprendimo *Gabalf-risa ir kt.* (sujungtos bylos C-110/98 –C-147/98, Rink. p. I-1577), kurį visuomet laikiau klaidingu, ir buvo linkęs laikytis požiūrio, kurį siūliau savo 2001 m. lapkričio 29 d. Išvadoje byloje *De Coster* (C-17/00, Rink. p. I-9445); savo 2007 m. lapkričio 22 d. Išvadoje byloje *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt* (C-393/06, byla dar nagrinėjama Teisingumo Teisme) aptariu pastarojo meto požiūrį šiuo klausimu.

teismui) 2001 m. balandžio 30 d.⁹, spalio 30 d.¹⁰, ir 2002 m. kovo 5 d.¹¹ bei lapkričio 11 dieną¹².

byloje C-53/03, nusprendė sustabdyti apeliacinės bylos nagrinėjimą ir Teisingumo Teismui pateikti analogiškus prejudicinius klausimus¹³:

20. Apeliantai tvirtino, jog GSK sprendimas nutraukti vaistų tiekimą ir juos platinti tarpininkaujant *Farmacenter* buvo nesąžiningos konkurencijos veiksmai ir piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi, kurią GSK užėmė trijų aptariamų vaistų rinkose. Apeliantai prašė įpareigoti GSK jiems ir toliau tiekti produktų kiekį, atitinkantį nuo 2000 m. sausio 1 d. iki 2000 m. spalio 31 d. jiems GSK tiktą mėnesinį vidurkį, padidintą 20 %, ir atlyginti padarytą žalą bei negautą pelną.

21. Išskyrus reikalavimą atlyginti negautą pelną, kuris buvo pripažintas nepriimtiniu, Atėnų pirmosios instancijos teismas sprendimus šiose bylose priėmė 2003 m. sausio – spalio mėn. ir ieškinius atmetė kaip nepagrįstus, nusprenddamas, kad atsisakymas tiekti vaistus buvo pagrįstas ir atitinkamai kad GSK nepiktnaudžiavo dominuojančia padėtimi.

22. Apeliantai nacionaliniuose procesuose šiuos sprendimus apskundė *Trimeles Eftio Athinon* (Atėnų apeliaciniame teismui), kuris, be reikalo laukęs Teisingumo Teismo atsakymų į jam *Epitropi Antagonismou* pateiktus prejudicinius klausimus

„1. Ar įmonės, užimančios dominuojančią padėtį, atsisakymas įvykdyti visus jai pateiktus didmenininkų užsakymus, siekiant suvaržyti farmacijos produktų didmenininkų eksportą ir apriboti lygiagrečia prekyba daromą žalą, *ipso facto* yra piktnaudžiavimas EB 82 straipsnio prasme? Ar atsakymas į šį klausimą priklauso nuo to, kad dėl kainų skirtumo Europos Sąjungoje, atsirandančio dėl valstybės kišimosi arba, kitaip tariant, dėl to, kad farmacijos produktų rinkoje nėra tikros konkurencijos sąlygų, o, atvirkščiai, ši rinka pasižymi dideliu valstybės kišimusi, lygiagreti prekyba yra ypač pelninga didmenininkams? Galiausiai, ar nacionalinis teismas privalo vienodai taikyti Bendrijos konkurencijos teisės normas rinkose, veikiančiose konkurencijos sąlygomis, ir rinkose, kuriose konkurencija iškraipoma dėl valstybės kišimosi?

9 — Bylos C-468, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 ir C-478/06.

10 — Byla C-473/06.

11 — Byla C-477/06.

12 — Bylos C-469/06 ir C-471/06.

13 — Čia pateikiami bylų nuo C-474/06 iki C-478/06 klausimai, nes ankstesnių bylų (nuo C-468/06 iki C-473/06) klausimuose tikriausiai dėl to, kad, kaip apeliantai paaiškino savo pastabose, pateiktose bylose nuo C-469/06 iki C-476/06, Teisingumo Teismui *Epitropi Antagonismou* pateikti klausimai buvo išversti pažodžiui, klaidingai kalbama apie „nacionalinę konkurencijos instituciją“, o ne „nacionalinį teismą“.

2. Jei Teisingumo Teismas nustatytų, kad dėl pirmiau minėtų priežasčių lygiagrečios prekybos ribojimai, kurių imasi dominuojanti įmonė, ne visada yra piktnaudžiavimas, tuomet kaip turėtų būti nustatytas galimas piktnaudžiavimas? Konkrečiai kalbant:
- b) Ar reikia atsižvelgti į tai ir, jei taip, kiek, kad socialinio draudimo institucijos suinteresuotos gauti pigesnius vaistus?

2.1. Ar vidutinio nacionalinio suvartojimo procentinės dalies viršijimas ir (arba) dominuojančią padėtį užimančios įmonės patirti nuostoliai, palyginti su jos bendrąja apyvarta ir bendruoju pelnu, yra tinkami kriterijai? Jei atsakymas būtų teigiamas, tuomet kaip reiktų nustatyti viršytą procentinę dalį ir nuostolius, pastaruosius išreiškiant procentu nuo apyvartos ir bendrojo pelno, kuriuos viršijus nagrinėjami veiksmai būtų laikomi piktnaudžiavimu?

2.2. Ar galima laikytis požiūrio, pagrįsto interesų palyginimu, ir, jei taip, kokie interesai turi būti palyginti? Dar konkrečiau kalbant:

- a) Ar atsakymas priklauso nuo to, kad galutinis vartotojas, pacientas, gauna ribotos finansinės naudos iš lygiagrečios prekybos?

2.3. Į kokius dar kriterijus ar požyrius būtų galima atsižvelgti pagrindinėse bylose?“

IV — Procesas Teisingumo Teisme

23. Visos nutartys dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teismo kanceliarijai buvo pateiktos 2006 m. lapkričio 21 dieną. 2007 m. sausio 29 d. Nutartimi pirmininkas, remdamasis Teisingumo Teismo Procedūros reglamento 43 straipsniu, dėl objektyvaus tarp bylų esančio ryšio nurodė jas sujungti.

24. *Sot. Lelos kai Sia EE* (byla C-468/06), *Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proionton ir kt.* (bylos nuo C-469/06 iki C-476/06), *Kokkoris D. Tsanas K. EPE ir kt.* (bylos C-477/06 ir C-478/06), t. y. apeliantai pagrindinėse bylose, *GSK*, Lenkijos vyriausybė ir Europos Bendrijų Komisija pateikė rašytines pastabas per Teisingumo Teismo statuto 23 straipsnyje nurodytus terminus.

25. 2008 m. sausio 29 d. posėdyje dalyvavę *Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proionton ir kt.*, *Kokkoris D. Tsanas K. EPE ir kt.* atstovai, *GSK*, Italijos Respublika, kuri nebuvo pateikusi rašytinių pastabų, Lenkijos Respublika ir Europos Bendrijų Komisija žodžiu pateikė savo argumentus ir atsakė į Teisingumo Teismo jiems užduotus klausimus.

ginčija remdamasi dviem pagrindiniais argumentais: kad ji negali veikti neatsižvelgdama į savo konkurentus ir kad atitinkama rinka yra ne atitinkamos terapinės srities rinka, o receptinių vaistų visoje Europoje rinka.

V — Prejudicinių klausimų analizė

A — Preliminarios pastabos

1. Prieštaravimai dėl prejudicinių klausimų formuluočių

a) Dominuojanti padėtis

26. Jau minėjau Graikijos konkurencijos komisijos 2006 m. rugsėjo 1 d. sprendimą, kuriame buvo nuspręsta, jog *GSK* užėmė dominuojančią padėtį vaisto *Lamictal*, bet ne *Imigran* ar *Serevent* rinkoje. Tačiau *GSK* savo rašytinių pastabų 5 punkte tokią išvadą

27. Pagal nusistovėjusią teismų praktiką dėl griežto nacionalinių teismų ir Teisingumo Teismo kompetencijos atskyrimo per procedūrą pagal EB 234 straipsnį nagrinėjamų faktinių aplinkybių įvertinimas priskiriamas nacionalinio teismo kompetencijai¹⁴.

28. Kadangi dėl bendrovės padėties konkrečioje rinkoje tyrimo ir atitinkamos rinkos apibrėžimo reikia vertinti faktines aplinkybes, tą turi padaryti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, o Teisingumo Teismas šiuo klausimu nuomonės pareikšti negali.

29. Todėl *Trimeles Efeteio Athinon* privalo įvertinti, ar egzistuoja būtinos sąlygos EB 82 straipsniui taikyti ir, jei jų nėra, atmesti jam pateiktus apeliacinius skundus.

14 — 1979 m. lapkričio 15 d. Sprendimas *Denkavit* (36/79, Rink. p. 3439, 12 punktas); 1999 m. spalio 5 d. Sprendimas *Lirussi ir Bizzaro* (sujungtos bylos C-175/98 ir C-177/98, Rink. p. I-6881, 37 punktas); 2000 m. birželio 22 d. Sprendimas *Formasar ir kt.* (C-318/98, Rink. p. I-4785, 31 punktas) ir 2007 m. birželio 21 d. Sprendimas *Omni Metal Service* (C-259/05, Rink. p. I-4945, 17 punktas).

30. Vis dėlto, kadangi Graikijos administraciniam teismams apeliacine tvarka apskūstas *Epitropi Antagonismou* sprendimas, norint atsakyti į prašymus priimti prejudicinius sprendimus pateikusių teismų klausimus, būtina laikytis prielaidos, kad *GSK* užima dominuojančią padėtį.

33. Sutinku su lygiagrečiu importu užsienietiško ūkio subjektų nuomone, kad ginčo nagrinėjimą būtina susieti su aplinkybėmis, kuriomis jis kilo, t. y. su *GSK* 2000 m. vykdytu aptariamų medicinos produktų vidutinių mėnesinių kiekių tiekimu, padidintu 20%, kaip nurodyta nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, dėl šių priežasčių: pirma, EB 234 straipsnio pagrindu nagrinėjamos bylose faktines aplinkybes pateikia prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas ir Teisingumo Teismas į šį klausimą neturi kištis; antra, nukrypęs nuo faktinių aplinkybių atsakymas būtų mažiau naudingas.

b) „Visų“ užsakymų įvykdymas

31. *Lelos kai SIA EE*, apeliante pagrindinėje byloje, savo rašytinėse pastabose kritikuoja pirmojo prejudicinio klausimo formuluotę, kurioje vartojamas žodžių junginys „visiškai įvykdyti užsakymus“ gali sukelti painiavą, nes juo diskutuojama iš tam tikro konteksto perkeliama į labiau teorinį lygmenį, kuriame turėtų būti įvertintas kiekvieno *GSK* pateikto užsakymo, kad ir koks didelis ar perteklinis jis būtų, pagrįstumas.

2. Vertinimas

32. Kiti apeliantai taip pat pabrėžia, nors ir ne taip kategoriškai, poreikį nagrinėti ginčą pirminiame kontekste ir taip, kaip jis buvo plėtojamas Graikijos teismuose, atsižvelgiant į tai, kad *GSK* linkusi perdėti Graikijos didmenininkų reikalavimus ir struktūrizuoti savo argumentus taip, lyg būtų keliamas klausimas dėl visų užsakymų vykdymo, kad ir kokie nepagrįsti jie būtų.

34. Siekiant geriau suvokti šį procesą reikia įvertinti teismų praktikoje pripažintą galimybę¹⁵ reformuluoti *Trimeles Efetio Athinon* pateiktus klausimus, kadangi pirmuoju klausimu siekiama nustatyti, ar *GSK* atsisakymas tiekti vaistus, nulemtas noro riboti lygiagrečią prekybą, savaime buvo piktnaudžiavimas dominuojančia padėtimi, kai juo siekiama tik pašalinti savo konkurentus iš didmenininkų rinkos.

15 — Pavyzdžiui, 1977 m. lapkričio 23 d. Sprendimas *Enka* (38/77, Rink. p. 2203); 1993 m. balandžio 1 d. Sprendimas *Hewlett-Packard-France* (C-250/91, Rink. p. I-1819) ir 2001 m. gegužės 10 d. Sprendimas *Agora ir Excelsior* (sujungtos bylos C-223/99 ir C-260/99, Rink. p. I-3605).

35. Tačiau toliau keliami klausimai yra susiję su faktinių aplinkybių, tikėtina, pateisinančių piktnaudžiavimą, grupe, todėl juos logiškiau perkelti į antrąjį klausimą, kuriuo klausiama dėl tinkamų kriterijų, kurių pagrindu būtų vertinama, ar GSK elgesys buvo piktnaudžiavimas. Be to, per šį prejudicinio sprendimo procesą pateiktas rašytines pastabas nemaža dalimi įkvėpė generalinio advokato F. G. Jacobs išvada byloje *Syfait ir kt.*, kurioje taip pat išsamiai analizuojami piktnaudžiavimo pateisinimo pagrindai.

36. Toks klausimų traktavimas suteikia man galimybę dalyvauti diskusijoje, susijusioje su doktrina, ar gali egzistuoti elgesys, kuris laikytinas piktnaudžiavimu *per se*, ir toliau išnagrinėti tikėtinus pateisinimo pagrindus.

B — *Piktnaudžiavimai dominuojančia padėtimi per se pagal EB 82 straipsnį (pirmasis klausimas)*

37. Pagrindinėje byloje GSK buvo apkaltinta sustabdžiusi *Imigran*, *Lamictal* ir *Serevent* pardavimą didmenininkams dėl tariamo trūkumo; ji taip pat kaltinama dėl to, kad ir toliau šiuos konkurentus aprūpina, tačiau tiek, kiek to reikia Graikijos rinkai, kad būtų užkirstas kelias reeksportui į kitas Europos šalis, būtent į Vokietiją ir Jungtinę Karalystę.

38. Prieš atsakant į klausimą, ar toks elgesys „savaime“ (*per se*) gali būti apibūdinamas kaip piktnaudžiavimas, reikia trumpai įvertinti, kaip atsakymai tiekti buvo vertinami Bendrijos teismų praktikoje ir ar aiškus siekis blokuoti lygiagrečią prekybą gali būti laikomas sunkinančia aplinkybe vertinant tokį elgesį. Atsakius į klausimą, ar yra piktnaudžiavimas, toliau galima vertinti, ar jis gali būti laikomas piktnaudžiavimu *per se*.

1. Atsisakymas tiekti vaistus kaip piktnaudžiavimas

a) Bendrijos teismų praktika

39. Faktinės nedidelio skaičiaus bylų, kuriose Teisingumo Teismas šiuo klausimu yra priėmęs sprendimus, aplinkybės rodo, kad jų reikšmė šiai bylai, kurioje trijų aptariamų vaistų didmenininkai susiduria su jų vienintelio tiekėjo, kuris turi gamybos patentą ir yra ilgametis konkurentas, platinantis šiuos vaistus, atsisakymu tiekti juos, yra abejotina. Vis dėlto galima paminėti kelis svarbiausius sprendimus dėl EB 82 straipsnio, nes jie yra bendro taikymo.

40. Byloje *Commercial Solvents*¹⁶ ši įmonė nustojo tiekti aminobutanolą Italijos bendrovei *Zoja*, kuri gamino etambutolą, pirmosios neapdorotos medžiagos antrinį darinį, o jo rinkoje abi įmonės konkuravo. Teisingumo Teismas nusprendė, kad atsisakymas vykdyti užsakymus prieštaravo EB 82 straipsniui, nes *Commercial Solvents* dominuojanti padėtis gaminant medžiagą, leidusi jai kontroliuoti tiekimą antrinių darinių gamintojams, draudė panaikinti konkurenciją su savo buvusiais klientais vien dėl to, kad ji pradėjo šiuos antrinius darinius gaminti pati¹⁷.

41. Tarp *Commercial Solvents* ir šiuo metu nagrinėjamos bylos yra akivaizdžių panašumų, nes *GSK* nustojo Graikijos didmenininkams tiekti savo produktus, siekdama reorganizuoti trijų ginčijamų produktų pardavimą šioje šalyje tarpininkaujant jos išimtiniam platintojui; po trijų mėnesių ji atnaujino tiekimą, bet apribojo tiekimo kiekį, susijusį su Graikijos vidaus rinkos poreikiais.

42. Sprendime *United Brands*¹⁸ dėl bananų „*Chiquita*“ buvo nuspręsta, kad nutraukusi bananų pardavimą Danijos nokintojui ir

platintojui *Olsen* dėl to, kad jis dalyvavo jos konkurentės *Dole* reklamos akcijoje, *United Brands* pažeidė konkurencijos teisę.

43. Šioje byloje Teisingumo Teismas nusprendė, kad dominuojanti įmonė, siekdama prekiauti produktu, negali sustabdyti tiekimo nuolatiniam klientui, „kuris laikosi įprastos prekybos praktikos, jei šio kliento pateikti užsakymai nėra neįprasti“¹⁹.

44. Atkreiptinas dėmesys į bylos *United Brands* ir šios bylos panašumus dėl įmonės dominuojančios padėties ir dėl konkuruojančio didmenininko prekybos praktikos ar sutarčių laikymosi; vis dėlto nagrinėjamoje byloje apeliančių *Trimeles Efetio Athinon* reikalaujamas tiekimo lygis ir tai, ar jis gali būti laikomas įprastas ar pernelyg didelis, kelia kitokių problemų. Byloje *United Brands* ginčo dėl to nekilo, todėl Teisingumo Teismas nusprendė, jog *Olsen* reikalavimai buvo įprasti. Tačiau tinkamas šių klausimų vertinimo kontekstas yra tikėtinų pateisintųjų atsisakyti patenkinti visus lygiagrečios prekybos bendrovių užsakymus klausimas, todėl nėra reikalo šį aspektą analizuoti toliau.

16 — 1974 m. kovo 6 d. Sprendimas *Istituto Chemioterapico Italiano ir Commercial Solvents prieš Komisiją* (sujungtos bylos 6/73 ir 7/73, Rink. p. 223; toliau – *Commercial Solvents*).

17 — Sprendimo *Commercial Solvents* 25 ir 26 punktai.

18 — 1978 m. vasario 14 d. Sprendimas *United Brands ir United Brands Constitentaal prieš Komisiją* (27/76, Rink. p. 207; toliau – *United Brands*).

19 — Sprendimo *United Brands* 182 punktas.

45. Kitose bylose Teisingumo Teismas dėl tokio atsisakymo priėmė sprendimus, tačiau jose arba faktinės aplinkybės būdavo pernelyg skirtingos, palyginti su šia byla, arba jos kildavo kitokiame teisiniame kontekste. Pirmajai kategorijai priskirtinas sprendimas *CBEM*²⁰, kuriuo draudimas dominuojančią padėtį užimančioms įmonėms pasilikti sau ar kitai tai pačiai grupei priklausančiai bendrovei papildomą veiklą, kurią gretimoje, bet atskiroje rinkoje vykdo kita įmonė, buvo išplėstas paslaugų sektoriui; antrajai kategorijai priskirtini sprendimai, kurie nagrinėja prieigą prie „esminės priemonės“, pavyzdžiui, sprendimas *Bronner*²¹, arba kurie yra susiję su atsisakymu suteikti intelektinės arba pramoninės nuosavybės licencijas, pavyzdžiui, sprendimai *Magill*²² arba *IMS Health*²³, kurie pernelyg skiriasi nuo šio prašymo priimti prejudicinį sprendimą faktinių aplinkybių.

46. Trumpai tariant, bylos *Commercial Solvents* ir *United Brands* rodo, kad dominuojanti įmonė, kuri vengia tiekti prekes, ypač kai nėra substitutų, kaip yra *Lamictal* atveju, ir sau pasilieka lygiagretaus eksporto rinką, piktnaudžiauja dominuojančia padėtimi EB 82 straipsnio prasme. Lieka tik nustatyti, ar siekis panaikinti lygiagrečią prekybą reiškia, kad toks piktnaudžiavimas pagal Bendrijos konkurencijos teisę gali būti laikomas piktnaudžiavimu *per se*.

20 — 1985 m. spalio 3 d. Sprendimas *Telemarketing* (311/84, Rink. p. 3261; toliau – *Telemarketing*).

21 — 1998 m. lapkričio 26 d. Sprendimas (C-7/97, Rink. p. I-7791).

22 — 1995 m. balandžio 6 d. Sprendimas *RTE ir ITP prieš Komisiją* (sujungtos bylos C-241/91 P ir C-242/91 P, Rink. p. I-743; toliau – *Magill*).

23 — 2004 m. balandžio 29 d. Sprendimas (C-418/01, Rink. p. I-5039).

b) Tyčia kaip sunkinanti aplinkybė

47. Nuo pat pradžių Bendrijos teismų praktikoje „piktnaudžiavimu“ pagal EB 82 straipsnį laikoma objektyvi samprata, susijusi su dominuojančią padėtį užimančių įmonių veikla²⁴, kuriai pačiai savaime su ketinimais susijusios priežastys, nulėmusios tokį elgesį, neturi jokios įtakos²⁵. Taip pat nebūtina, kad piktnaudžiavimas būtų padarytas tyčia ar neatsargiai²⁶, kad jis patektų į EB 82 straipsnio taikymo sritį.

48. Vis dėlto būtina atsižvelgti į du svarbius dalykus, kurie patikslina pirma išdėstytus teiginius.

49. Pirma, negalima visiškai atmesti galimybių, kad subjektyvūs pažeidimo elementai dažnai gali rodyti, jog subjektas siekė konkurenciją pažeidžiančių pasekmių ir kad jie savaime buvo piktnaudžiavimo aktas²⁷.

24 — 1979 m. vasario 13 d. Sprendimas *Hoffmann-La Roche prieš Komisiją* (85/76, Rink. p. 461, 91 punktas); 1983 m. lapkričio 9 d. Sprendimas *Michelin prieš Komisiją* (322/81, Rink. p. 3461, 70 punktas) ir 1991 m. liepos 3 d. Sprendimas *AKZO prieš Komisiją* (C-62/86, Rink. p. I-3359, 69 punktas).

25 — Idėja, kuriai pritaria iš esmės visi komentatoriai: H. Schröter „Artikel 82“, H. Schröter, T. Jacob, W. Mederer (red.) *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Nomos, Baden Badenas, 2003, p. 905.

26 — 1973 m. vasario 21 d. Sprendimas *Europemballage ir Continental Can prieš Komisiją* (6/72, Rink. p. 215, 25–27 punktai; toliau – *Continental Can*).

27 — A. Gleiss, M. Hirsch „Kommentar zum EWG-Kartellrecht“, *Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft*, 3–iasis leid., Heidelbergas, 1978, p. 347.

50. Antra, Teisingumo Teismas yra patvirtinęs Pirmosios instancijos teismo plėtotą tezę, kad, atsižvelgiant į EB 81 straipsnio 1 dalies ir EB 82 straipsnio, kuriame nekalbama apie neigiamą atitinkamo piktnaudžiavimo poveikį konkurencijai, skirtumus, norint konstatuoti, jog buvo pažeistas EB 82 straipsnis, pakanka įrodyti, kad įmonės piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi gali būti ribojama konkurencija arba, kitaip tariant, kad jis gali turėti tokį poveikį²⁸.

51. Taigi, kuo labiau dominuojančią padėtį užimanti įmonė rinkoje riboja konkurenciją, tuo stipresnė bus piktnaudžiavimo prezumpcija. Būtent šis aspektas yra nagrinėjamo ginčo sprendimo raktas. Netgi pati *GSK* neneigė, kad ji iš tikrųjų siekė visiškai panaikinti didmenininkų vykdomą trijų ginčijamų vaistų lygiagrečių eksportą iš Graikijos į kitas Bendrijos šalis.

52. Be to, kadangi ribojant pardavimų kitiems platintojams apimtį ribojama ir konkurentų rinka EB 82 straipsnio antrosios pastraipos b punkto prasme, egzistuoja tvirta prezumpcija, kad toks elgesys, taigi, ir jo

tikslas, prieštarauja EB 82 straipsnio pirmajai pastraipai²⁹.

53. Nekyla jokių abejonių, kad *GSK* siekis prieštarauja Sutarties tikslams, nes jis paveikia prekybos tarp valstybių narių laisvę tiek, kad gali padaryti žalą vienos rinkos, kaip ji suvokiama teismų praktikoje ir pagal EB 3 straipsnio 1 dalies g punktą, sukūrimui, nes jis neabejotinai padalija nacionalines rinkas ir susilpnina konkurencijos bendrojoje rinkoje struktūrą³⁰.

54. Apibendrinant pažymėtina, kad atliktas tyrimas rodo, jog *GSK* įvykdė rimtą Sutarties pažeidimą, kuris nusipelno būti laikomas piktnaudžiavimu *per se*, nes sunku nustatyti kitą ekonominį motyvą nei siekis iš lygiagrečios prekybos pašalinti savo konkurentus, Graikijos didmenininkus³¹. Vis dėlto turiu metodologinio pobūdžio abejonių dėl to, kaip turi būti vertinamas dominuojančių įmonių elgesys, todėl manau, kad analizę reikia plėtoti giliau.

29 — H. Schröter, *op. cit.*, p. 959.

30 — 1979 m. gegužės 31 d. Sprendimas *Hugin prieš Komisiją* (22/78, Rink. p. 1869, 17 punktas) ir 1980 m. gruodžio 11 d. Sprendimas *L'Oréal* (31/80, Rink. p. 3775, 27 punktas).

31 — Tokiam požiūriui iš dalies pritaria kai kurie autoriai: Ch. Koenig, Ch. Engelmann „Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC – Commentary on the Opinion of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*“, *E.C.L.R.*, Nr. 6, 2005, p. 341.

28 — 2007 m. kovo 15 d. Sprendimas *British Airways* (C-94/04 P, Rink. p. I-2331, 30 punktas), susijęs su 2003 m. rugsėjo 30 d. Pirmosios instancijos teismo Sprendimu *Michelin prieš Komisiją* (T-203/01, Rink. p. II-4071, 239 punktas) ir 2003 m. gruodžio 17 d. Pirmosios instancijos teismo sprendimu *British Airways plc. prieš Komisiją* (T-219/99, Rink. p. II-5917, 293 punktas).

2. Piktnaudžiavimų *per se* nustatymas pagal EB 82 straipsnį: metodologijos problema

55. Prieš išdėstant argumentus prieš piktnaudžiavimo *per se* pripažinimą, būtina aptarti šios sampratos plėtojamą Bendrijos teismų praktikoje.

a) Teisingumo Teismo praktika

56. Iki šiol Teisingumo Teismas įvardijo tris praktikas, kurios, vykdomos dominuojančią padėtį užimančios įmonės, savaime neišvengiamai yra piktnaudžiavimas savo galia rinkoje ir, matyt, tokiu atveju nėra galimybės pateikti priešingų jas pateisinančių įrodymų.

57. Teisingumo Teismas taip nusprendė dėl dominuojančią padėtį užimančios bendrovės pirkėjams nustatytų išimtinių tiekimo įpareigojimų, nežiūrint to, ar jie nustatyti be papildomų sąlygų, ar už suteikiamas nuolaidas³².

32 — Sprendimo *Hoffmann-La Roche* 89 punktas.

58. Nuolaidos už ištikimybę yra antroji praktika, kuri visuomet laikoma piktnaudžiavimu, kadangi, skirtingai nuo kiekybinių nuolaidų, kurios yra susijusios tik su pirkimo iš atitinkamo gamintojo apimtimis, nuolaidos už ištikimybę, klientams suteikdamos finansinių privalumų, turi tendenciją kliudyti jiems pirkti iš konkuruojančių gamintojų³³.

59. Trečioji praktika, kuri laikoma piktnaudžiavimu *per se*, susijusi su „grobūniškomis“ kainomis. Pagal Teisingumo Teismo praktiką kainos, kurios yra mažesnės nei kintamųjų sąnaudų (jos gali skirtis atsižvelgiant į pagamintą kiekį) vidurkis, nėra ekonomiškai pagrįstos ir gali rodyti tik siekį pašalinti konkurentą, todėl yra laikytinos piktnaudžiavimu³⁴. Atvirkščiai, kainos, kurios yra mažesnės nei bendrųjų sąnaudų (kurias sudaro fiksuotos sąnaudos ir kintamosios sąnaudos) vidurkis, bet didesnės nei kintamųjų sąnaudų vidurkis, gali būti laikomos piktnaudžiavimu, jei jos yra plano pašalinti konkuruojančią įmonę dalis³⁵.

60. Šių sprendimų argumentacija dominuojančią padėtį užimančiai įmonei nesuteikia

33 — 1975 m. gruodžio 16 d. Sprendimas *Suiker Unie ir kt.* (sujungtos bylos 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ir 114/73, Rink. p. 1663); sprendimo *Michelin prieš Komisiją* 71 punktas.

34 — Sprendimo *AKZO* 71 punktas ir 1996 m. lapkričio 14 d. Sprendimas *Tetra Pak prieš Komisiją* (C-333/94, Rink. p. I-5951, 41 punktas).

35 — Sprendimo *AKZO* 72 punktas.

jokios galimybės pasiteisinti³⁶. Tačiau naujesnė teismų praktika, taip pat susijusi su nuolaidomis už ištikimybę, nepatvirtina teiginio, jog jos visuomet turi būti laikomos piktnaudžiavimu. Pavyzdžiui, sprendimas dėl nuolaidų, susijusių su individualiai nustatytais pardavimo tikslais, kurias komercinės keleivių aviacijos srityje kelionių agentūroms suteikė Jungtinės Karalystės oro kelionių rinkoje dominuojanti įmonė, Teisingumo Teismas įmonei leido įrodyti, kad jos nuolaidų sistema, turinti konkurenciją panaiškinantį poveikį, buvo ekonomiškai pagrįsta³⁷.

b) Piktnaudžiavimai *per se*, kuriems EB 82 straipsnis nepritaikytas

62. EB 82 straipsnis nėra tinkamas reguliuoti elgesį, kuris vadinamas piktnaudžiavimu *per se*, ir dėl teisinių, ir dėl ekonominių priežasčių.

61. Taigi, Teisingumo Teismas yra pasirengęs toleruoti tam tikrą dominuojančią padėtį užimančių įmonių elgesį net ir tais atvejais, kai atrodo, jog jis pripažįsta tikėtinų pažeidimų *per se* buvimą, ir taip elgdamasis jis iš tikrųjų vadovaujasi labiau tradicine teismų praktika, išplėtota atskirai nuo šių sprendimų, kuriuose įtvirtinama savaiminių piktnaudžiavimų praktikos kategorija, grupės³⁸. Vis dėlto, be konkrečių teiginių, skirtų kiekvienos atskiros bylos aplinkybėms, Teisingumo Teismas nėra pateikęs jokių bendrųjų kriterijų, rodančių, kad piktnaudžiavimas *per se* nepatenka į Sutarties straipsnio, skirto piktnaudžiavimui dominuojančia padėtimi, taikymo apimtį. Todėl gali būti naudinga pasiūlyti tam tikrus kriterijus.

i) Teisinės priežastys

63. Dabar būtina aptarti EB 82 straipsnio struktūrą, ypač ją lyginant su pirmesniu Sutarties straipsniu.

64. EB 81 straipsnį sudaro trys dalys, apimančios atitinkamai principą, kad karteliai draudžiami, teiginį, kad pirmojoje dalyje įtvirtinto draudimo pažeidimo pagrindinė pasekmė yra ta, jog susitarimas ar sprendimas yra niekinis, ir išimties, jei ji nebuvo suteikta pagal reglamento, kuriuo suteikiama bendroji išimtis, priimto pagal EB 83 straipsnio 2 dalies b punkto ir EB 83 straipsnio 1 dalį, galimybė.

36 — P.-J. Loewenthal „The Defence of „Objective Justifications“ in the Application of Article 82 EC“, *World Competition*, Nr. 28(4), 2005, p. 470.

37 — 2007 m. kovo 15 d. Sprendimas *British Airways prieš Komisiją* (C-95/04 P, Rink. p. I-2331, 69 punktą).

38 — Sprendimo *Tetra Pak prieš Komisiją*, minėto 34 išnašoje, 37 punktą; 1994 m. gruodžio 15 d. Sprendimas *DLG* (C-250/92, Rink. p. I-5641, 52 punktą) ir 1975 m. lapkričio 13 d. Sprendimas *General Motors prieš Komisiją* (26/75, Rink. p. 1367, 20–22 punktai).

65. Su konkurencija nesuderinamų susitarimų pavyzdžiai, išvardyti EB 81 straipsnio

1 dalies a–e punktuose, tradiciškai prilyginami šios nuostatos pažeidimams *per se* ir atitinkamai nepatenka į bendrąsias išimtis pagal EB 81 straipsnio 3 dalį³⁹. Nors ir mažai tikėtina, vis dėlto išlieka galimybė, kad tokios sutartys išliks galioti dėl individualios išimties, jei šalys įrodys, kad jų sutartys atitinka EB 81 straipsnio 3 dalyje įtvirtintas sąlygas. Tokiomis aplinkybėmis Jungtinių Valstijų Aukščiausiasis Teismas neseniai pakeitė savo nusistatymą dėl minimalių perpardavimo kainų vertikaliuose susitarimuose, teigdamas, kad jos turi būti vertinamos „pagrįstumo taisyklės“ („rule of reason“) požiūriu⁴⁰, ir taip nukrypo nuo savo griežtos dar 1911 m. precedentu įtvirtintos nusistovėjusios praktikos, pagal kurią tokia praktika buvo neteisėta *per se*, nes prieštaravo Šermano akto 1 skyriui⁴¹.

67. Toks elgesio tyrimas, koks yra, kai nėra nuostatos dėl išimčių tam tikrų piktnaudžiavimų atžvilgiu, reikalauja, kad dominuojančią padėtį atitinkamoje rinkoje užimančios įmonės dalyvautų dialektinėje diskusijoje su nacionalinėmis ar Bendrijos konkurencijos institucijomis ir su paveiktomis šalimis.

68. Kiekvienas iš šių retorinių diskusijų dalyvių pateikia savo teiginių įrodymus pagal seną lotynišką posakį *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (įrodinėjimo pareiga priklauso tam, kuris teigia, o ne tam, kuris neigia).

66. Taigi pati nuostata bendrovėms siūlo įvairias galimybes ginčyti teiginius, kad jų sutarčių nuostatos yra pažeidimai *per se*. To nėra dominuojančioms bendrovėms taikomo Sutarties straipsnio atveju.

39 — 1999 m. gruodžio 22 d. Komisijos reglamento (EB) Nr. 2790/1999 dėl Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo vertikaliųjų susitarimų ir suderintų veiksmų grupėms (OL L 336, 1999, p. 21; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 1 t., p. 364) 4 straipsnis.

40 — 2007 m. birželio 28 d. Sprendimas *Leegin Creative Leather Products Inc. prieš PSKS Inc.* (Nr. 06-480); C. Llorente „La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso *Leegin*“, *Gertrude Ryan Law Observatory*, Specialusis leidimas Nr. 2, *de Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nr. 736, p. 2 ir paskesni.

41 — 1911 m. balandžio 3 d. Sprendimas *Dr. Miles Medical Co. prieš John D. Park & Sons Co.* (220 U.S. 373).

69. Jei, esant tokiai situacijai, tam tikras elgesys visuomet priklausytų nuo teisinės prezumpcijos, kad buvo piktnaudžiavimas, iš dominuojančią padėtį užimančių įmonių būtų atimta teisė gintis, nes, kaip minėjau, 82 straipsnio struktūroje nenumatytos jokios išimties; taigi įrodžius piktnaudžiavimą atsirastų pažeidimo konstatavimas, nebent egzistuotų tinkamų įrodymų, kad jis nebuvo įvykdytas.

70. Be to, EB 82 straipsnio antrosios pastraipos a–d punktuose pateikti pavyzdžiai, skirtingai nuo tų, kurie numatyti EB 81 straipsnio 1 dalies a–e punktuose, neveikia kaip teisinės prezumpcijos. Daugiausia, atsižvelgiant į jas pagrindžiančią ekonominę logiką, jos gali būti suvokiamos kaip prezumpcijos, kurias įmanoma paneigti ir kurios palengvina jomis besiremiančios šalies įrodinėjimo pareigą⁴², bet niekuomet negali būti suvokiamos kaip mano pirmiau minėtos dialektinės diskusijos substitutai.

ii) Ekonominės priežastys

71. Visų pirma, piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi *per se* idėjos pripažinimas prieštarautų teiginiui, kad kiekvienas atvejis turi būti įvertintas ekonominiame ir teisiniame kontekstuose, kuriuose jis atsirado.

72. Antra, vertinant tik ekonominiu aspektu, *per se* požiūris yra pernelyg formalus ir dėl

šio trūkumo buvo kritikuotas kai kurių itin kvalifikuotų komentatorių, siūlančių alternatyvų požiūrį į EB 82 straipsnį, pagal kurį pagrindinis dėmesys skiriamas kiekvieno piktnaudžiavimo poveikiui, o konkrečios aplinkybės vertinamos taikant „privalumų analizę“⁴³ (arba „pagrįstumo taisyklę“)⁴⁴.

73. Leidimas vyrauti iš anksto suformuotoms ir formalioms idėjoms dėl piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi slėptų faktą, jog kai kuriais atvejais vartotojai iš dominavimo gali turėti naudos⁴⁵. Taip yra tais atvejais, kai vieno ūkio subjekto galia sumažina konkurenciją atitinkamoje rinkoje, atsižvelgiant į tai, kad EB 82 straipsnyje neįtvirtinta jokia nuostata, kuria remdamiesi tokie ūkio subjektai galėtų gintis nuo kaltinimų piktnaudžiavimu dėl to, kad jų elgesys yra ekonomiškai veiksmingas, o toks nebuvimas buvo pagrįstai kritikuojamas⁴⁶.

74. Trečia ir galiausia, jei, kaip minėta, aplinkybės, kurioms esant taikomas EB 82 straipsnis, įprasta išskirti į dvi grupes, t. y. tos, kurioms esant žalą patiria vartotojai

43 — Angliško žodžių junginio „rule of reason“ vertimą į ispanų kalbą skolinuosi iš B. Arruñada „Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia“, J. M. Beneyto Pérez ir J. Mailló González-Ortús (leid.) *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 53.

44 — Konkurencijos politikos ekonomikos patariamiosios grupės (EAGCP) 2005 m. liepos mėn. pranešimą „Ekonominis požiūris į 82 straipsnį“ galima rasti http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies_eagcp_july_21_05.pdf, p. 5 ir 6.

45 — A. P. Jacquemin „The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community“, R. Greaves (koordinavimas) *Competition Law*, Ashgate / Dartmouth, Oldersotas (*Jungtinė Karalystė*), 2003, p. 214, akcentuoja riziką, susijusią su piktnaudžiavimu *per se* taisykle, taip pat ir ne dominuojančios padėties kontekste.

46 — J. Pelkmans „European Integration – Methods and Economic Analysis“, Longman, Londonas, 1997, p. 194.

42 — Dėl tokių faktinių prezumpcijų naudojimo žr.: E. Paulis, „The burden of proof in Article 82 cases“, B. E. Hawk (leid.) *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing, Inc., Niujorkas, 2007, p. 470.

(išnaudotojiškas piktnaudžiavimas), ir tos, kurioms esant žalą patiria tikri ar potencialūs konkurentai (piktnaudžiavimas, kai neįleidžiami į rinką arba iš jos išstumiami konkurentai)⁴⁷, o kiekvienas su konkurencija nesuderinamas dominuojančią padėtį užimančios įmonės elgesys gali būti piktnaudžiavimas⁴⁸, nes EB 82 straipsnyje nėra rimtų užuominų apie šiuos du aspektus⁴⁹, gali būti siūlomas dominuojančią padėtį užimančios įmonės pateisinimas ekonomiškais argumentais pagrindais.

75. Paprastas teigiamų ir neigiamų pasekmių vartotojams ir kitiems tos pačios rinkos dalyviams palyginimas suteikia pakankamai informacijos, leidžiančios priėti prie atitinkamų išvadų.

47 — Komisijos „Konkurencijos generalinio direktorato diskusijų dokumentas dėl Sutarties 82 straipsnio taikymo piktnaudžiavimo atvejais, kai į rinką neįleidžiami arba iš jos išstumiami konkurentai“, kuriame nagrinėjami tik tokio pobūdžio piktnaudžiavimai, žr.: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Tai neliko nepastabėta kritikų: F. Diez Estella „El Discussion Paper de la Comisión Europea: reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE“, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Nr. 242, 2006, p. 24.

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

49 — Tikslu, kuriuo būtų aiškiai pagrįstas EB 82 straipsnis, nebuvimą kritikavo R. Whish „Rethinking Article 82 CE“, *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, Nr. 4, 2005, p. 18, kuris tokios 82 straipsnio krypties nebuvimą pavadino „laivu be vairo“. Kita vertus, H. Schröter, *op. cit.*, p. 813, remdamasis sprendimais *Hoffmann-La Roche, Michelin ir L'Oréal*, teigia, kad nuostata visų pirma linkstama saugoti konkurenciją kaip institutą, o tai netiesiogiai naudinga konkurentams, dominuojančią padėtį užimančios įmonės prekybos partneriams ir vartotojams.

3. Siūlomas atsakymas į pirmąjį klausimą

76. Atsižvelgiant į pirmiau pateiktus svarstymus, piktnaudžiavimas *per se* nėra lengvai suderinamas su EB 82 straipsniu ir todėl atsakymas į pirmąjį *Trimeles Efetio Athinon* pateiktą prejudicinį klausimą neturėtų būti teigiamas. Todėl siūlau, kad Teisingumo Teismas nedviprasmiškai paskelbtų, jog EB 82 straipsnyje neįtvirtintas pagrindas piktnaudžiavimą *per se* priskirti dominuojančią padėtį užimančioms įmonėms, net jei iš bylos aplinkybių yra aišku, kad egzistuoja ir ketinimas, ir neigiamas konkurencijos poveikis.

77. Atsižvelgiant į atsakymą į pirmąjį klausimą, būtina įvertinti antrąjį klausimą, kuris susijęs su tikėtiniais tokio elgesio pateisinimo pagrindais.

C — *Elgesio, kuris paprastai laikomas piktnaudžiavimu, pateisinimas (antrasis klausimas)*

78. Visų pirma, norėčiau atkreipti dėmesį į pirmiau minėtą faktą, kad į dalį pirmojo prejudicinio klausimo geriau atsakyti kartu su

antruoju, nes jis susijęs su EB 82 straipsnyje išdėstytų praktikų pateisinimo pagrindais. Mano manymu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas Teisingumo Teismo būtent ir klausia apie kriterijus, kurie pakeičia pirminį neigiamą sprendimą dominuojančią padėtį užimančios įmonės atžvilgiu.

pateisinančius Graikijos didmenininkų lygiagreto eksporto apribojimus: maksimalių vaistų pardavimo kainų nustatymą, kuris yra įprasta visų valstybių narių praktika, ir pareigą turėti pakankamas atsargas, kad bet kuriuo metu būtų patenkinta vidaus paklausa.

79. Piktnaudžiuimu kaltinamos dominuojančią padėtį užimančios įmonės gali remtis trimis jų elgesį pateisinančiais pagrindais: pagrindai, susiję su rinka, kurioje jos veikia⁵⁰, teisėta jų verslo interesų apsauga ir nominalaus pozityvaus ekonominio poveikio įrodymas.

81. Apeliantai pagrindinėje byloje, Lenkijos vyriausybė ir Komisija tokią analizę atmeta, pateikdami tam tikrų paaiškinimų. Prieš pradėdami vertinti pateisinimo pagrindus, būtina trumpai apžvelgti atitinkamos rinkos skiriamuosius bruožus.

1. Rinkos trūkumai

a) Pagrindinės rinkos savybės

80. *GSK* teigė, kad valstybės reguliavimas kliudo jai vykdyti verslą įprastomis konkurencijos sąlygomis. Ji nurodo du faktorius,

82. Teisingai pažymėta, kad Europos vaistų rinka, apibrėžiama kaip prekyba apsaugotais patentu ar neturinčiais tokios apsaugos produktais ir jų platinimas, dėl valstybės veiksmų kainų srityje pasižymi nedideliu suderinimo lygiu ir pacientų išlaidų vaistams atlyginimo viešųjų sistemų egzistavimu, o tai

50 — Pirmiau minėto diskusijų dokumento 80 punkte Komisija reikalauja, kad elgesys būtų pagrįstas saugumo ar sveikatos pagrindais; man toks dominuojančią padėtį užimančių įmonių elgesio pateisinimo pagrindas atrodo pernelyg siauras, todėl siūlau platesnį, kuris yra susietas su rinka.

reiškia, kad galutinio vartotojo sumokama kaina yra ne tokia svarbi⁵¹.

pozicijas, nes šios monopolijos dažniausiai veikia kaip teisinės ir su laiku susijusios pateikimo į rinką kliūtys⁵².

83. Per šią prejudicinio sprendimo procedūrą pastabas pateikiančios šalys sutaria, kad šiame sektoriuje visos valstybės narės reguliuoja gamintojų pacientams nustatytas kainas, ribodamos įvairių socialinio draudimo institucijų kompensacijų dydžius, ir taip riboja viešąsias sveikatos išlaidas. Jos taip pat sutaria, kad skirtingose valstybėse pardavimo kainos nepaprastai skiriasi. Kartu su šia valstybės finansuojama sistema veikia kita, visiškai privati, sistema, kurioje farmacijos bendrovės gali laisvai nustatyti vaistų kainas; vis dėlto išvelgiu tam tikrą sutarimą, kad šis modelis sudaro tik labai nedidelę dalį, nors ji ir skiriasi atskirose valstybėse narėse.

85. Šiuo požiūriu GSK tvirtina, kad valstybių narių kainų reguliavimas ir įpareigojimas turėti pakankamas atsargas, kad būtų patenkinta vidaus paklausa, ją riboja tiek, kad vienintelė jos priemonė ištaisyti situaciją verslo požiūriu yra sudaryti kliūtis Graikijos didmenininkams vykdyti lygiagretų eksportą, kai už kiekvieną produktą gaunamos kompensacijos dydis gerokai viršija gaunamą Graikijoje.

b) Pateisinimo pagrindų tyrimas

84. Galiausiai, pažymėtinas dar vienas skiriamasis šios rinkos bruožas, būtent patentuotų vaistų skaičius. Nors tai ir nėra valstybės vykdomos kontrolės atspindys, jis yra reikšmingas, nes šių pramoninės nuosavybės teisių turėtojai gali lengviau įgyti dominuojančias

86. Nors Bendrijos teismų praktika niekuomet nepripažino pateisinimo, pagrįsto savitomis konkrečios rinkos reguliavimo savybėmis, manau, kad gali būti atvejų, kai dėl valstybės vykdomos rinkos kontrolės ji tą galėtų padaryti. GSK remiasi dviem pamatiniais faktoriais: veiksmais kainų srityje ir pareiga tiekti vaistus.

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

52 — J. Pelkmans, *op. cit.*, p. 193.

i) Valstybių narių kainų nustatymas

87. Teisingumo Teismo sprendimas *Merck ir Beecham*⁵³ dėl valstybių narių politikos socialinio draudimo institucijoms atlyginant išlaidas vaistams pripažino, kad kainų nustatymas gali iškraipyti konkurenciją tarp valstybių narių, bet jis taip pat pridūrė, kad toks valstybės veiksmas sukeltas iškraipymas nepateisina nukrypimo nuo laisvo prekių judėjimo principo⁵⁴.

88. Nors 28 straipsnyje įtvirtintas draudimas įmonėms negali būti taikomas, pareiga nekliudyti Sutarties tikslams, būtent prekybos tarp valstybių narių laisvei, joms taikoma pagal EB 81 ir EB 82 straipsnius, kuriuose teigiama, kad elgesys, kuris sukelia dirbtiną nacionalinių rinkų padalijimą ir susilpnina konkurenciją, yra nesuderinamas su Sutartimi⁵⁵. Todėl būtina paminėti Teisingumo Teismo praktiką dėl laisvo prekių judėjimo, bent tiek, kiek ji susijusi su nacionalinių rinkų padalijimu.

53 — 1996 m. gruodžio 5 d. Sprendimas *Merck ir Beecham* (sujungtos bylos C-267/95 ir C-268/95, Rink. p. I-6285, 47 punktas).

54 — Ten pat.

55 — 1979 m. gegužės 31 d. Sprendimas *Hugin prieš Komisiją* (22/78, Rink. p. 1869, 17 punktas).

89. Kainų nustatymo poveikį bet kuriuo atveju sumažina Direktyvos 89/105 2 straipsnio 1 ir 2 dalys⁵⁶, kurios taikomos visoms valstybės veiksmų formoms⁵⁷. Iš 2 straipsnio 2 dalies yra aišku, kad vaistų gamintojai dalyvauja diskusijoje su už kainų nustatymą atsakingomis institucijomis, kurios privalo išdėstyti „objektyviais ir patikrinamais kriterijais“ grindžiamas priežastis dėl bet kurio sprendimo neleisti parduoti vaisto pareiškėjo pasiūlyta kaina. 2 straipsnio 1 dalyje netgi numatytas numanomas leidimas esant administraciniam neveikimui, nes, valstybei narei nepriėmus sprendimo per 90 dienų nuo paraiškos padavimo momento, pareiškėjas turi teisę tiekti produktą rinkai.

90. Nors derybos įtemptos, neturėtume pamiršti farmacijos bendrovių padėties, ypač kai jos turi naujus patentus, kurie paprastai reiškia pacientų, kurie gydomi šiais vaistais, padėties pagerėjimą. Šis aspektas yra itin svarbus, nes valstybė narė, turinti pareigą garantuoti, kad pacientams būtų užtikrinta aukštos kokybės viešoji sveikatos apsaugos sistema, yra suinteresuota turėti geriausius rinkos siūlomus metodus, jei juos galima įsigyti už pagrįstą kainą⁵⁸.

56 — Minėtos šios išvados 5 punkte.

57 — Direktyvos 89/105 1 straipsnio 1 dalis.

58 — Direktyvos 89/105 preambulės antra ir trečia konstatuojamosios dalys.

91. Suprantu, kad bėgant laikui farmacijos patento turėtojo turimas privalumas mažėja ir iš pradžių su sveikatos priežiūros institucijomis sulygtos kainos turi būti mažinamos. Vis dėlto šis kitimas yra natūralus, nes priklauso nuo kitų gamintojų siūlomų substitutų, kurių gydymosi savybės yra veiksmingesnės, o kiekvienas naujas produktas pakeičia savo pirmtaką dėl tyrimų pažangos.

92. Be to, sulygta kaina negali būti tokia, kad verstų sektoriuje veikiančias bendroves pardavinėti pigiau nei už savikaina.

93. Taigi, nors vaistų rinka neveikia įprastos konkurencijos sąlygomis, kainų reguliavimo sistema nėra visiškai nepriklausoma nuo gamintojų įtakos, kurie su valstybės narės sveikatos priežiūros institucijomis derasi dėl kainų, rinkoje turi tam tikrą galią ir, kiek tai susiję su vaistais, gali lengvai prisitaikyti prie sveikatos politikos pokyčių.

ii) Pareiga tiekti vaistus

94. Antrasis rinkos reguliavimo faktorius, kuris *GSK* teigimu, kliudo jos įprastai veiklai Graikijoje ir pateisina lygiagrečios rinkos ribojimus, yra susijęs su pareiga užtikrinti pakankamą Graikijos rinkos aprūpinimą bet kuriuo metu. *GSK* taip pat tvirtina, kad ši pareiga jai užkerta kelią įvykdyti visus didmeninkų pateiktus užsakymus.

95. Reikia šiek tiek paaiškinti šios pareigos apimtį, nes kai kurie apeliantai pagrindinėje byloje taip pat mano turį pareigą tiekti vaistus rinkai, o tokį jų požiūrį patvirtina šios išvados 6 punkte minėtos Direktyvos 2001/83 81 straipsnis. Todėl nematau jokių priežasčių, dėl kurių *GSK* gindamasi galėtų remtis šia pareiga.

96. Nekyla abejonių, kad pacientų poreikiai valstybėse narėse staiga nepasikeičia, nebent kiltų epidemijos ar pandemijos, todėl statistinė informacija apie pacientų, sergančių konkrečia liga, skaičių yra patikima ir bendrovėms iš anksto suteikia pakankamai informacijos, leidžiančios prisiderinti prie rinkos.

97. Trumpai tariant, pareiga tiekti vaistus dėl pirmiau minėtų priežasčių negali pateisinti *GSK* tiekimo nutraukimą su ja konkuruojantiems Graikijos didmenininkams.

praktikos ir elgesio, kuriuo siekiama ginti teisėtus verslo interesus⁵⁹.

98. Taigi atmetus du *GSK* nurodytus pateisinimo pagrindus, reikia atmesti idėją, kad šioje byloje egzistuoja objektyvios su valstybės kišimusi į rinką susijusios priežastys, kurios pateisintų jos elgesį.

100. Atsisakymas vykdyti visus Graikijos didmenininkų užsakymus prilygsta atsisakymui tiekti vaistus, nors ir iš dalies, todėl apsiribosiu tik keliais Teisingumo Teismo sprendimais šiuo klausimu.

2. Teisėta verslo interesų apsauga

101. Sprendime *United Brands* Teisingumo Teismas pripažino, kad teisėta verslo interesų apsauga gali būti naudojama kaip priemonė, kuri sušvelnina įtarimus dėl dominuojančią padėtį užimančios įmonės piktnaudžiavimo ir leidžia joms imtis būtinų priemonių ginant tokius interesus, jei bus užtikrinamas būtinas proporcingumas tarp dominuojančią padėtį užimančių bendrovių reakcijos ir kėsimosi į jų interesus⁶⁰.

a) Teismų praktikos vertinimas

99. Glausta teismų praktikos analizė rodo, kad iki šiol tik ši objektyvių pateisinimų kategorija materializavosi praktikoje, nes fundamentali diskusija apie EB 82 straipsnį susiaurėjo iki dichotomijos tarp piktnaudžiavimo

102. Tačiau šio principo įtvirtinimas tarptautinei amerikiečių bananų bendrovei nepa-

59 — I. Van Bael, J.-F. Bellis „Competition Law of the European Community“, 4-asis leid., Kluwer, Haga, 2005, p. 907.

60 — Sprendimo *United Brands* 189 ir 190 punktai.

dėjo, nes sprendime Teisingumo Teismas pripažino, kad teisėtai apsaugai būtinų sąlygų nebuvo būtent dėl to, kad atsisakymas vykdyti savo kliento ir konkurento *Olsen* užsakymus nebuvo proporcingas⁶¹.

103. Kitoje byloje Teisingumo Teismas vertino atsisakymą tiekti stygiaus sąlygomis per praeito šimtmečio septintojo dešimtmečio naftos krizę⁶² ir, atvirksčiai, leido *BP* sumažinti žaliavinės naftos tiekimą atsitiktiniam klientui, Nyderlandų kooperatyvui *ABG*, didesne apimtimi nei ta, kuri buvo taikyta jos nuolatiniams klientams, siekiant išvengti didesnės žalos padarymo šiems klientams⁶³.

104. Be Bendrijos teismų praktikos, tam tikrais pateisinimais buvo remiamasi kitomis aplinkybėmis. Pavyzdžiui, Komisija pripažįsta, kad dominuojančią padėtį užimantis gamintojas gali peržiūrėti savo prekybinius santykius, jei klientas pakeičia savo politiką ir pagrindinį dėmesį skiria konkuruojančio prekės ženklui reklamai⁶⁴.

105. Akademinėje doktrinoje diskutuojama apie kitus pateisinimus, pavyzdžiui, netinkamą prekybos partnerį, t. y. prekybininką, kuriam gresia nemokumas, kuris nuolat pažeidžia sutartį arba daro žalą tiekėjo įvaizdžiui ar jo prekių kokybei⁶⁵. Sveikas protas sako, kad esant šioms aplinkybėms bet kurios dominuojančią padėtį užimančios įmonės noras nevykdyti užsakymų turėtų būti gerbiamas.

b) Pateikti argumentai

106. Visi *GSK* pastabose Teisingumo Teismui pateikti argumentai apie sumažėjusias pajamas dėl rinkos dalies netekimo didmenininkų naudai ir jų įtaką atgaunant investicijas į tyrimus ir plėtrą yra susiję su teisėtų interesų apsauga.

107. Ir *GSK*, ir kai kurie akademinės doktrinos atstovai mini milžiniškas išlaidas investicijoms į tyrimus ir plėtrą, būtinas vaistui sukurti; jie taip pat pažymi, kad vidutinis laikotarpis nuo aktyviosios medžiagos

61 — Sprendimo *United Brands* 191 ir paskesni punktai.

62 — 1978 m. birželio 29 d. Sprendimas *BP prieš Komisiją* (77/77, Rink. p. 1513, vadinamoji „Naftos krizės“ byla).

63 — Ten pat, 32 ir 33 punktai.

64 — 1987 m. liepos 29 d. Komisijos sprendimas 87/500/EEB dėl procedūrų pagal (EB) Sutarties (82) straipsnį (IV/32.279 – *BBI/Boosey & Hawkes*: laikinosios priemonės) (OL L 286, 1987, p. 36, 19 punktas).

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

patento gavimo iki gydyti skirto produkto sukūrimo yra 12–13 metų, o atitinkamai laikotarpis, per kurį rinkai pateiktas produktas duoda pelną, yra tik 7–8 metai⁶⁶.

teisėmis tik ribotą laiką. Netgi rizikuočiau spėti, kad yra ir kitų sektorių, kuriuose dėl šio tipo nematerialaus turto kyla panašių situacijų.

108. Jie teigia, kad esant tokioms aplinkybėms lygiagreti prekyba ir generinių vaistų gamyba pasibaigus patento apsaugai sumažina jų galimybes atgauti tyrimams ir plėtrai skirtas išlaidas.

110. Antra, nors būtų logiška teigti, kad tik ekonominė patento sėkmė užtikrina didesnę palaikomąjį tyrimų finansavimą, tyrimų ir plėtros politika farmacijos sektoriuje tapo esminė visam verslui. Šioje ekonomikos šakoje tik nuolatinė naujoviškų vaistų paieška padeda bendrovėms išgyventi itin konkurencingoje, globalioje ir pelningoje rinkoje. Tačiau be gerai apgalvotos prekybos politikos netgi puikiausi išradimai gali likti nepastebėti. Būtent todėl bet kuri tyrimų bendrovė turi ieškoti geriausių kelių, kad patrauktų ir pasiektų vartotoją.

109. Nemanau, kad tarp neigiamo poveikio investicijoms į tyrimus ir plėtrą ir lygiagrečios prekybos būtinai egzistuoja priežastinis ryšys, nes, visų pirma, *GSK* ir atitinkami autoriai nepateikė jokios informacijos apie priežastis, nulemiančias laikotarpį, per kurį patentas neduoda pajamų. Tačiau tokį ilgą laikotarpį nulemia vidinės farmacijos įmonių sąnaudų struktūros. Be to, nors ir manydami, kad laikotarpis, per kurį patentas pelningas, yra labai trumpas, jie patiria, ką reiškia naudotis

111. *GSK* galėjo visiškai laisvai kurti savo platinimo sistemą Europoje. Ji priėmė sprendimą dėl strategijos, kuri apėmė ir Graikijos didmenininkus, nes manė, kad ji yra ekonomiškai veiksmingesnė ir naudingesnė. Kad platintų savo vaistus, ji galėjo pasirinkti vertikaliai integruotą sistemą, ir ji tai padarė 2000 m. lapkričio mėnesį. Nors ji galėjo

66 — E. Krapf „Parallelimporte von Arzneimitteln und europäisches Kartellrecht – eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels“, Shaker, Aquisgrán, 2006, p. 107 ir 108.

restruktūrizuoti savo tiekimo tinklus su sąlyga, kad laikysis įprastos prekybos praktikos, šioje byloje GSK kritikuojama dėl to, kad nubaudė didmenininkus už tai, kad šie geriau išnaudojo rinkos sąlygas, ir užkirto kelią jų eksporto verslui.

112. Trečia, žvelgiant į šios išvados 107 punkte nurodytoje literatūroje pateiktus skaičius, rodančius, kad 1998–2003 m. lygiagrečių importuotojų rinkos dalis padidėjo nuo 1,8 % iki 6,8 %⁶⁷, susidaro įspūdis, kad tikrasis mūšis vyksta dėl šių pelno maržų, kurias paveržė didžiųjų farmacijos bendrovių konkurentai, atsiėmimo.

113. Šiomis aplinkybėmis manau, kad argumentas, jog pajamų netekimas dėl patentuotų vaistų lygiagretaus importo veikia kaip stabdys, yra klaidingas, nes jis skirtas tik viešajai nuomonei, kurios jautrumas esminei tyrimų ir plėtos įtakai konkurencingumui yra padidintas, formuoti ir nukreipia dėmesį nuo verslo konkuravimo į tyrimų politiką,

t. y. sritį, kurioje Europos Sąjunga veikia nuo tada, kai Suvestiniu Europos Aktu į EB sutartį buvo įtraukta XVIII antraštinė dalis „Moksliniai tyrimai ir technologijų plėtra“.

114. Šiuo požiūriu Europos Sąjunga bendrovėms užtikrina palankią aplinką ir skatina jas, suteikdama bendrąsias išimtis tokio pobūdžio horizontaliems susitarimams⁶⁸, mažinti tyrimų ir plėtos sąnaudas, nes ji suvokia, kad bendradarbiavimas šioje tyrimų ir plėtos, taip pat jų rezultatų eksploatavimo srityje skatina techninę ir ekonominę pažangą, padidindamas mokslinės patirties (*know-how*) sklaidą; ji taip pat padeda išvengti tyrimų ir plėtos darbo dubliavimo, skatina pažangą keičiantis papildančiomis viena kitą patirtimis ir racionalizuoja produktų gamybą ar dėl tyrimų ir plėtos atsirandančių technologinių procesų taikymą⁶⁹.

115. Taigi, net jei būtų įmanoma tokį elgesį pateisinti, jis turėtų būti laikomas neproporcingu, nes slopindamas lygiagretų importą

68 — 2000 m. lapkričio 29 d. Komisijos Reglamentas (EB) Nr. 2659/2000 dėl Sutarties 81 straipsnio 3 dalies taikymo mokslinių tyrimų ir technologijų plėtos susitarimų grupėms (OL L 304, 2000, p. 7; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 2 t., p. 19).

69 — Reglamento Nr. 2659/2000 preambulės 10 konstatuojamoji dalis.

67 — E. Krapf, *op. cit.*, p. 2.

iš Graikijos panaikina konkurenciją Europos platinimo rinkoje.

Ji tai priešpriešina dideliame didmenininkų iš prekių pardavimo šalyse, kuriose sveikatos draudimo mokama kaina yra didesnė nei Graikijoje, gaunamam pelnui, taip pat skundžiasi dėl didelių sumų, kurių pati GSK nebe- gauna, praradimo.

3. Nominalus pozityvus ekonominis poveikis

116. Paskutinis argumentas, kurį savo gynybai naudoja dominuojančią padėtį užimančios įmonės, yra susijęs su potencialaus piktnaudžiavimo veiksmingumu ekonomine prasme (*efficiency defence*). Komisijos diskusijų dokumente dėl EB 82 straipsnio taikymo šis aspektas aptariamas⁷⁰ atsakant į akademinės doktrinos apgailestavimus dėl tokios gynybos nebuvimo⁷¹.

118. Taigi, be lygiagrečios prekybos keliamo „siaubo“ apibūdinimo, GSK nenurodo jokių pozityvių vaistų tiekimo didmenininkams apribojimų aspektų, išskyrus tai, kad atsi- stato jos pelno maržos, nors, kaip teisingai pažymi Lenkijos vyriausybė, tai nėra svarbu elgesį kvalifikuojant kaip piktnaudžiavimą ar jį pateisinant.

117. Iš GSK pateiktų rašytinių pastabų suprantu, kad jos argumentai dėl iškrei- piamųjų lygiagrečios prekybos receptiniais vaistais pasekmių priskirtini šiai kategorijai. GSK teigia, kad ji nesukuria privalumų nei pacientams, nei sveikatos draudimo institu- cijoms, kurios kompensuoja gydymo išlaidas.

119. Net jeigu būtų pritarta požiūriui, kad dominuojančią padėtį užimančios įmonės turi teisę įrodinėti ekonominę savo piktnau- džiavimų naudą, GSK nesugebėjo nuro- dyti ko nors, kas nusvertų pusiausvyrą jos labai, nežiūrint to, kad pagrindinėse bylose pacientų gerovės ir visuomenės sveikatos

70 — Europos Komisija, *op. cit.*, 84–91 punktai.

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

sąnaudų mažinimo klausimams skiriamas didelis dėmesys. Todėl nėra reikalo atlikti vertinimą proporcingumo požiūriu, kuris būtų paskutinis tyrimo etapas, jei būtų buvęs nustatytas pateisinimo pagrindas.

— su rinkos reguliavimu susijusius aspektus, kurie ją verčia taip elgtis, su sąlyga, kad ji tokio reguliavimo pakeisti negali šioje byloje neatsižvelgiant į vaistų kainų nustatymą ir pareigą užtikrinti atsargas pacientų aprūpinimui,

4. Siūlomas atsakymas į antrąjį klausimą

— įrodymų, kad jos vienintelis motyvas buvo teisėtų jos verslo interesų apsauga, kuri šioje byloje neapima poveikio paskatoms investuoti, ir

120. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau, kad Teisingumo Teismas į antrąjį klausimą atsakytų taip, kad kai dominuojančią padėtį užimanti įmonė sumažina didmenininkų pateiktų užsakymų vykdymą iki vidaus rinkos poreikius patenkinti būtino lygmens, siekdama užkirsti kelią tokių didmenininkų vykdomam lygiagrečiam importui į kitas valstybes nares, ji iš esmės piktnaudžiauja dominuojančia padėtimi EB 82 straipsnio prasme.

— atitinkamo elgesio ekonominė nauda.

121. Tačiau potencialiai piktnaudžiaujanti įmonė gali nurodyti bet kokius aspektus, kurie, jos manymu, yra svarbūs objektyviai pateisinant jos elgesį, tai yra:

122. Nustačius pateisinimo pagrindus, negalima pamiršti proporcingumo testo, kitaip tariant, turi būti įrodyta, kad toks elgesys yra ir neišvengiamas, ir tinkamas.

VI — Išvada

123. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, ir laikydamasis kitos nuomonės nei generalinis advokatas F. G. Jacobs išvadoje *Syfait ir kt.*, siūlau, kad Teisingumo Teismas *Trimeles Efetio Athinon* pateiktų tokius atsakymus:

- „1. EB 82 straipsnyje neįtvirtintas pagrindas dominuojančią padėtį užimančios įmonės elgesį laikyti piktnaudžiavimu *per se*, net jei bylos aplinkybės rodo, kad toks elgesys yra sąmoningas ir sukelia konkurenciją pabloginančias sąlygas.

2. Dominuojančią padėtį užimančios įmonės atsisakymas vykdyti visus jai farmacijos didmenininkų pateiktus užsakymus siekiant apriboti jų eksporto veiklą ir todėl jos padaryta žala lygiagrečiai prekybai yra piktnaudžiavimas EB 82 straipsnio prasme. Vis dėlto, įmonė gali pateikti atitinkamus įrodymus, objektyviai pateisinančius jos elgesį, tai yra:
 - su rinkos reguliavimu susijusius aspektus, kurie ją verčia taip elgtis, su sąlyga, kad ji tokio reguliavimo pakeisti negali, šioje byloje neatsižvelgiant į vaistų kainų nustatymą ir pareigą užtikrinti atsargas pacientų aprūpinimui,

 - įrodymų, kad jos vienintelis motyvas buvo teisėtų jos verslo interesų apsauga, kuri šioje byloje neapima poveikio paskatoms investuoti, ir

 - atitinkamo elgesio ekonominė nauda.“