

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

F.G. JACOBSA

przedstawiona w dniu 28 października 2004 r.¹

1. W niniejszej sprawie Epitropi Antagonismou (grecka komisja ds. konkurencji, zwana dalej „komisją ds. konkurencji”) przedstawia Trybunałowi pytania, czy i w jakich okolicznościach dominująca firma farmaceutyczna może w celu ograniczenia handlu równoległego jej produktami odmówić realizacji w pełnym zakresie zamówień otrzymywanych od hurtowników farmaceutycznych.

2. W pierwszym rzędzie pojawia się jednak kwestia dopuszczalności wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, która jest uzależniona od tego, czy grecka komisja ds. konkurencji jest sądem w rozumieniu art. 234 WE, a więc czy jest ona legitymowana do wnoszenia pytań do Trybunału.

Postępowanie krajowe i przedstawione pytania

3. Składającymi skargę w postępowaniu głównym są greccy hurtownicy farmaceutyczni. Stroną przeciwną jest spółka farma-

ceutyczna Glaxosmithkline plc i jej spółka zależna, Glaxosmithkline AEVE (dawniej Glaxowellcome), które przywożą i dystrybuują swoje produkty na terenie Grecji (zwane dalej łącznie „GSK”).

4. Główne postępowanie odnosi się do dostawy trzech zastrzeżonych produktów leczniczych: Imigran, Lamictal i Serevent (zwanymi dalej „spornymi produktami”), stanowiących własność GSK i przez nią produkowanych.

5. Do listopada 2000 r. GSK w pełni realizowała otrzymywane od składających skargę i innych hurtowników produktów farmaceutycznych zamówienia na sporne produkty. Znaczna część zamawianych produktów była następnie wywożona przez hurtowników do innych państw członkowskich Unii Europejskiej, gdzie ceny były dużo wyższe.

6. Jednakże od początku listopada 2000 r. GSK wstrzymała realizację zamówień od hurtowników produktów farmaceutycznych i oświadczyła, że od tej pory będzie bezpośrednio zaopatrywać szpitale i apteki. Spółka

¹ — Język oryginału: angielski.

twierdziła, że wywóz spornych produktów przez hurtowników prowadził do znacznego niedoboru na rynku greckim. Następnie zaczęła ona na nowo realizować dostawy dla hurtowników, ale nadal odmawiała realizacji ich zamówień w pełnym zakresie.

7. Ta odmowa stanowiła przedmiot postępowania przed grecką komisją ds. konkurencji w wyniku zarówno skarg złożonych przez hurtowników produktów farmaceutycznych, jak i kilku wniosków złożonych przez GSK o udzielenie negatywnego atestu w zakresie jej polityki dystrybucyjnej.

8. W sierpniu 2001 r. komisja ds. konkurencji wydała środki tymczasowe zobowiązujące grecką spółkę zależną GSK do realizacji w pełnym zakresie otrzymanych zamówień, co spółka ta czyniła, w zakresie w jakim była ona zaopatrywana przez spółkę matkę. Ta dostawa przekraczała zapotrzebowanie rynku krajowego, jednak nie zaspokajała znacznie większych zamówień składanych przez hurtowników.

9. Po rozprawach, w których toku zainteresowane strony ustnie przedstawiły swoje stanowiska i udzieliły odpowiedzi na zadane im pytania, komisja ds. konkurencji postanowieniem z dnia 22 stycznia 2003 r. postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z różnymi pytaniami.

10. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym komisja ds. konkurencji stwierdza, że wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej podejmują interwencje na rynku w celu ustalania cen produktów farmaceutycznych na ich terytoriach. Ceny w ten sposób ustalone różnią się w poszczególnych państwach, ale ceny w Grecji pozostają stale na najniższym poziomie, niespotykanym gdzie indziej w Unii Europejskiej.

11. Komisja ds. konkurencji prowadzi postępowanie z uwagi na fakt, że GSK ma na rynku greckim pozycję dominującą w rozumieniu art. 82 WE na relevantnym rynku w Grecji co najmniej w stosunku do jednego ze spornych produktów, tj. Lamic-talu. Nie jest jednak jasne, czy odmowa ze strony GSK realizacji w pełnym zakresie zamówień składanych przez hurtowników farmaceutycznych stanowi nadużycie w rozumieniu powołanego artykułu.

12. Przyznaje ona, że porozumienie albo uzgodniona praktyka, które ograniczają handel pomiędzy państwami członkowskimi, uważane są za szczególnie poważne naruszenie art. 82 WE i bez konieczności rozważania skutków takich działań dla rynku — o ile nie podlegają one zasadzie de minimis — uznaje się, że ich celem jest ograniczenie konkurencji. Na tej podstawie można by przyjąć, iż wszelka polityka dominującego przedsiębiorstwa zmierzająca do ograniczenia wywozu stanowi sama w sobie nadużycie.

13. Jednakże komisja ds. konkurencji zauważa również, że nieograniczony handel równoległy może poważnie szkodzić finansowym i organizacyjnym interesom producentów produktów farmaceutycznych, zmniejszając ich dochody i zakłócając ich działania organizacyjne w tych państwach, które przyjmują import równoległy. Co więcej, wydaje się, że korzyści z handlu równoległego czerpią przede wszystkim przedsiębiorstwa angażujące się w ten handel, a nie konsumenci końcowi produktów będących przedmiotem handlu. W każdym razie faktycznymi nabywcami większości produktów farmaceutycznych są państwa członkowskie poprzez systemy opieki zdrowotnej, gdyby chciały one płacić mniej, określiłyby one odpowiednio cenę obowiązującą na ich rynku krajowym.

14. Komisja ds. konkurencji zastanawia się w związku z tym, czy dominujący producenci produktów farmaceutycznych mogą uzasadniać ograniczanie dostaw na określonym rynku krajowym koniecznością ochrony swoich uzasadnionych interesów gospodarczych poprzez ograniczenie zakresu importu równoległego, a jeżeli tak, to jakie czynniki należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy taki powód jest w konkretnym przypadku uzasadniony.

15. W związku z tym komisja ds. konkurencji zwraca się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy odmowa przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą realizacji

w pełnym zakresie złożonych mu przez hurtowników produktów farmaceutycznych zamówień, mająca na celu ograniczenie zjawiska wywozu dokonywanego przez tych hurtowników i zmniejszenie tą metodą szkód wywołanych handlem równoległym, stanowi sama w sobie nadużycie w rozumieniu art. 82 WE? Czy na odpowiedź na powyższe pytanie ma wpływ okoliczność, że z powodu różnic cen w ramach Unii Europejskiej, wynikających z działalności państwa, czyli innymi słowy podporządkowania rynku produktów farmaceutycznych zasadom, które nie opierają się wyłącznie na regułach konkurencji, lecz przeciwnie odznaczają się wysokim stopniem interwencjonizmu państwowego, handel równoległy staje się szczególnie lukratywny dla hurtowników? Wreszcie, czy krajowy organ ochrony konkurencji jest zobowiązany stosować wspólnotowe reguły konkurencji w taki sam sposób do rynków funkcjonujących na zasadach konkurencji jak do rynków, na których konkurencja została zakłócona przez działalność państwa?

2) Gdyby Trybunał uznał, że ograniczenie handlu równoległego przez przedsiębiorstwo dominujące z powyższych względów nie zawsze stanowi nadużycie tej pozycji, w jaki sposób dokonać oceny, czy w konkretnym przypadku przedsiębiorstwo to dopuściło się nadużycia swojej pozycji dominującej?

W szczególności:

handel równoległy przynosi jedynie ograniczoną korzyść finansową?

a) Czy można uznać za właściwe kryterium oceny wielkość, o jaką przekroczone zwykłe spożycie krajowe lub wysokość szkody, jaką poniosło przedsiębiorstwo dominujące z powodu handlu równoległego w stosunku do jego całkowitych obrotów lub całkowitego zysku? W razie odpowiedzi twierdzącej, jak należy określić wielkość procentu przekroczenia krajowego spożycia lub wielkość szkody (wyrażonej jako procent obrotu i całkowitego zysku), poniżej której postępowanie przedsiębiorstwa uznane zostanie za nadużycie?

ii) Czy należy uwzględnić interes instytucji ubezpieczeń społecznych w obniżaniu cen leków, a jeżeli tak, to w jakim zakresie?

c) Jakie inne kryteria lub podejście można uznać za właściwe w tej sprawie?"

b) Czy należy przyjąć podejście oparte na wyważeniu interesów, a jeżeli tak, to jakie interesy powinny tu wchodzić w grę?

Konkretnie:

i) Czy na odpowiedź ma wpływ okoliczność, że choremu, będącemu konsumentem końcowym,

16. Od różnych składających skargę wpłynęły cztery zestawy uwag na piśmie: jeden wniesiony przez Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) i 15 innych podmiotów (zwanych dalej „pierwszą grupą składających skargę”); drugi wniesiona przez Panellinios Syllogos Farmakapothikarion, K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton, Ionas Stroumsas EPE i Farmakapothiki Pharma Group Messinias AE (zwanych dalej „drugą grupą składających skargę”); trzeci wniesiony przez Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia (zwanych dalej „trzecią grupą składających skargę”); oraz ostatni zestaw wniesiony przez Interfarm — A. Agelakos & Sia OE oraz 39 innych podmiotów (zwanych dalej „czwartą grupą składających skargę”). Uwagi na piśmie wpłynęły również od GSK, Komisji oraz rządu szwedzkiego. Z wyjątkiem rządu szwedzkiego wszystkie wymienione strony lub ich grupy były obecne na rozprawie i przedstawiły swoje stanowiska.

Dopuszczalność

17. Zgodnie z art. 234 akapit drugi WE jedynie „sąd jednego z państw członkowskich” jest uprawniony do przedkładania Trybunałowi pytań w celu wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Z orzecznictwa Trybunału jasno wynika, że termin „sąd” jest jedną z instytucji prawa wspólnotowego.

18. W orzecznictwie została zdefiniowana pewna liczba kryteriów istotnych dla oceny, czy dany organ jest sądem w rozumieniu art. 234 WE, takich jak kwestia, czy organ jest powołany z mocy prawa, czy ma on charakter trwały, czy stosuje on przepisy prawa, czy jego jurysdykcja jest obowiązkowa, czy jest on niezależny, czy jego postępowanie jest kontradiktoryjne² i czy jego ostateczna decyzja ma sądowy charakter³.

19. Komisja ds. konkurencji uważa, że spełniają te kryteria. Komisja i GSK zgadzają się z tym. Grupy druga i czwarta składających skargę zakwestionowały dopuszczalność wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Jednakże w trakcie rozprawy druga grupa składających skargę zmieniła swoje stanowisko i zgodziła się, że komisja ds. konkurencji może wystąpić z pytaniami do Trybunału stosownie do

art. 234 WE. Rząd szwedzki nie zajął stanowiska w kwestii dopuszczalności wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

20. W mojej ocenie, stosownie do danych wynikających z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, komisja ds. konkurencji jednoznacznie spełnia wiele z kryteriów, które Trybunał w przeszłości ustalił jako istotne przy rozważaniu, czy określona instytucja może zostać uznana za sąd. Organ ten został trwale ustanowiony na mocy art. 8 ustawy nr 703/1977 o kontroli monopoli i oligopoli oraz o ochronie wolnej konkurencji (zwanej dalej „ustawą nr 703/1977”) jako instytucja właściwa do zapewnienia przestrzegania przepisów tej ustawy. Wydaje ona decyzje na podstawie przepisów prawa krajowego i wspólnotowego z zakresu konkurencji. Posiada ona wyłączną kompetencję do nakładania kar przewidzianych ustawą nr 703/1977. Jej jurysdykcja ma więc charakter obowiązkowy.

21. Dotychczas rozważone czynniki, które są prawdopodobnie niezbędne w przypadku organu sądowiczego, znajdują w równym stopniu zastosowanie do organu administracyjnego odpowiedzialnego za czuwanie nad przestrzeganiem prawa. Bardziej charakterystycznym elementem dla sądu jest rozprawa przed komisją ds. konkurencji, w ramach której zarówno składający skargę, jak i strona przeciwna mogą być prawnie reprezentowani i dysponują uprawnieniami

2 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 Dorsch Consult, Rec. str. I-4961, pkt 23 i przywołane tam orzecznictwo, z dnia 21 marca 2000 r. w sprawach połączonych od C-110/98 do C-147/98 Gabalfriśa i in., Rec. str. I-1577, pkt 33 i z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-516/99 Schmid, Rec. str. I-4573, pkt 34.

3 — Zobacz postanowienie z dnia 18 czerwca 1980 r. w sprawie 138/80 Borker, Rec. str. 1975, pkt 4 i wyroki: z dnia 19 października 1995 r. w sprawie C-111/94 Job Centre, Rec. str. I-3361, pkt 9 oraz z dnia 15 stycznia 2002 r. w sprawie C-182/00 Lutz i in., Rec. str. I-547, pkt 15 i 16.

proceduralnymi podobnymi do tych, które przysługują stronom w zwykłym postępowaniu sądowym. Gwarancje takie przyznają w pewnym stopniu niezbędny element kontradyktoryjności procedurze decyzyjnej komisji ds. konkurencji.

członkowie winni „mieć zapewnioną niezawisłość osobistą i służbową” oraz że „w wykonywaniu swoich obowiązków winni być związani jedynie prawem i swoim sumieniem”. Jak wyjaśnia komisja ds. konkurencji, niezawisłość jej członków jest nadto gwarantowana faktem, iż wiąże ich zakaz podejmowania jakiejkolwiek działalności zawodowej związanej ze sprawami rozpatrywanymi przez komisję.

22. Pomimo wymienionych powyżej cech komisji ds. konkurencji wydaje mi się, że wskazana jest bardziej dogłębna analiza w celu ustalenia, czy struktura i skład Komisji odpowiadają organowi sądowiczemu, w szczególności jeśli chodzi o strukturalne gwarancje niezależności, które stanowią istotne cechy wyróżniające tego rodzaju organy.

23. Jak wynika z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, komisja ds. konkurencji składa się z dziewięciu członków powoływanych przez ministra rozwoju na trzyletnią kadencję. Czterech członków komisji minister wybiera z przedstawianych mu przez korporacje handlowe i przemysłowe list zawierających po trzech kandydatów. Ponadto w skład komisji wchodzi członek rady prawnej państwa lub inna osoba pełniąca wysoką funkcję sędziowską; dwóch profesorów, z których jeden jest prawnikiem, a drugi ekonomistą, oraz dwie osoby o uznanej renomie i odpowiednim doświadczeniu. Przewodniczącą komisji ds. konkurencji wyznacza minister spośród jej członków.

24. Artykuł 8 ust. 1 ustawy nr703/1977 wyraźnie określa komisję ds. konkurencji jako „niezależny organ” i precyzuje, że jej

25. Przy komisji ds. konkurencji funkcjonuje sekretariat, którego zadaniem jest badanie spraw wnoszonych do komisji i przygotowywanie pisemnych propozycji ich rozstrzygnięć. Zgodnie z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przewodniczący komisji koordynuje i kieruje pracą sekretariatu jako zwierzchnik służbowy w zakresie wykonywania uprawnień dyscyplinarnych. Niemniej komisja ds. konkurencji zapewnia, iż zachowuje pełną odrębność funkcjonalną od sekretariatu, wskazując, że ani przewodniczący, ani pozostali członkowie nie mają wpływu na propozycje sekretariatu.

26. Mam dwie konkretne wątpliwości wynikające z opisanej struktury i składu komisji ds. konkurencji. Po pierwsze — moim zdaniem — przy ocenie, czy organ ma ze swej natury charakter sądowiczy, należy rozważyć, ilu z jego członków posiada kwalifikacje prawnicze lub sędziowskie. W przypadku greckiej komisji ds. konkurencji, jak to wyjaśnia wniosek o wydanie

orzeczenia w trybie prejudycjalnym, przepisy wymagają udziału w komisji jedynie dwóch prawników na dziewięciu jej członków: jeden z nich powinien być profesorem prawa, a drugi członkiem rady prawniczej państwa — w służbie lub nie albo też byłym sędzią cywilnym lub administracyjnym. Zdaje się, że nie ma gwarancji, iż przewodniczący będzie posiadał kwalifikacje prawnicze. Moim zdaniem, stosunkowo ograniczona liczba miejsc w komisji ds. konkurencji przeznaczonych dla prawników musi stwarzać podstawę dla pewnych wątpliwości co do uznania jej za sąd.

27. Po drugie, co się tyczy niezależności komisji ds. konkurencji, moja obawa odnosi się do przedstawionych wyżej powiązań strukturalnych istniejących między komisją ds. konkurencji a jej sekretariatem⁴.

28. Z wyroku Trybunału w sprawie Gabalfrisa i in.⁵ wynika, że o niezawisłości sędziowskiej stanowi funkcjonalna odrębność organu sądowiczego od organu administracyjnego. W sprawie tej Trybunał dopuścił wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pochodzący od organu regionalnego w Hiszpanii odpowiedzialnego za rozpatrywanie skarg podatkowych, częściowo na tej podstawie, iż istniała odrębność funkcjonalna między tym organem a urzędem państwowej administracji podatkowej, którego wydziały wydały decyzję stanowiącą przedmiot skargi⁶. W niniejszej sprawie można przyjąć odrębność funkcyj-

nalną między komisją a sekretariatem zgodnie z zasadą przyjętą w wyroku w sprawie Gabalfrisa i in., o ile przeprowadzane przez sekretariat dochodzenie w przedmiocie podnoszonych naruszeń ustawy nr 703/1977 może zostać oddzielone od roli komisji ds. konkurencji jako organu rozstrzygającego.

29. Niniejsze zagadnienie wydaje się ściśle związane z kwestią, czy postępowanie przed komisją ds. konkurencji może zostać uznane za kontradyktoryjne. Wyłącznie jeśli sekretariat posiada odpowiedni stopień wyodrębnienia od komisji ds. konkurencji, można go uznać za podmiot trzeci, niezależny zarówno od strony objętej dochodzeniem, jak i od komisji ds. konkurencji jako sędziego.

30. Jakkolwiek wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym stwierdza, iż przewodniczący w praktyce nie interweniuje, aby wpływać na dochodzenia prowadzone przez sekretariat, to jednak ma on pewną władzę nad tym organem. Nie wspomina się o przepisach lub innych środkach mających na celu zagwarantowanie niezależności sekretariatu w przeprowadzaniu dochodzeń.

31. W świetle dwóch wskazanych przeze mnie wątpliwości status greckiej komisji ds. konkurencji jest w mojej opinii dość złożony. Organ ten wydaje się być usytuo-

4 — W pkt 25.

5 — Przywołany powyżej w przypisie 2.

6 — Punkty 39 i 40 wyroku.

wany bardzo blisko granicy pomiędzy organem sądowym a organem administracyjnym posiadającym pewne cechy charakterystyczne dla sądu.

32. Po rozważeniu wszystkich okoliczności uważam jednak, że organ ten ma wystarczająco sądowy charakter, aby dla celów określonych w art. 234 WE mógł być traktowany jak sąd.

33. Co do prawniczych kompetencji tego organu zwracam uwagę, że oprócz dwóch stanowisk zastrzeżonych wyraźnie dla prawników dwa dalsze stanowiska powinny być obsadzone osobami o uznanej renomie i doświadczeniu w zakresie zagadnień krajowego i wspólnotowego prawa gospodarczego i polityki konkurencji. Również we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym członkowie tego organu są określani jako osoby o uznanej renomie i doświadczeniu w zakresie prawa konkurencji. Uwzględniając zarazem fakt, że członkowie komisji ds. konkurencji są wyraźnie zobowiązani do wykonywania swoich obowiązków zgodnie z prawem, jestem przekonany, że ograniczona liczba miejsc zastrzeżonych dla prawników lub sędziów nie wystarczy do odmówienia temu organowi charakteru sądowego. W każdym razie w przypadku służby w organie sądowym zajmującym się kompleksową dziedziną techniczną taką jak prawo konkurencji, gdzie obok kwalifikacji prawniczych istnieje zapotrzebowanie na wiadomości specjalne z zakresu ekonomii i obrotu handlowego, można oczekiwać mniejszej proporcji personelu posiadającego czysto prawnicze kwalifikacje.

34. Co do powiązań strukturalnych pomiędzy komisją ds. konkurencji a jej sekretariatem uważam, że owe powiązania nie wydają się przeważać nad różnymi innymi czynnikami wskazującymi na sądowy charakter komisji. Po pierwsze, nie uważam za prawdopodobne, aby wykonywanie przez przewodniczącego uprawnień dyscyplinarnych wobec sekretariatu mogło wpływać na przebieg określonego dochodzenia. Po drugie, gdyby nawet przyjąć odmienny punkt widzenia, wydaje się, że wystarczającą ochroną przed zagrożeniem dla odrębności funkcjonalnej podczas dochodzenia jest rozprawa przed komisją ds. konkurencji, która powinna stanowić odpowiednią okazję dla wszystkich stron do przedstawienia własnych stanowisk, zapewniając tym samym, iż ostatecznie podjęta zostanie właściwa decyzja.

35. Wskazuję na to, iż Trybunał dopuścił wcześniej wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez organ ds. konkurencji, hiszpański Tribunal de Defensa de la Competencia (trybunał ds. ochrony konkurencji)⁷. Organ ten miał wiele wspólnych cech z grecką komisją ds. konkurencji. Był to również organ stały, ustanowiony na mocy prawa, odpowiedzialny za stosowanie przepisów z zakresu konkurencji, z zachowaniem postępowania kontradyktoryjnego. Organ ten także podejmował działanie po otrzymaniu raportu, w tym przypadku od odrębnego organu⁸.

7 — Wyrok z dnia 16 lipca 1992 r. w sprawie C-67/91 Asociación Española de Banca Privada i in., Rec. str. I-4785.

8 — Postępowanie, w którym ten odrębny organ dochodzeniowy przedstawia mu propozycję, jest przedstawione w sprawozdaniu na rozprawę, str. 4790.

36. Moim zdaniem, uwagi drugiej i czwartej grupy składających skargę nie wywołują dodatkowych wątpliwości co do dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

37. Ci składający skargę twierdzą, po pierwsze, że wbrew stwierdzeniu niezależności zawartemu w art. 8 ust. 1 ustawy nr 703/1977 komisja ds. konkurencji nie zalicza się do pięciu niezależnych organów, które zostały wyraźnie przewidziane w konstytucji Grecji od jej zmiany w 2001 r. W konsekwencji komisji ds. konkurencji nie przyznano szczególnych konstytucyjnych gwarancji, które przysługują takim organom. Jej członkowie nie są wybierani według specjalnej procedury określonej w konstytucji. Przepisy postępowania tego organu nie są ustalone w ustawodawstwie, lecz przybierają one formę międzyministerialnej decyzji.

38. Po drugie, podnoszą oni, że przepisy postępowania komisji ds. konkurencji nie są obecnie zgodne z podstawowymi zasadami prawa, ponieważ nie umożliwiają one zainteresowanym osobom uczestnictwa w postępowaniu przed komisją.

39. Po trzecie, składający skargę utrzymują, że komisja ds. konkurencji nie dotrzymała

terminu sześciu miesięcy przewidzianego prawem dla rozpatrzenia ich skarg.

40. Żadnego z argumentów przytoczonych przez składających skargę nie uważam za przekonujący. Fakt, iż komisji ds. konkurencji nie można uznać za niezależny organ w świetle greckiego prawa konstytucyjnego, nie umniejsza ani ustawowego potwierdzenia jej niezależności, ani też środków zapewniających jej niezależność w praktyce.

41. Co więcej, wydaje mi się, że organy sądownicze mogą zgodnie z prawem różnić się między sobą pod względem stopnia, w jakim dopuszczają one zainteresowane osoby trzecie do udziału w postępowaniu, bez utraty z tego powodu swojego statusu jako sądu. W każdym razie wydaje się, że składający skargę mogli uczestniczyć w odpowiednim stopniu w głównym postępowaniu przed komisją ds. konkurencji poprzez złożenie swoich zastrzeżeń jako skarg.

42. Wreszcie opóźnienia w rozpatrywaniu sprawy nie mogą w mojej ocenie podważać sądowniczego charakteru organu rozpatrującego sprawę, chociaż mogą one oczywiście szkodzić jakości wymiaru sprawiedliwości.

43. Do tej pory rozważyłem szczególne cechy greckiej komisji ds. konkurencji, tak

jak zostały one przedstawione we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Przydatne może być jednak skrótkowe rozważenie dopuszczalności tego wniosku z perspektywy wprowadzania w życie reguł konkurencji, a w szczególności rozporządzenia (WE) nr 1/2003, które z dniem 1 maja 2004 r. wprowadziło system zdecentralizowanego wprowadzania w życie wspólnotowych reguł konkurencji⁹.

44. Po pierwsze, należy zauważyć, że rozporządzenie nr 1/2003 dopuszcza możliwość, w ramach której państwo członkowskie może przydzielić organowi mającemu charakter sądowy zadania organu ds. konkurencji¹⁰ oraz zawiera przepisy, których celem jest zapewnienie niezależności takich organów¹¹.

45. Po drugie, moim zdaniem, istnieje kilka praktycznych powodów przemawiających za dopuszczeniem wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pochodzących od tego rodzaju organów. Względy ekonomii procesowej przemawiają na korzyść dopuszczenia takiego wniosku na możliwie najwcześniejszym etapie postępowania, przez co unika się konieczności późniejszego wszczęcia postępowania przed sądem właściwym do rozpoznania środka odwoławczego od decyzji tego organu, aby umożliwić złożenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Można przynajmniej podnieść, iż wyspecjalizowany

organ ds. konkurencji posiadający cechy organu sądowiczego jest prawdopodobnie prędzej w stanie ustalić istotne kwestie z zakresu wspólnotowego prawa konkurencji niż sąd o ogólnej właściwości, na którym spoczywa obowiązek weryfikacji decyzji danego organu na kolejnym etapie postępowania. Wraz z decentralizacją wspólnotowego prawa konkurencji możliwość wnoszenia pytań do Trybunału przez krajowe organy ds. konkurencji, których struktura jest porównywalna ze strukturą sądu, stanowiłaby dodatkową gwarancję jednolitości prawa wspólnotowego. Co więcej, oczywiste jest, że krajowe organy ds. konkurencji są uprawnione i zobowiązane do niestosowania przepisów krajowych, które wymagają lub ułatwiają postępowanie sprzeczne z art. 81 ust. 1 WE lub które umacniają skutki takiego postępowania, w szczególności w zakresie ustalania cen albo porozumień co do podziału rynku¹². Ta możliwość nakazywałaby również wykazanie się pewną elastycznością w ocenie dopuszczalności wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pochodzących od takich organów, tak by zapewnić, iż wszelkie niejasności co do znajdujących zastosowanie reguł wspólnotowych zostaną rozwiązane, zanim zostaną pominięte przepisy krajowe.

46. Moim zdaniem te praktyczne względy uzasadniają mój wcześniejszy wniosek, iż złożony w niniejszej sprawie wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym należy uznać za dopuszczalny. Zatem przejdę teraz do rozważenia kwestii merytorycznych poruszonych przez grecką komisję ds. konkurencji.

9 — Rozporządzenie Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (Dz.U. 2003, L 1, str. 1).

10 — Artykuł 35 i motyw 35.

11 — Zobacz w szczególności art. 35 ust. 4.

12 — Wyrok z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-198/01 CIF, Rec. str. I-8055.

Co do istoty sprawy

47. Tytułem wstępu zaznaczam, iż niektóre z uwag przedstawionych Trybunałowi dotyczą definicji rynku i pozycji dominującej. Przedłożone pytania są jednakże oparte na założeniu, że na relevantnych rynkach istnieje pozycja dominująca. Komisja ds. konkurencji stwierdziła istnienie pozycji dominującej w odniesieniu do jednego ze spornych produktów, tj. Lamictalu, i nie prosiła Trybunału o udzielenie wskazówek co do kryteriów pozwalających na zdefiniowanie rynku lub dokonanie oceny istnienia pozycji dominującej. Dlatego ograniczę się w swojej opinii do kwestii nadużycia w rozumieniu art. 82 WE, która została faktycznie podniesiona przez komisję ds. konkurencji.

48. W tym względzie komisja ds. konkurencji chciałyby wiedzieć, po pierwsze, czy dominujące przedsiębiorstwo farmaceutyczne musi być zawsze uważane za nadużywające swojej pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE tylko z tego powodu, że w celu ograniczenia działalności wywozowej swoich odbiorców nie realizuje w pełni złożonych zamówień. Po drugie — o ile odpowiedź na pierwsze pytanie byłaby negatywna — komisja ds. konkurencji zapytuje, jakie czynniki należy wziąć pod uwagę przy ocenie, czy przedsiębiorstwo jest odpowiedzialne za takie postępowanie.

49. Komisja Europejska wskazuje, że takie ograniczenie dostaw jest nadużyciem, chyba że przedsiębiorstwo dominujące jest w stanie przedstawić stosowne i dostatecznie solidne obiektywne uzasadnienie takiego postępowania. Komisja uważa, że żaden z czynników wymienionych przez grecką komisję ds. konkurencji nie ma znaczenia dla celów takiego uzasadnienia.

50. Komisja Europejska opiera swój wniosek częściowo na antykonkurencyjnym charakterze rozpatrywanego postępowania. Jej zdaniem, przedsiębiorstwo dominujące nadużywa swojej pozycji, gdy odmawia dostaw swoich produktów i usług z zamiarem ograniczenia lub wykluczenia aktualnych lub potencjalnych konkurentów z określonego rynku i z zamiarem wzmocnienia własnej pozycji dominującej na tym rynku. Zważywszy, że u źródeł każdej próby ograniczenia dostaw ze strony producenta w celu zmniejszenia handlu równoległego leży zazwyczaj dążenie do ograniczenia konkurencji w obrębie marki na rynku importowym, takie ograniczenie należy z reguły uważać za nadużycie. Komisja opiera się także częściowo na tym, iż celem rozpatrywanego postępowania jest podział rynku. Trybunał konsekwentnie interpretował art. 81 WE i 82 WE jako zakazujące działania zmierzającego do podziału wspólnego rynku.

51. Składający skargę i rząd szwedzki zgadzają się co do istoty z Komisją.

52. GSK podnosi, że ograniczenie dostaw przez dominujące przedsiębiorstwo farmaceutyczne w celu ograniczenia handlu równoległego nie stanowi nadużycia w rozumieniu art. 82 WE. Tego rodzaju ograniczenie nie mieści się w pojęciu wyjątkowych okoliczności, w których odmowy dostaw były traktowane jako nadużycie. Mając na uwadze właściwy tu ekonomiczny i prawny kontekst oraz szczególną sytuację przemysłu farmaceutycznego w Europie, takie ograniczenie nie może być postrzegane jako nadużycie, lecz powinno raczej być rozumiane w ten sposób, że stanowi ono odpowiedni środek ze strony przedsiębiorstwa w celu ochrony jego uzasadnionych interesów gospodarczych.

Czy sporne zachowanie stanowi samo w sobie naruszenie?

53. Co się tyczy pierwszej części pierwszego przedłożonego pytania, wydaje się trafne, jak podnoszą Komisja i GSK, że dominujące przedsiębiorstwo farmaceutyczne niekoniecznie nadużywa swojej dominującej pozycji z powodu odmowy pełnej realizacji zamówień hurtowników produktów farmaceutycznych, nawet jeżeli zamiarem przedsiębiorstwa było ograniczenie w ten sposób handlu równoległego. Wniosek ten wynika jasno — moim zdaniem — z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału dotyczącego odmowy dostaw w kontekście art. 82 WE. Jak to wynika z poniższej analizy — która w nieunikniony sposób musi być szczegó-

łowa — zgodnie z orzecznictwem obowiązek dostawy zgodnie z art. 82 WE może zostać nałożony jedynie po dokładnym zbadaniu okoliczności faktycznych i ekonomicznych, a nawet wówczas tylko w stosunkowo wąskich granicach.

54. To, że przedsiębiorstwo dominujące może być w pewnych okolicznościach zobowiązane do dostawy produktów na rzecz swoich dotychczasowych klientów, zostało po raz pierwszy potwierdzone w wyroku w sprawie Commercial Solvents przeciwko Komisji¹³. Sprawa ta dotyczyła odmowy ze strony Commercial Solvents dalszego zaopatrywania podmiotu trzeciego, Zoja, w surowce, które miały zasadnicze znaczenie dla wytwarzania produktu pochodnego i które mogły być pozyskane wyłącznie od Commercial Solvents. Odmowa wynikała z decyzji Commercial Solvents wejścia w konkurencję z Zoja na rynku produktu pochodnego na poziomie downstream („downstream market”). Trybunał uznał, że przedsiębiorstwo o dominującej pozycji na rynku surowcowym, które rezerwuje takie surowce dla wytwarzania własnych produktów pochodnych, a odmawia zaopatrywania klienta, który sam jest producentem owych wyrobów pochodnych, nadużywa swojej dominującej pozycji, ale jedynie wówczas, gdy tym samym przedsiębiorstwo to „podejmuje ryzyko wyeliminowania wszelkiej konkurencji ze strony tego klienta”¹⁴.

55. W wyroku w sprawie United Brands przeciwko Komisji¹⁵ przedsiębiorstwo posia-

13 — Wyrok z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73, Rec. str. 223.

14 — Punkt 25 wyroku.

15 — Wyrok z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76, Rec. str. 207.

dające dominującą pozycję w produkcji bananów („UBC”), które sprzedawało pod marką Chiquita, przerwało dostawy dla dystrybutora nadzorującego dojrzewanie bananów, gdy ten po nieporozumieniu z przedsiębiorstwem dominującym rozpoczął promować banany rywalizującego producenta i dokładać mniej staranności w nadzór procesu dojrzewania bananów firmy UBC. Trybunał uznał, że „należy stwierdzić na początku, iż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w zakresie dystrybucji produktu — który cieszy się reputacją znanej i cenionej przez konsumentów marki — nie może wstrzymać dostaw dla dawnego klienta przestrzegającego handlowych zwyczajów, jeżeli jego zamówienia nie posiadają anormalnego charakteru”¹⁶.

56. Trybunał uznał takie zachowanie za niezgodne z art. 82 WE, „ponieważ odmowa sprzedaży ograniczyłaby możliwości zbytu ze szkodą dla konsumentów i stanowiłaby dyskryminację mogącą spowodować nawet wyeliminowanie partnera handlowego z właściwego rynku”¹⁷. Jednak Trybunał uznał również, że nawet przedsiębiorstwo dominujące ma prawo do podejmowania rozsądnych działań, jakie uznaje za właściwe do ochrony swoich interesów handlowych, przy czym jego postępowanie musi być proporcjonalne do zagrożenia i nie może mieć na celu umocnienia lub nadużycia jego pozycji dominującej¹⁸.

57. Sprawa BP i in. przeciwko Komisji¹⁹ wiązała się z ograniczeniem przez dominujące przedsiębiorstwo naftowe dostaw w czasie niedoboru ropy w 1973 r. i 1974 r. BP zakwestionowała decyzję Komisji, w której zostało stwierdzone, że nadużyła ona swojej pozycji dominującej poprzez istotne ograniczenie dostaw dla jednego z odbiorców i to w znacznie większym stopniu niż dla innych odbiorców, co nie znajdowało obiektywnego uzasadnienia. Komisja uznała, że przedsiębiorstwo dominujące musi dystrybuować dostępne ilości swojego produktu sprawiedliwie pomiędzy wszystkich swoich klientów, mając na uwadze szczególne cechy lub różnice w ich sytuacji gospodarczej. W przypadku ogólnego kryzysu dostaw musi ono współpracować w pierwszej kolejności ze swoimi stałymi klientami, a ograniczenia dostaw dla odbiorców w okresie niedoboru muszą być stosowane z uwzględnieniem okresu odniesienia sprzed kryzysu. Komisja sugerowała, iż właściwy byłby okres jednego roku.

58. Rzecznik generalny J.P. Warner uznał, że definicja nadużycia przyjęta przez Komisję jest niepraktyczna, biorąc pod uwagę trudności w określeniu proponowanego okresu odniesienia oraz w ustaleniu, czy różnice pomiędzy klientami mogą usprawiedliwiać ich odmienne traktowanie²⁰. Trybunał zgodził się, że BP nie nadużyła swojej dominującej pozycji. Zainteresowany odbiorca prze-

16 — Punkt 182 wyroku.

17 — Punkt 183 wyroku.

18 — Punkty 189 i 190 wyroku.

19 — Wyrok z dnia 29 czerwca 1978 r. w sprawie 77/77, Rec. str. 1513.

20 — Strona 1539, druga kolumna.

stał być stałym klientem w roku poprzedzającym kryzys. Zważywszy, że w czasie gdy rozpoczął się kryzys, był on jedynie okazjonalnym klientem, nie można było oczekiwać od BP traktowania go w taki sam sposób jak stałych klientów²¹. Trybunał powziął także wątpliwość, czy okres odniesienia mógł być stosowany, co najmniej w przypadku klienta, z którym w tym okresie ustały stosunki handlowe²². Wreszcie Trybunał wskazał, że zainteresowany klient był w stanie przezwyciężyć trudności wywołane przez kryzys²³. Nie był on zatem poszkodowany w oczywisty, bezpośredni i istotny sposób, jeśli chodzi o jego pozycję na rynku, jak również nie był on zagrożony wyeliminowaniem²⁴.

59. U źródeł sprawy CBEM²⁵ leżało wytoczone przed sąd belgijski powództwo o zakazanie nadawcy telewizyjnego możliwości odmowy sprzedaży czasu antenowego przedsiębiorstwu konkurującemu z tym nadawcą na rynku marketingu telefonicznego na poziomie downstream. Nadawca odmówił także sprzedaży czasu antenowego reklamodawcom na reklamy zawierające zaproszenie do telefonowania, o ile wykorzystany numer telefonu nie był numerem wykorzystywanym w jego własnych operacjach marketingu telefonicznego.

60. W odpowiedzi na pytanie przedstawione przez sąd krajowy Trybunał uznał, że nadużycie w rozumieniu art. 82 WE ma miejsce wówczas, gdy w braku obiektywnej konieczności przedsiębiorstwo zajmujące dominującą pozycję na określonym rynku rezerwuje dla siebie lub swojego przedsiębiorstwa zależnego inny rodzaj działalności, która mogłaby być wykonywana przez inne przedsiębiorstwo jako część jego działalności na sąsiednim ale odrębnym rynku, z możliwością wyeliminowania wszelkiej konkurencji ze strony takiego przedsiębiorstwa. Trybunał zauważył, że w takim przypadku usługa, którą zastrzegło dla siebie przedsiębiorstwo dominujące, byłaby nieodzowna dla działalności tego drugiego przedsiębiorstwa²⁶.

61. Wszystkie rozważane dotychczas sprawy wiązały się z niewykonaniem dostaw na rzecz istniejącego klienta. W kilku innych sprawach Trybunał rozpatrywał odmowę umożliwienia podmiotowi trzeciemu wykorzystania po raz pierwszy jego własności intelektualnej albo infrastruktury fizycznej.

62. W sprawie Volvo²⁷ Trybunał uznał, że nie doszło do nadużycia pozycji dominującej przez producenta samochodów posiadającego zarejestrowane wzory elementów karoserii do jego pojazdów poprzez odmowę udzielenia innym podmiotom licencji na produkcję tego rodzaju elementów jako części zamiennych. Trybunał stwierdził, że uprawnienie właściciela chronionego wzoru do zapobiegania wytwarzaniu i sprzedaży lub

21 — Punkty 28, 29, 32, 33 wyroku.

22 — Punkt 30 wyroku.

23 — Punkt 42 wyroku.

24 — Punkt 20 wyroku.

25 — Wyrok z dnia 3 października 1985 r. w sprawie 311/84 CBEM przeciwko CTL i IPB, Rec. str. 3261.

26 — Punkty 25–27 sentencji wyroku.

27 — Wyrok z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 238/87, Rec. str. 6211.

przywozowi przez podmioty trzecie, bez jego zgody, produktów zawierających chronione wzory stanowi samą istotę jego prawa wyłącznego. Odmowa udzielenia licencji nie może więc, sama w sobie, stanowić nadużycia. Jednakże wykonywanie prawa wyłącznego może prowadzić do nadużycia, gdyby na przykład przedsiębiorstwo dominujące arbitralnie odmawiało dostawy części zamiennych do niezależnych zakładów naprawczych, ustalało ceny części zamiennych na nieuczciwym poziomie lub zdecydowało zaprzestać produkcji części zamiennych do określonego modelu samochodu, który nadal znajduje się w powszechnym obrocie²⁸.

pletnego tygodniowego przewodnika telewizyjnego, stała na przeszkodzie pojawieniu się nowego produktu, którego nadawcy nie oferowali i na który istniał potencjalny popyt ze strony konsumentów. Odmowa ta stanowiła nadużycie w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. b) WE³⁰. Po drugie, brak było uzasadnienia dla takiej odmowy³¹. Po trzecie, poprzez swoje zachowanie nadawcy zarezerwowali dla siebie wtórny rynek tygodniowych przewodników telewizyjnych, wyłączając wszelką konkurencję na tym rynku, jako że odmówili oni dostępu do podstawowych informacji, które stanowiły materiał wyjściowy niezbędny dla opracowania takiego przewodnika³².

63. Jakiś czas później w sprawie Magill²⁹ Trybunał utrzymał w mocy wyrok Sądu Pierwszej Instancji podtrzymujący decyzję Komisji, iż telewizyjni nadawcy w Irlandii nadużyli pozycji dominującej, którą posiadali na rynku ich programów telewizyjnych, powołując się na przysługujące im prawa autorskie do takich programów w celu uniemożliwienia podmiotom trzecim publikowania jednego jedynego tygodniowego przewodnika telewizyjnego, który stanowiłby konkurencję dla przewodników telewizyjnych, jakie każdy z nadawców publikował dla swoich własnych programów. Trybunał rozważył następujące okoliczności istotne dla wykazania nadużycia. Po pierwsze, odmowa nadawców na korzystanie z informacji odnoszących się do ich programów, które stanowiły niezbędny materiał wyjściowy dla kom-

64. Kolejną sprawą dotyczącą odmowy dostaw była sprawa Bronner³³. Trybunałowi przedstawiono pytanie, czy można uznać za nadużycie sprzeczne z art. 82 WE sytuację, w której grupa wydawnicza działająca na rynku prasy posiadająca istotny udział w rynku dzienników odmawia wydawcy konkurencyjnej gazety przystąpienia do jej systemu dostaw do domu lub też uzależnia swoją zgodę od nabycia przez tego wydawcę określonych usług dodatkowych od grupy. Trybunał zauważył, że w wyrokach w sprawie Istituto Chemioterapico Italiano, w sprawie Commercial Solvents przeciwko Komisji i w sprawie CBEM orzekł, że odmowa dostawy towarów lub usług dla podmiotu konkurencyjnego, które są niezbędne do

28 — Punkty 8 i 9 wyroku.

29 — Wyrok z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P RTE i ITP przeciwko Komisji, Rec. str. I-743.

30 — Punkty 53 i 54 wyroku.

31 — Punkt 55 wyroku.

32 — Punkt 56 wyroku.

33 — Wyrok z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97, Rec. str. I-7791.

wykonywania jego działalności gospodarczej, stanowi nadużycie jedynie wtedy, gdy sporne zachowanie może wyeliminować wszelką konkurencję ze strony podmiotu konkurencyjnego³⁴. Trybunał przywołał także wyrok w sprawie Magill i zauważył, że nawet gdyby orzecznictwo odnoszące się do wykonywania prawa własności intelektualnej miało zastosowanie do wykonywania jakiegokolwiek prawa własności, do stwierdzenia nadużycia konieczne jest nie tylko to, iż odmowa świadczenia usługi obejmującej dostawę do domu może wyeliminować wszelką konkurencję na rynku dzienników ze strony osoby wnioskującej o tę usługę, oraz że taka odmowa nie może zostać obiektywnie uzasadniona, lecz również to, że usługa sama w sobie jest niezbędna do wykonywania działalności gospodarczej tej osoby w tym znaczeniu, że brak jest rzeczywistego lub potencjalnego substytutu dla takiego systemu dostaw do domu³⁵. W każdym razie nie miało to miejsca w niniejszej sprawie³⁶.

65. Wreszcie w niedawnej sprawie IMS Health³⁷ Trybunał powrócił do okoliczności, w których odmowa udzielenia przez przedsiębiorstwo dominujące licencji na korzystanie z jego własności intelektualnej może stanowić nadużycie w rozumieniu art. 82 WE. W oparciu o wyrok w sprawie Magill Trybunał orzekł, że aby móc uznać za nadużycie odmowę przyznania przez przedsiębiorstwo, które posiada prawa autorskie, dostępu do produktu lub usługi niezbędnych do wykonywania określonej działalności gospodarczej, wystarczające jest spełnienie

trzech kumulatywnych przesłanek, a mianowicie: odmowa uniemożliwia pojawienie się nowego produktu, na który istnieje potencjalny popyt po stronie konsumentów, odmowa jest nieuzasadniona, a ponadto zmierza ona do wyeliminowania konkurencji na rynku wtórnym³⁸.

66. Wydaje mi się, że z dotychczasowego orzecznictwa wspólnotowego oraz praktyki wspólnotowej można wyprowadzić następujące wnioski istotne dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, oczywiste jest, że przedsiębiorstwo dominujące jest niekiedy zobowiązane do dostawy swoich produktów i świadczenia usług. Sytuacja taka ma miejsce na przykład, gdy przerwa w dostawach spowodowałaby poważne zakłócenia w konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwem a odbiorcą na rynku na poziomie downstream lub pomiędzy przedsiębiorstwem a jego faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami na rynku dostaw. Ponadto przedsiębiorstwo dominujące jest zobowiązane po raz pierwszy udostępnić swoje urządzenia lub udzielić licencji na korzystanie ze swojej własności intelektualnej podmiotowi trzeciemu jedynie w ograniczonych okolicznościach. Aby miało to miejsce, należy wykazać wyjątkowe naruszenie konkurencji.

67. Po drugie jednak jest także oczywiste, że wynikający z art. 82 WE obowiązek dostaw ciążyący na przedsiębiorstwie dominującym jest w wielu aspektach ograniczony. Jak

34 — W pkt 38.

35 — Punkt 41 wyroku.

36 — Punkty 42–44 wyroku.

37 — Wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01, Rec. str. I-5039.

38 — Punkt 38 wyroku.

stwierdził Trybunał w wyroku w sprawie *United Brands przeciwko Komisji*, przedsiębiorstwo dominujące nie jest zobowiązane do realizacji dostaw wykraczających poza normalne ramy i jest uprawnione do podejmowania takich kroków, jakie uzna za rozsądne w celu ochrony własnych interesów handlowych. Podobnie w sprawie *BP i in. przeciwko Komisji* przedsiębiorstwo dominujące zdołało skutecznie obronić przed Trybunałem swoją politykę handlową, która różnicowała odbiorców w przydziale dostaw w okresie niedoboru produktów. Trybunał stale ograniczał również obowiązek ciążący na przedsiębiorstwie dominującym, odsyłając do możliwości obiektywnego uzasadnienia.

68. Po trzecie, czynniki pozwalające na określenie, czy zachowanie przedsiębiorstwa odmawiającego dostaw stanowi nadużycie, są w dużym stopniu uzależnione od konkretnego kontekstu gospodarczego i prawnego danej sprawy. Komisja Europejska czyni takie sugestie w swojej niedawno wydanej decyzji *Microsoft*³⁹. Podobne stanowisko zajął ostatnio *Supreme Court* (sąd najwyższy) w Stanach Zjednoczonych Ameryki⁴⁰.

69. W świetle tej analizy wydaje mi się jasne, że na pierwsze przedłożone pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej: dominujące przedsiębiorstwo farmaceutyczne, które odmawia dostaw własnych produktów, niekoniecznie nadużywa swojej pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE, wyłącznie z tego powodu, że jego zamiarem było ograniczenie w ten sposób handlu równoległego.

70. Uważam, tak jak Komisja, że zamiar ograniczenia handlu równoległego winien być jedną z okoliczności, która zazwyczaj skutkuje uznaniem odmowy dostaw ze strony przedsiębiorstwa dominującego za nadużycie. Takie zachowanie zmierza z reguły do wyeliminowania potencjalnej konkurencji dla przedsiębiorstwa dominującego na rynku państwa członkowskiego przywozu. Zakładając nawet, że nie w każdym przypadku może zostać wykazany dostateczny wpływ na konkurencję, jako dodatkowy argument na poparcie tego wniosku można podnieść, iż sporne zachowanie ma na celu podział rynku.

39 — Decyzja Komisji z dnia 24 marca 2004 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 82 traktatu WE (sprawa COMP/C-3/37.792 *Microsoft*). Komisja przedstawia swój pogląd w pkt 555 decyzji: „nie jest przekonujące podejście, zgodnie z którym istniałaby wyczerpująca lista okoliczności wyjątkowych i Komisja byłaby pozbawiona z góry możliwości wzięcia pod uwagę innych okoliczności o wyjątkowym charakterze, które mogą zasługiwać na ich uwzględnienie przy rozpatrywaniu odmowy dostaw”.

40 — W sprawie *Verizon Communications Inc. przeciwko Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, która dotyczyła zgodności odmowy dostaw w świetle prawa kartelowego USA, sędzia Scalia, wyrażając opinię *Supreme Court* (sądu najwyższego), oświadczył, że „analiza w świetle prawa kartelowego musi zawsze uwzględniać strukturę i konkretne okoliczności danej branży. Rozważając kontekst ekonomiczny, należy mieć wzgląd na wagę przepisów prawnych”.

71. W sprawie tej, mimo że zakłada się, a nawet podobno przyznaje istnienie zamiaru podziału rynku, podział rynku nie jest głównym zamiarem, lecz raczej — zważywszy na cechy rynku — nieuniknioną konsekwencją podjętej przez GSK próby ochrony tego, co uważa ona za swoje uzasadnione interesy handlowe, poprzez odmowę realizacji w pełni otrzymanych zamówień. Kwestia zamiaru nie powinna odwracać uwagi od

istotnej kwestii, czy taka odmowa jest uzasadniona w świetle całokształtu okoliczności.

72. W każdym razie jednak, jak podnosi Komisja, oczywiste jest, że orzecznictwo wspólnotowe przyznaje przedsiębiorstwom dominującym możliwość wykazania, że ich zachowanie jest obiektywnie uzasadnione, nawet jeżeli na pierwszy rzut oka stanowi ono nadużycie. Teraz zajmę się kwestią obiektywnego uzasadnienia. Dodałbym, iż dwustopniowa analiza, którą sugeruje rozróżnienie pomiędzy nadużyciem i jego obiektywnym uzasadnieniem, jest moim zdaniem nieco sztuczna. Artykuł 82 WE, w odróżnieniu od art. 81 WE, nie zawiera postanowienia przewidującego wyraźne wyłączenia zachowania, które w innym przypadku podlegałyby wyrażonemu w nim zakazowi. W istocie sam fakt, że zachowanie jest określane jako „nadużywanie”, sugeruje, że już wyciągnięto negatywny wniosek, w odróżnieniu od bardziej neutralnych terminów: „zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji”, użytych w art. 81 WE. Moim zdaniem bardziej trafne jest zatem stwierdzenie, że pewne typy zachowania przedsiębiorstwa dominującego w ogóle nie mieszczą się w kategorii nadużycia. Jednakże biorąc pod uwagę, że Komisja — w świetle kilku przypadków z wcześniejszego orzecznictwa wspólnotowego — zbadała kwestię obiektywnego uzasadnienia w swoich uwagach, przyjęcie tej konstrukcji może być dogodne dla potrzeb niniejszej sprawy.

Czy sporne zachowanie może zostać obiektywnie uzasadnione?

73. Biorąc pod uwagę negatywną odpowiedź, jaką zaproponowałem w odniesieniu do

pierwszej części pierwszego przedłożonego pytania, konieczne jest ponadto rozważenie, czy różne czynniki wymienione przez komisję ds. konkurencji mają znaczenie dla oceny, czy sporne zachowanie może zostać obiektywnie uzasadnione, a mianowicie: fakt, iż w europejskim sektorze farmaceutycznym nie panują klarowne warunki konkurencji; procent, o który dostawy przedsiębiorstwa dominującego przekraczają krajowe spożycie; wpływ handlu równoległego na obrót lub zyski przedsiębiorstwa dominującego; oraz zakres, w jakim ostateczny konsument lub pacjent oraz nabywca sprzedawanych produktów osiąga korzyść z handlu równoległego.

74. Na pierwszy rzut oka trudno jest obalić stanowisko Komisji Europejskiej, iż ograniczenie dostaw w celu ograniczenia handlu równoległego może zostać uzasadnione jedynie w ściśle określonych okolicznościach. W większości przypadków korzyści z handlu równoległego są oczywiście: handel ten sprzyja konkurencji w obrębie marki, obniżając ceny w państwie przywozu na korzyść konsumentów. Jednakże przy dokładniejszym zbadaniu szczególnych warunków europejskiego sektora farmaceutycznego nie jestem przekonany, że możliwości uzasadnienia są tak wąskie, jak to sugeruje Komisja.

75. Rzeczywiście kilka z cech tego sektora wskazanych przez grecką komisję ds. konkurencji zdaje się mieć — moim zdaniem — znaczenie przy rozważaniu odpowiedział-

ności dominującego przedsiębiorstwa farmaceutycznego, które ogranicza dostawy w celu ograniczenia handlu równoległego.

76. Czynniki, które winny — według mnie — zostać wzięte pod uwagę, to po pierwsze powszechne uregulowania w zakresie cen i dystrybucji w sektorze; po drugie, prawdopodobny wpływ nieograniczonego handlu równoległego na przedsiębiorstwa farmaceutyczne w świetle stosunków gospodarczych w tym sektorze, i po trzecie, skutki takiego handlu dla konsumentów i nabywców produktów farmaceutycznych.

Uregulowania dotyczące cen i dystrybucji w europejskim sektorze farmaceutycznym

77. Według mnie przy ocenie typu zachowania będącego przedmiotem sporu nie jest możliwe pominięcie powszechnych i zróżnicowanych uregulowań, którym podlega sektor farmaceutyczny zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym, i które odróżniają ten sektor od wszelkich innych gałęzi przemysłu zajmujących się produkcją towarów handlowych, które się łatwo sprzedają.

78. Państwa członkowskie interweniują w celu ograniczenia cen produktów leczniczych na swoich terytoriach. Tego rodzaju interwencja zmierza do ochrony budżetów

państwowych instytucji ubezpieczenia zdrowotnego, które ponoszą większość kosztów tych produktów. Państwa interweniują w różny sposób i posługują się różnymi metodami w celu ustalania cen lub uzyskania wpływu na ceny produktów farmaceutycznych. Niektóre państwa są gotowe dopuścić sprzedaż produktów farmaceutycznych po cenach wyższych niż inne państwa. Tym samym uznają one poniekąd — w sposób wyraźny lub dorozumiany — konieczność umożliwienia przedsiębiorstwom farmaceutycznym osiągnięcia zysku wystarczającego do tego, by zachęcić je do badania i rozwoju nowych produktów farmaceutycznych. W konsekwencji ceny produktów farmaceutycznych w niektórych państwach członkowskich są z reguły dużo wyższe niż w innych państwach. To właśnie zróżnicowanie cen pomiędzy tymi państwami stwarza okazję dla handlu równoległego. W niedawnym komunikacie, opublikowanym przed ostatnim rozszerzeniem Unii Europejskiej, Komisja przewidziała, że rozszerzenie Unii zwiększy jeszcze te różnice⁴¹.

79. Regulowanie cen przez państwa członkowskie zostało tylko w ograniczonym stopniu zharmonizowane przez przepisy wspólnotowe⁴². W komunikacie z 1998 r. dotyczącym jednolitego rynku produktów farmaceutycznych⁴³ Komisja uznała, że przyjęcie

41 — Komunikat Komisji dla Rady, Parlamentu Europejskiego, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów „Silniejszy europejski rynek farmaceutyczny z korzyścią dla pacjenta — Wezwanie do działania [COM(2003) 383 wersja ostateczna, str. 14].

42 — Zgodnie z dyrektywą Rady 89/105/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r. dotyczącą przejrzystości środków regulujących ustalanie cen na produkty lecznicze przeznaczone do użytku przez człowieka oraz włączenia ich w zakres krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych (Dz.U. 1989, L 40, str. 8) państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić, by decyzje w sprawie ustalania cen i ich refundacji były podejmowane w sposób niedyskryminacyjny i w ściśle określonych ramach czasowych.

43 — COM(1998) 588 wersja ostateczna.

centralnie zarządzanego europejskiego systemu cen artykułów leczniczych jest niepożądane i aktualnie niemożliwe do zrealizowania. Stwierdziła ona, że „ustalenie właściwego poziomu cen dla całej Wspólnoty okazałoby się nadzwyczaj trudne: niski poziom cen wywarłby bezpośrednie korzystne skutki na cele związane z wydatkami zdrowotnymi (przynajmniej w tych państwach członkowskich, w których ceny aktualnie są wysokie), ale spowodowałby stałe zmniejszanie się udziału Europy w globalnych inwestycjach farmaceutycznych na badania i rozwój, prowadząc ostatecznie do wycofania kapitału z gospodarki europejskiej. Wysoki poziom cen zmniejszyłby dostęp do opieki zdrowotnej przez konsumentów i płatników w tych krajach, gdzie z uwagi na warunki ekonomiczne i socjalne nie mogą oni sobie pozwolić na takie ceny”⁴⁴. Zamiast tego Komisja zaproponowała różne środki mające na celu zmniejszanie zakłóceń na rynku wewnętrznym wynikających z uregulowań dotyczących cen produktów farmaceutycznych przyjętych przez państwa członkowskie.

80. Drugi istotny powód, dla którego normalne warunki konkurencji nie panują w europejskim przemyśle farmaceutycznym, wynika z wysokiego stopnia uregulowań dotyczących dystrybucji produktów farmaceutycznych zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym. Zgodnie ze wspólnotowymi przepisami dotyczącymi produktów leczniczych stosowanych u ludzi państwa członkowskie muszą ustanowić system udzielania zezwoleń dla hurtowników

produktów leczniczych. Uzyskanie zezwolenia zależy od spełnienia szeregu minimalnych wymagań⁴⁵.

81. W wielu państwach członkowskich przedsiębiorstwa farmaceutyczne i hurtownicy podlegają różnym dodatkowym obowiązkom zgodnie z przepisami prawa krajowego w celu zagwarantowania dostępności produktów leczniczych. Przykładowo, jak wyjaśnia grecka komisja ds. konkurencji we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, greckie prawo nakłada na niektórych ze składających skargę obowiązek stałego utrzymywania pełnego i zróżnicowanego zapasu produktów farmaceutycznych pozwalającego na pokrycie zapotrzebowania na określonym obszarze geograficznym i zapewnienie dostawy zamówionych produktów w bardzo krótkim terminie na całym tym obszarze.

82. Artykuł 81 ust. 2 dyrektywy 2001/83 w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi również obecnie nakłada na producentów i dystrybutorów produktów farmaceutycznych następujący obowiązek:

„Posiadający pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego oraz dystrybutorzy danego produktu leczniczego wprowadzanego do obrotu w państwie

45 — Istotne postanowienia zawarte są w rozdziale VII dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.U. L 311, str. 67), zmienionej dyrektywą 2004/27/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (Dz.U. L 136, str. 34).

członkowskim, w granicach ich obowiązków, zapewniają właściwe i stałe dostawy danego produktu leczniczego dla aptek oraz dla osób upoważnionych do zaopatrywania w produkty lecznicze w taki sposób, że uwzględnione są potrzeby pacjentów w danym państwie członkowskim”.

83. Krajowe i wspólnotowe uregulowania dotyczące europejskiego sektora farmaceutycznego są w moim przekonaniu istotne w kilku aspektach przy analizie typu zachowania będącego przedmiotem sporu w niniejszej sprawie.

84. Po pierwsze, takie uregulowanie rzuca światło na rozsądny i proporcjonalny charakter ograniczenia dostaw. Gdy przedsiębiorstwa farmaceutyczne próbują blokować handel równoległy, nie dążą one w ten sposób do utrwalenia zróżnicowania cen, za które są one odpowiedzialne, ale raczej do uniknięcia konsekwencji, które mogłyby nastąpić, gdyby bardzo niskie ceny narzucone im w niektórych państwach członkowskich upowszechniły się w całej Wspólnocie.

85. Również ograniczenie dostaw samo w sobie nie przeszkadza w wywożeniu przez hurtowników otrzymanych produktów. Zazwyczaj takie ograniczenie byłoby nieskuteczne w zapobieganiu handlowi równoległemu, w sytuacji gdy istnieje zróżnicowanie cen między państwami członkowskimi. Wszelkie ilości dostaw do państwa członkowskiego, w którym są niskie ceny, byłyby wywożone i zaopatrywanie tego państwa w ogóle nie miało by sensu. W przypadku

przemysłu farmaceutycznego tym, co powstrzymuje hurtowników od wywozu posiadanych produktów, są ciężące na nich obowiązki, którym przyświeca dobro ogółu, które wymagają od nich utrzymywania zapasu wystarczającego do zaspokojenia krajowych potrzeb. Skutek podziału rynku związany z ograniczeniem dostaw wynika ze środków stosowanych przez władze krajowe w państwie wywozu.

86. Po drugie, ciężące na dominujących przedsiębiorstwach farmaceutycznych prawne i moralne obowiązki utrzymywania dostaw w każdym państwie członkowskim każą wątpić w rozsądny i proporcjonalny charakter żądania od nich zaopatrywania hurtowników w państwach członkowskich, w których są niskie ceny, zamierzających wywozić dostarczone produkty. Nie jest jasne, czy przedsiębiorstwo farmaceutyczne mogłoby wycofać się z państwa członkowskiego, w którym narzucono mu niskie ceny. Wydaje mi się, że na drodze takiego odwrotu mogłyby stanąć dwie przeszkody prawne. Z jednej strony, w świetle art. 82 WE przedsiębiorstwo dominujące może zakończyć swoje aktualne stosunki handlowe jedynie w określonych okolicznościach, przynajmniej jeśli to czyni bez zachowania odpowiedniego terminu wypowiedzenia. Z drugiej strony, art. 81 dyrektywy 2001/83 wymaga od przedsiębiorstw farmaceutycznych, w zakresie ich odpowiedzialności, zapewnienia odpowiednich i stałych dostaw dopuszczonego produktu leczniczego faktycznie obecnego na rynku państwa członkowskiego do aptek i osób upoważnionych do zaopatrywania w produkty lecznicze, tak aby pokryte były potrzeby pacjentów w danym państwie członkowskim. Szczegóły tego obowiązku pozostają do doprecyzowania, jednak wydaje się, iż ma on pewne możliwości

ograniczenia wycofania przez przedsiębiorstwo farmaceutyczne produktu, który już został wprowadzony na rynek w danym państwie członkowskim.

87. Po trzecie, uregulowanie dotyczące dystrybucji produktów farmaceutycznych w Europie opiera się na systemie odrębnym dla poszczególnych krajów w celu zapewnienia wystarczających dostaw na terenie każdego kraju, który nakłada obowiązki zarówno na przedsiębiorstwa farmaceutyczne, jak i na hurtowników, i który jest wyraźnie wzmocniony przez odpowiednie przepisy wspólnotowe. Działalność podmiotów zajmujących się handlem równoległym koliduje z tym systemem i stwarza ryzyko destabilizacji zarówno w państwie członkowskim przywozu, jak i w państwie członkowskim wywozu tych działań, jakie zgodnie z prawem krajowym i wspólnotowym powinny podjąć przedsiębiorstwa farmaceutyczne i hurtownicy w wykonaniu swoich obowiązków, którym przyświeca dobro ogółu. Decyzja dominującego przedsiębiorstwa farmaceutycznego w sprawie ograniczenia ilości produktów, które udostępnia ono podmiotom zamierzającym zajmować się handlem równoległym, musi być moim zdaniem oceniona w świetle tych obowiązków.

88. Ostatecznie, jak omówię to poniżej, fakt, iż państwa członkowskie przyjęły zdecydowanie różne poziomy cen produktów farmaceutycznych na swoich obszarach i są głównymi nabywcami produktów farmaceutycznych, podaje w wątpliwość pogląd, że w rzeczywistości z handlu równoległego korzystają nabywcy.

Ekonomiczna strona innowacyjnego przemysłu farmaceutycznego

89. Moim zdaniem, istotne jest również rozważenie niektórych czynników ekonomicznych, które wpływają na politykę handlową przedsiębiorstw farmaceutycznych. Innowacyjność stanowi ważny parametr konkurencji w sektorze farmaceutycznym⁴⁶. Zwykle w zakresie badań i rozwoju nowych produktów farmaceutycznych niezbędne są poważne inwestycje⁴⁷. Wytworzenie produktu farmaceutycznego cechuje się zazwyczaj wysokimi kosztami stałymi (przeznaczonymi na badania i rozwój produktu) i stosunkowo niskimi kosztami zmiennymi (aby wytworzyć produkt już opracowany)⁴⁸. Decyzja o inwestowaniu w rozwój nowego produktu farmaceutycznego będzie oczywiście częściowo zależeć od tego, czy producent spodziewa się, że wypracuje wystarczający zysk zapewniający zwrot kosztów inwestycji. Poczynienie inwestycji oznacza jednak, iż koszt został już poniesiony. Z tego względu dla przedsiębiorstwa racjonalne jest dokonywanie dostaw własnych produktów na dowolny rynek, na którym cena jest ustalona powyżej kosztów zmiennych. Sam fakt, iż produkt znajduje się w obrocie na określonym rynku i po określonej cenie, nie oznacza, że przedsiębiorstwo farmaceutyczne byłoby w stanie odzyskać wszystkie koszty, gdyby cena ta obowiązywała w całej

46 — Decyzja Komisji z dnia 8 maja 2001 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 81 WE (Glaxo Wellcome) (Dz.U. L 302, str. 1, pkt 155).

47 — W raporcie przygotowanym dla Dyrekcji Generalnej Komisji Europejskiej ds. Przedsiębiorstw „Global Competitiveness in Pharmaceuticals — A European Perspective” A. Gambardella, L. Orsenigo i F. Pamolli stwierdzają na str. 38, iż „projekt badań i rozwoju dotyczący nowego leku może trwać od 8 do 12 lat i kosztować 350–650 milionów USD”.

48 — Zobacz powyższy raport, przypis 1 na str. 3, gdzie autorzy stwierdzają, że „w branży tej wytwarzanie nie jest aż tak ważne, jak badania i rozwój oraz wprowadzanie do obrotu, które pochłaniają większą część inwestycji”.

Wspólnocie. Można by to było sprawdzić, gdyby sąd krajowy był w stanie ustalić, czy cena uzyskana przez przedsiębiorstwo farmaceutyczne w konkretnym państwie członkowskim umożliwia mu pokrycie kosztów stałych i zmiennych oraz wypracowanie rozsądnego zysku.

90. Czynniki te rzucają nieco światła na ewentualne konsekwencje zakazu ograniczania dostaw przez farmaceutyczne przedsiębiorstwo dominujące, które czyni to z zamiarem ograniczenia handlu równoległego.

91. Oczywiście byłyby to zachęta dla takich przedsiębiorstw, aby nie wprowadzać na rynek produktów, które mogłyby im zapewnić pozycję dominującą w państwach członkowskich, w których ceny ustalone są na niskim poziomie. Jak wyżej wskazano, prawne i moralne obowiązki przedsiębiorstw mogłyby utrudnić im wycofanie produktów znajdujących się już w obrocie rynkowym w tych państwach. Bardziej prawdopodobne jest, że przedsiębiorstwa te będą opóźniać wprowadzenie nowych produktów w tych państwach. Zatem mogłoby to prowadzić do obniżenia w obrębie Wspólnoty poziomu produkcji i pogorszenia dobrobytu konsumentów, do którego przyczyniają się niektóre produkty farmaceutyczne.

92. Podobnie negocjacje w celu ustalenia cen w państwach członkowskich, w których ceny są niskie, niemal z pewnością stałyby się trudniejsze. Istniałaby znaczna presja, aby podnieść ceny w tych państwach, gdyby na skutek handlu równoległego miały one obowiązywać w całej Wspólnocie. Takie uzgodnione podwyżki cen prowadziłyby dodatkowo do obniżenia produkcji i pogorszenia dobrobytu konsumentów w państwach, w których do nich doszło. Co więcej, spowodowałyby one faktycznie redystrybucję zasobów od konsumentów w państwach członkowskich, w których są niskie ceny, na rzecz konsumentów w tych państwach członkowskich, w których ceny kształtują się na wysokim poziomie.

93. Gdyby państwa członkowskie, w których ceny kształtują się na niskim poziomie, były w stanie przeciwstawić się presji na rzecz podwyżki cen, a przedsiębiorstwa farmaceutyczne nie wycofywałyby produktów z rynku lub nie opóźniały ich wprowadzania na rynek, dochód generowany przez produkty, co do których stwierdzono istnienie pozycji dominującej, obniżyłby się. Biorąc pod uwagę niższe dochody, których takie przedsiębiorstwo mogłoby się spodziewać w okresie ochrony swoich patentów, motywacja dla przedsiębiorstw farmaceutycznych do inwestowania w badania i rozwój uległaby w tym zakresie zmniejszeniu.

94. Komisja sugeruje, że przedsiębiorstwa farmaceutyczne mają wybór, czy sprzedawać produkt po danej cenie, i jeżeli tak zdecydują, to założyć należy, że sprzedaż po tej cenie

jest opłacalna. Jak wyjaśniono powyżej⁴⁹, taki wniosek, moim zdaniem, idzie zbyt daleko. Przedsiębiorstwo może zaakceptować cenę w jednym państwie członkowskim, nawet jeśli nie pozwala mu ona na odzyskanie całych kosztów stałych związanych z rozwojem danego produktu farmaceutycznego, pod warunkiem że cena ta pokrywa zmienne koszty produkcji oraz że nie będzie ona obowiązywać na obszarze całej Wspólnoty, co uniemożliwiłoby mu osiąganie dochodów w innych państwach członkowskich.

95. W konsekwencji można sobie wyobrazić, że w sytuacji gdy nie mogą one negocjować podwyżki cen w państwach członkowskich, w których ceny ustalone są na niskim poziomie, dominujące przedsiębiorstwa farmaceutyczne zareagowałyby na obowiązek dostaw na rzecz podmiotów prowadzących handel równoległy na terenie danego państwa członkowskiego w ten sposób, że usunęłyby one istniejące produkty z rynku w tym państwie, gdyby były w stanie to zrobić, oraz opóźniałyby wprowadzanie nowych produktów w tym państwie. Zróżnicowanie cen zostałyby zastąpione większym rozdrobnieniem rynku, ze zróżnicowanym asortymentem produktów dostępnych w poszczególnych państwach członkowskich.

Skutki handlu równoległego dla konsumentów i nabywców w państwie członkowskim przywozu

96. Wreszcie uważam za istotne zbadanie wpływu, jaki ma handel równoległy na

konsumentów i nabywców w państwie członkowskim przywozu. Zwykle korzyści z handlu równoległego są odczuwalne przez tych, którzy są w stanie kupować produkty po niższych cenach na rynku, dla którego handel ten jest przeznaczony. Jednakże wydaje się, że szczególne cechy europejskiego przemysłu farmaceutycznego podważają istnienie takich korzyści.

97. Handel równoległy produktami farmaceutycznymi niekoniecznie skutkuje konkurencją cenową zauważalną dla ostatecznych konsumentów takich produktów. W wielu państwach członkowskich pacjenci płacą jedynie niewielką, zryczałtowaną kwotę ceny przepisanych im produktów farmaceutycznych. Reszta ceny nabycia produktu przypada na system państwowego ubezpieczenia zdrowotnego. Zatem w tych państwach handel równoległy nie przynosi konsumentom końcowym korzyści z produktów leczniczych sprzedawanych w ten sposób.

98. Również nie zawsze handel równoległy skutkuje konkurencją cenową na korzyść organów publicznych, które faktycznie nabywają sporne produkty, ani na korzyść podatników, którzy łożą na poczet tych funduszy. W niektórych państwach, na przykład, farmaceuci zostali upoważnieni do pobierania za produkty będące przedmiotem handlu równoległego ceny stosowanej do produktów wprowadzanych po raz pierwszy w danym państwie. W efekcie zróżnicowanie cen, które doprowadziło do handlu równoległego,

⁴⁹ — W pkt 89–93.

zostało całkowicie wchłonięte jako zysk przez uczestników łańcucha dystrybucji. W odpowiedzi niektóre takie państwa ustanowiły system zwrotu w celu odzyskania części zysku od farmaceutów. W komunikacie z 1998 r. Komisja uznała, że „jeżeli handel równoległy nie wywiera dynamicznego skutku na ceny, to powoduje on nieefektywność, ponieważ zysk finansowy przypada w większości, choć nie w całości, podmiotom zajmującym się handlem równoległym, a nie systemowi opieki zdrowotnej lub pacjentowi”⁵⁰.

99. W każdym razie, zważywszy, że organ publiczny nie tylko nabywa produkty farmaceutyczne, ale odgrywa również znaczącą rolę przy ustalaniu cen tych produktów, nie można przyjąć, że jedynym problemem nabywcy w państwie członkowskim, w którym ceny są wysokie, jest uzyskanie niższych cen. Gdyby państwo było zainteresowane niższymi cenami, można by od niego oczekiwać większego zaangażowania w ich bezpośrednie obniżenie. Konkurencja cenowa, która wynika z handlu równoległego, może zatem nie odpowiadać preferencjom nabywcy.

Wnioski co do możliwości obiektywnego uzasadnienia

100. W świetle wszystkich rozważonych powyżej czynników uważam, że odmowa

dostaw przez dominujące przedsiębiorstwo farmaceutyczne w celu ograniczenia handlu równoległego może zostać uzasadniona jako rozsądny i odpowiedni środek służący ochronie interesów handlowych tego przedsiębiorstwa. Taka odmowa nie chroni różnic cen, które wynikają z działań samego przedsiębiorstwa, ani też nie utrudnia bezpośrednio handlu, który hamowany jest raczej przez obowiązki nakładane przez państwa członkowskie, którym przyświeca dobro ogółu. Wymaganie od przedsiębiorstwa, by realizowało ono wszelkie otrzymane zamówienia przeznaczone na wywóz, nakładałoby na nie w wielu przypadkach nieproporcjonalne obciążenia, zważywszy na jego moralne i prawne obowiązki utrzymania dostaw we wszystkich państwach członkowskich. Uwzględniając szczególne cechy gospodarcze przemysłu farmaceutycznego, obowiązek dostaw niekoniecznie sprzyjałby swobodnemu przepływowi bądź konkurencji, i mógłby zniechęcać przedsiębiorstwa farmaceutyczne do podejmowania innowacyjnych działań. Co więcej, nie można zakładać, że handel równoległy faktycznie przynosi korzyści konsumentom końcowym produktów farmaceutycznych lub państwom członkowskim jako głównym nabywcom tych produktów.

101. Jednakże uważam, że wniosek, do którego tutaj doszedłem, odnosi się wyłącznie do przemysłu farmaceutycznego w jego aktualnym stanie, jak też do szczególnego typu zachowania będącego przedmiotem sporu w niniejszej sprawie.

50 — Komunikat Komisji dotyczący jednolitego rynku produktów farmaceutycznych, przywołany w przypisie 43, str. 4.

102. Uważam za wysoce nieprawdopodobne, aby jakikolwiek inny sektor wykazywał właściwości, które skłoniły mnie do wniosku, że odmowa dostaw w celu ograniczenia handlu równoległego może zostać uzasadniona w odniesieniu do produktów farmaceutycznych. Podobnie, gdyby ekonomiczny i prawny kontekst sektora farmaceutycznego w Europie uległ zmianie, mogłoby okazać się konieczne ponowne rozważenie, czy odmowa dostaw w państwie członkowskim, w którym są niskie ceny, ma rozsądny i proporcjonalny charakter.

103. Uważam również, że zachowanie dominującego przedsiębiorstwa farmaceutycznego, które w sposób bardziej oczywisty i bezpośredni dokonało podziału wspólnego

rynku, nie mogłoby zostać w podobny sposób obronione. Proporcjonalny charakter ograniczenia dostaw wywodzi się częściowo z tego, że ograniczenie przyczynia się w bardzo ograniczonym stopniu do podziału rynku w sektorze farmaceutycznym.

104. Wreszcie chciałbym zauważyć, że powyższa analiza nie wyklucza możliwości, iż odmowa dostaw przez dominujące przedsiębiorstwo farmaceutyczne stałaby w sprzeczności z utrwalonym orzecznictwem wspólnotowym w zakresie odmowy dostaw, gdyby miała ona negatywne skutki dla konkurencji, które wynikają nie tylko z ograniczenia handlu równoległego.

Wnioski

105. Z przyczyn wskazanych powyżej jestem zdania, że na pytania przedstawione Trybunałowi należy odpowiedzieć w następujący sposób:

- 1) Przedsiębiorstwo farmaceutyczne zajmujące dominującą pozycję niekoniecznie nadużywa tej pozycji, odmawiając realizacji w pełnym zakresie zamówień

złożonych mu przez hurtowników producentów farmaceutycznych tylko z uwagi na fakt, iż tym samym przedsiębiorstwo to zmierza do ograniczenia handlu równoległego.

- 2) Odmowa taka może zostać obiektywnie uzasadniona i tym samym nie stanowić nadużycia, jeżeli zróżnicowanie cen prowadzące do handlu równoległego jest wynikiem publicznej interwencji w państwie członkowskim wywozu w celu ustalenia tam cen na poziomie niższym niż ten obowiązujący w pozostałej części Wspólnoty, zważywszy na złożone okoliczności europejskiego sektora farmaceutycznego w jego aktualnym stanie rozwoju, a w szczególności:
 - powszechną i różnorodną interwencję państw w zakresie cen produktów farmaceutycznych, która powoduje zróżnicowanie cen pomiędzy państwami członkowskimi,
 - uregulowania wspólnotowe i krajowe dotyczące dystrybucji produktów farmaceutycznych, które nakładają na przedsiębiorstwa farmaceutyczne i hurtowników obowiązki, które różnią się w poszczególnych państwach członkowskich, w celu zapewnienia dostępności odpowiednich zapasów tych produktów,
 - potencjalne negatywne skutki handlu równoległego dla konkurencji, wspólnego rynku i zachęty do podejmowania innowacyjnych działań, zważywszy na ekonomiczne cechy przemysłu farmaceutycznego,
 - fakt, iż konsumenci końcowi produktów farmaceutycznych nie we wszystkich przypadkach mogą czerpać korzyści z handlu równoległego oraz że nie można uznać, że organy publiczne w państwach członkowskich — jako główni nabywcy takich produktów — czerpią korzyści z niższych cen, zważywszy, że one same są odpowiedzialne za ustalanie cen na swoich obszarach.