

F. G. JACOBS

FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA

Az ismertetés napja: 2004. október 28.¹

1. A jelen ügyben a görög versenybizottság (Epitropi Antagonismou) (a továbbiakban a Versenybizottság) előzetes döntéshozatal iránti kérelmet terjesztett a Bíróság elé arra vonatkozóan, hogy egy erőfölényben lévő gyógyszeripari vállalkozás megtagadhatja-e, illetve milyen esetben tagadhatja meg a nagykereskedők által leadott teljes rendelés teljesítését a termékei vonatkozásában folyó párhuzamos kereskedelem korlátozása érdekében.

2. Ugyanakkor, elsőként a kérelem elfogadhatóságáról kell dönten, amely attól függ, hogy a Görög Versenybizottság az EK 234. cikk szerinti bíróságnak minősül-e, és így jogosult-e előzetes döntéshozatali iránti kérelmet terjeszteni a Bíróság elé.

A nemzeti eljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések

3. Az alapeljárás panaszosai görög gyógyszer-nagykereskedők. Az eljárás alá vont ügyletek a Glaxosmithkline PLC és leány-

vállalata, a Glaxosmithkline Aeve (korábbi nevén a Glaxowellcome) (a továbbiakban együttesen: a GSK), amely az anyavállalat termékeit importálja és forgalmazza Görögországban.

4. Az alapeljárás tárgyát három, a GSK szellemi tulajdonát képező és által gyártott törzskönyvezett gyógyszerkészítmény, az Imigran, a Lamictal és a Serevent képezi (a továbbiakban: az érintett termékek).

5. 2000 novemberéig a GSK teljes egészében teljesítette az érintett termékek vonatkozásában a panaszosoktól és más gyógyszer-nagykereskedőktől kapott rendeléseket. A nagykereskedők a rendelt mennyiség nagy részét az Európai Unió más tagállamaiba exportálták, ahol a gyógyszerek ára jóval magasabb.

6. 2000 november elejétől kezdődően azonban a GSK nem teljesítette a nagykereskedők rendeléseit, és kijelentette, hogy közvetlenül a kórházaknak és a gyógyszertáraknak fog szállítani. Arra hivatkozott, hogy a termékek

¹ — Az eredeti nyelv: angol.

nagykereskedők általi exportja következtében a görög piacon jelentős hiány keletkezett. A későbbiekben újra szállított a nagykereskedők részére, de megtagadta a teljes rendelőmennyiség teljesítését.

7. A teljesítés megtagadása képezte a Versenybizottság előtti eljárás tárgyát, úgy a panaszosok által tett bejelentések, mint a GKS által a fenti forgalmazási gyakorlat vonatkozásában nemleges megállapítás iránt benyújtott kérelem következtében.

8. 2001 augusztusában a Versenybizottság ideiglenes intézkedésként kötelezte a GSK görög leányvállalatát arra, hogy teljes egészében teljesítse a rendeléseket, amelyet az meg is tett az anyavállalat által a rendelkezésre bocsátott készlet erejéig. A leszállított mennyiség meghaladta a hazai piac keresletét, de nem volt elegendő a nagykereskedők által leadott nagyobb mennyiségű rendelések teljesítésére.

9. A szóbeli meghallgatást követően, ahol az érdekelt felek szóban ismertették az álláspontjukat és válaszoltak a feltett kérdésekre, a Versenybizottság 2003. január 22-i döntésében felfüggesztette az eljárást, és számos előzetes döntéshozatali kérdést terjesztett a Bíróság elé.

10. Az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban a Versenybizottság megjegyzi, hogy az Európai Unió minden tagállama beavatkozik a piacon a gyógyszerek árának rögzítése érdekében. Az így rögzített árak tagállamonként változóak, de általánosságban az Európai Unión belül Görögországban a legalacsonyabb a gyógyszerárak szintje.

11. A Versenybizottság eljárása azon a feltetelezésen alapul, hogy a GSK legalább egy termék, a Lamictal vonatkozásában az EK 82. cikk szerinti erőfölénnyel rendelkezik. Ugyanakkor bizonytalan, hogy a fent idézett rendelkezés szerinti erőfölénnyel való visszaélésnek minősül-e az a tény, hogy a GSK megtagadta a nagykereskedők által leadott teljes rendelésállomány teljesítését.

12. Elismeri, hogy az EK 81. cikk súlyos megsértésének minősül minden, a tagállamok közötti kereskedelmet korlátozó vállalkozások közötti megállapodás vagy összehangolt magatartás — kivéve a *de minimis* szabály alá tartozó megállapodást és összehangolt magatartást —, amelyeket versenytorzítónak kell tekinteni, anélkül hogy azoknak a piacra kifejtett tényleges hatását vizsgálni kellene. A fentiek alapján arra lehetne következtetni, hogy *per se* az erőfölénnyel való visszaélésnek minősül bármely olyan, az erőfölényben lévő vállalkozás által folytatott üzletpolitika, amelynek célja az export korlátozása.

13. A Versenybizottság ugyanakkor azt is megjegyzi, hogy a korlátozás nélküli párhuzamos kereskedelem erősen alááshatja a gyógyszergyártók gazdasági és szervezeti érdekeit azzal, hogy annak következtében csökken a bevételük, és a párhuzamos kereskedelem célországaiiban a gyógyszergyártók szervezeti rendszerében zavar keletkezik. Továbbá a párhuzamos kereskedelem előnyét főként az abban részt vevő vállalatok, és nem az ekképpen forgalmazott termékek végső fogyasztói élvezik. Mindenesetre, a legtöbb gyógyszer tekintetében a legnagyobb fogyasztók az államilag szervezett egészségbiztosítás rendszerén keresztül maguk a tagállamok, és ha kevesebbet akarnának fizetni a termékekért, ennek megfelelően határoznák meg a nemzeti piacukon irányadó árat.

14. A Versenybizottság ezért azt a kérdést vetette fel, hogy egy erőfölényben lévő gyógyszergyártó igazolhatja-e egy bizonyos nemzeti piacon a kereslet annak érdekében történő korlátozását, hogy az üzleti érdekeit a párhuzamos kereskedelem megszorításával megvédje, és amennyiben igen, milyen tényezőket kell mérlegelni annak eldöntése érdekében, hogy adott esetben az igazolás elfogadható-e.

15. A fentiekre tekintettel, a Versenybizottság előzetes döntéshozatal céljából az alábbi kérdéseket terjeszti a Bíróság elé:

„1. Abban az esetben, ha egy erőfölényben lévő vállalkozás az export korlátozása, és

így a párhuzamos kereskedelem által okozott kár mérsékelése érdekében megtagadja a gyógyszer-nagykereskedők által leadott teljes rendelésmennyiség teljesítését, a teljesítés megtagadása *per se* erőfölénnyel való visszaélésnek minősül-e az EK 82. cikk értelmében? A fenti kérdésre adott választ befolyásolja-e az a tény, hogy a párhuzamos kereskedelem különösen nagy haszonnal jár a gyógyszer-nagykereskedők részére, az állami beavatkozás következtében az Európai Unió különböző tagállamainak területe közötti árkülönbségekből adódóan, másképpen fogalmazva az a tény, hogy a gyógyszerpiac nem tekinthető működő versenypiacnak, hanem egy nagy részben állami beavatkozás által meghatározott rendszerről van szó? Végső soron köteles-e a nemzeti versenyhatóság a közösségi versenyszabályokat ugyanolyan módon alkalmazni működő versenypiacok, illetve olyan piacok esetében, ahol a verseny az állami beavatkozás folytán torzul?

2. Amennyiben a Bíróság úgy dönt, hogy a fentiekben kifejtett indokok alapján a párhuzamos kereskedelemnek az erőfölényben lévő vállalkozás általi korlátozása nem minden esetben minősül az erőfölénnyel való visszaélésnek, hogyan lehet az esetleges visszaélést megállapítani?

Különösen:

2.3. Milyen más szempontok és megközelítési módok megfelelőek a jelen esetben?”

2.1. Megfelelő szempont-e a vizsgálathoz az a százalékos arány, amellyel a rendes hazai fogyasztást meghaladják a rendelések, illetve az erőfőlényben lévő vállalkozás által elszenvedett kár aránya a teljes bevételhez és a teljes nyereséghez képest? Amennyiben igen, hogyan kell a fenti százalékos arány és az elszenvedett kár (az utóbbi a bevétel és a teljes nyereség aránya) azon mértékét meghatározni, amely felett a vizsgált gyakorlat már visszaélésnek minősül?

2.2. Az érdekek kiegyensúlyozására törekvő megközelítés megfelelő-e, és amennyiben igen, melyek az összehasonlítható érdekek? Különösen: a) befolyásolja-e a választ az a tény, hogy a végső fogyasztó/beteg csak csekély mértékben részesül a párhuzamos kereskedelem anyagi előnyeiből; és b) figyelembe kell-e venni, és ha igen, milyen mértékben, a társadalombiztosítási szervezeteknek gyógyszerkészítmények alacsonyabb ára vonatkozásában fennálló érdekeit?

16. A panaszosok részéről négy írásbeli észrevétel érkezett: egy a Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) és tizenöt társa (a továbbiakban: az elsőrendű panaszosok), egy másik a Panellinios Syllogos Farmakapothikarion, K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton, Ionas Stroumsas EPE és Farmakapothiki Pharma Group Mes-sinias A. E. (a továbbiakban: a másodrendű panaszosok), a harmadik Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia (a továbbiakban: a harmadrendű panaszosok); és az utolsó az Interfarm — A. Aggelakou & Sia O. E. és harminckilenc társa (a továbbiakban: a negyedrendű panaszosok) részéről. Írásbeli észrevételt nyújtott be továbbá a GKS, a Bizottság és a svéd kormány. A svéd kormány kivételével az összes érdekelt fél jelen volt és szóbeli előadást tett a tárgyaláson.

Elfogadhatóság

17. Az EK 234. cikk második bekezdése alapján kizárólag egy „tagállam bírósága” jogosult előzetes döntéshozatal iránti kérelemmel fordulni a Bírósághoz. A Bíróság ítélkezési gyakorlatából egyértelmű, hogy a „bíróság” fogalma közösségi jogi fogalom.

18. A Bíróság ítélkezési gyakorlata számos kritériumot határozott meg annak megállapítására, hogy egy adott testület bíróságnak minősül-e a 234. cikk értelmében; például, hogy jogszabály hozta-e létre, állandó-e, jogszabályokat alkalmaz-e, kötelező-e az eljárása, független-e, az eljárása kontradiktórius-e², és hogy a végső döntése bírói jellegű-e³.

19. A Versenybizottság a saját álláspontja szerint teljesíti a fenti kritériumokat. A Bizottság és a GSK ezzel egyetértenek. A másodrendű és negyedrendű panaszosok írásbeli észrevételükben vitatták a kérelem elfogadhatóságát. A tárgyaláson a másodrendű panaszos megváltoztatta az álláspontját, és elismerte, hogy a Versenybizottság

jogosult előzetes döntéshozatal iránti kérelem előterjesztésére az EK 234. cikk alapján. A svéd kormány nem nyújtott be észrevételt az elfogadhatóság kérdésében.

20. Álláspontom szerint, az előzetes döntéshozatal iránti kérelemben előadottak alapján, a Versenybizottság egyértelműen teljesíti a Bíróság által a múltban arra vonatkozóan meghatározott feltételek többségét, hogy egy adott testület milyen esetben minősül bíróságnak. A Versenybizottságot állandó testületként a monopóliumok és oligopóliumok ellenőrzéséről és a verseny védelméről szóló 703/77. sz. törvény (a továbbiakban a 703/77. sz. törvény) 8. cikke hozta létre mint az abban lefektetett szabályok kikényszerítéséért felelős szervet. Döntéseit a hazai és a közösségi versenyszabályok alkalmazásával hozza. Kizárólagos hatásköre van a 703/77. sz. törvényben meghatározott joghátrányok alkalmazására. Az eljárása kötelező.

21. A fentiekben meghatározott tényezők, jóllehet szükségesek bármely bírói szervezet esetében, egyaránt vonatkoznak bármely közigazgatási hatósági szervre. Sokkal inkább bíróságra jellemző tényező a Versenybizottság által tartott tárgyalás, amelyen mind a panaszosok, mind az eljárás alá vont ügyfél képviseltethetik magukat, és amelynek során

2 — Lásd különösen a C-54/96. sz., Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft-ügyben 1997. szeptember 17-én hozott ítélet (EBHT 1997., I-4961. o.) 23. pontját és az ott hivatkozott jogeseteket, a C-110/98–C-147/98. sz., Gabalfria és társai egyesített ügyekben 2000. március 21-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-1577. o.) 33. pontját, valamint a C-516/99. sz., Schmid-ügyben 2002. május 30-án hozott ítélet (EBHT 2002., I-4573. o.) 34. pontját.

3 — Lásd a Bíróságnak a 138/80. sz., Borker-ügyben 1980. június 18-án hozott végzése (EBHT 1980., 1975. o.) 4. pontját, valamint a C-111/94. sz., Job Centre-ügyben 1995. október 19-én hozott ítélet (EBHT 1995., I-3361. o.) 9. pontját és a C-182/00. sz., Lutz és társai ügyben 2002. január 15-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-547. o.) 15. és 16. pontját.

az általános bírósági tárgyalásokra jellemző eljárási jogokkal rendelkeznek. A fenti biztosítékok alátámasztják a Versenybizottság döntéshozatali eljárásának kontradiktórius jellegét.

előírja, hogy tagjai „személyi és szervezeti függetlenséget élveznek”, és a „kötelezettségeik ellátása során kizárólag a törvény és személyes meggyőződésük alapján járnak el”. A Versenybizottság előadása szerint, a tagjainak függetlenségét az is biztosítja, hogy azok nem folytathatnak olyan szakmai tevékenységet, amely az előttük folyó ügyekkel kapcsolatos.

22. A Versenybizottság eddigiek során feltárt jellemzői ellenére, véleményem szerint további vizsgálatot igényel az, hogy annak szervezete és összetétele mennyiben van összhangban a bíróságok szervezetével és összetételével, különös tekintettel a bíróságok egyik lényegi elemét, a függetlenséget biztosító szervezeti biztosítékokra.

23. Az előzetes döntéshozatali kérelemből megállapítható, hogy a Versenybizottság kilenc tagból áll, akiket a gazdasági miniszter nevez ki három évre. Négy tagot a miniszter választ ki a kereskedelmi és ipari testületek által előterjesztett háromtagú listákról. A további tagok: az állami jogi szolgálat egy tagja vagy egy magas rangú bíró, két akadémikus, egy jogász és egy közgazdász, valamint két köztisztviselőnek örvendő és megfelelő tapasztalattal rendelkező személy. A Versenybizottság elnökét a miniszter választja ki a tagok közül.

25. A Versenybizottsághoz tartozik egy titkárság, amelynek az a feladata, hogy kivizsgálja a Versenybizottság előtt folyó ügyeket, valamint írásbeli javaslatot tegyen azok megoldására. Az előzetes döntéshozatalra utaló végzés szerint, felettesként a Versenybizottság elnöke koordinálja és irányítja a titkárság munkáját, és gyakorolja a fegyelmi jogkört. A Versenybizottság ugyanakkor azt állítja, hogy a titkárság önállóan működik, és rámutat arra, hogy sem az elnökek, sem a Versenybizottság többi tagjának nincs befolyása a titkárság által előterjesztett javaslatokra.

26. A Versenybizottság fentiekben leírt felépítésével és összetételével kapcsolatosan két körülmény tekintetében merül fel kétségem. Először, véleményem szerint annak mérlegelésekor, hogy egy bizonyos testület bíróságnak minősül-e, jelentősége van annak, hogy a tagok közül hány jogász vagy bíró. Az előzetes döntéshozatalra utaló végzés alapján a görög Versenybizottság esetében elegendő, ha a kilenc tagból kettő jogász: egyikük elméleti jogász, míg a másik vagy az Állami

24. A 703/77. sz. törvény 8. cikkének (1) bekezdése kifejezetten kimondja, hogy a Versenybizottság „független hatóság”, és

Jogi Szolgálat tagja (függetlenül attól, hogy aktív tagja-e, vagy sem), vagy egy polgári vagy közigazgatási bíró. A szabály nem tartalmaz arra nézve garanciát, hogy az elnök jogi végzettséggel rendelkezik. Nézetem szerint, az a körülmény, hogy a Versenybizottság tagjai közül csak korlátozott számú tagnál követelmény az, hogy jogász legyen, kétségbe vonja azt, hogy a Versenybizottságot bíróságnak lehet-e tekinteni.

27. Másrészről, ami a Versenybizottság függetlenségét illeti, fenntartásaim vannak a Versenybizottság és a titkársága közti szervezeti kapcsolatokkal szemben, amelyeket a fentiekben vázoltam fel⁴.

28. A Bíróságnak a *Gabalfrisa*-ügyben⁵ hozott ítélete alapján nyilvánvaló, hogy a bírói függetlenség alappillére a bírói és a közigazgatási szerv közötti szervezeti elkülönülés. Abban az esetben a Bíróság egy adózással kapcsolatos panaszokat elbíráló regionális testület előzetes döntéshozatal iránti kérelmét befogadta azon az alapon, hogy elkülönült funkciója volt a Nemzeti Adóigazgatási Hivatal azon osztályainak funkciójától, amely a panaszok tárgyát képező döntéseket hozta⁶. A jelen esetben a *Gabalfrisa*-ügyben kialakított szabály alapján

elfogadható, hogy a Versenybizottság és a titkárság funkciói elkülönültek, feltéve hogy a 703/77. sz. törvény állítólagos megsértésének a titkárság általi vizsgálata elkülönül a Versenybizottság bírói feladatától.

29. A fenti probléma véleményem szerint szorosan kapcsolódik ahhoz a kérdéshez, hogy a Versenybizottság eljárása kontradiktórius eljárásnak tekinthető-e. Csak abban az esetben tekinthető a titkárság az eljárás alá vont ügyféltől és a bíróként eljáró Versenybizottságtól független harmadik félnek, ha a titkárság megfelelő mértékben elkülönül a Versenybizottságtól.

30. Jóllehet az előzetes döntéshozatalra utaló végzés rámutat arra, hogy az elnök a gyakorlatban nem befolyásolja a titkárság által végzett vizsgálatot, nyilvánvalóan van némi hatásköre a titkárság felett. Nincsen arra vonatkozó adat, hogy lennének olyan szabályok vagy garanciák, amelyek biztosítanák a titkárságnak a vizsgálat tekintetében való függetlenségét.

31. A fent említett két körülmény fényében, álláspontom szerint a görög Versenybizottság státusza nehezen meghatározható. Nézetem szerint a Versenybizottság egy bírói

4 — 25. pont.

5 — A fent hivatkozott 2. lábjegyzet.

6 — Az ítélet 39. és 40. pontja.

testület és egy bírói jellegzetességekkel is rendelkező közigazgatási szerv közötti határvonalon helyezkedik el.

32. Összességében ugyanakkor az a véleményem, hogy elegendő bíróságra utaló jellegzetességgel rendelkezik ahhoz, hogy az EK 234. cikke szerinti bíróságnak tekintsük.

33. A testület jogi szakértelme tekintetében meg kell jegyezni, hogy a két, kifejezetten jogászok számára fennálló posztjon kívül két további tagnak a nemzeti és a Közösségi gazdasági jog és versenypolitika területén elismert szaktekintélynek kell lennie. A testület képviselői, az előzetes döntéshozatalra utaló végzés szerint, szintén a versenyjog területén jártas és szakértelemmel bíró személyek. Figyelembe véve továbbá azt, hogy a Versenybizottság tagjai kötelesek jogszerűen ellátni a feladatukat, az az álláspontom, hogy a jogászok, illetve bírák számára nyitva álló posztok korlátozott száma nem zárja ki azt, hogy a Versenybizottság bírói testületnek minősüljön. Egyebekben ésszerű, hogy egy a versenyjoghhoz hasonló komplex szakterületen működő bírói testületben, ahol a jogászok mellett szükség van közigazgatási és kereskedelmi szakértelemre is, kisebb legyen a tisztán jogászai képesítéssel rendelkező tagok aránya.

34. A Versenybizottság és a titkársága között lévő szervezeti kapcsolatok vonatkozásában az a véleményem, hogy azok nem tűnnek olyan meghatározónak, hogy ellensúlyozzák a Versenybizottság bírói státusza mellett szóló érveket. Először, nem tartom valószínűnek, hogy a titkárság feletti fegyelmi jogkör elnök általi gyakorlása bármely vizsgálat lefolytatását befolyásolná. Másodszor, ha nem is fogadnánk el a fenti feltételezést, a vizsgálat folyamán fennálló szervezeti függetlenség megsértésének veszélyét kellően ellensúlyozza a Versenybizottság előtt tartott meghallgatás, amely megfelelő lehetőséget nyújt a résztvevő feleknek arra, hogy előadják a saját álláspontjukat, és ezzel biztosítsák azt, hogy végső soron igazságos döntés szülessen.

35. Megjegyzem, hogy a Bíróság korábban már elfogadhatónak talált egy versenyhatóságot, nevezetesen a spanyol Tribunal de Defensa de la Competencia⁷ által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelmet. A fenti testület számos, a görög Versenybizottsághoz hasonlatos jellegzetességgel rendelkezett. A Tribunal de Defensa de la Competencia szintén egy jogszabály által létrehozott állandó testület, amelynek feladata a versenyjog alkalmazása peres eljárás keretében. A Tribunal de Defensa de la Competencia előtti eljárásra szintén egy önálló testület által készített jelentést követően kerül sor⁸.

7 — A C-67/91. sz., Asociación Española de Banca Privada és társai ügyben 1992. július 16-án hozott ítélet (EBHT 1992., I-4785. o.).

8 — A külön vizsgálótestület által benyújtott javaslattal kapcsolatos eljárás a tárgyalás jegyzőkönyvének 4790. oldalán olvasható.

36. A másod- és negyedrendű panaszosok beadványában nem talállok egyetlen olyan tény sem, amely az előzetes döntéshozatal iránti kérelem elfogadhatóságával kapcsolatosan további kételyt támasztana.
37. A fenti panaszosok először megjegyzik, hogy annak ellenére, hogy a 703/77. sz. törvény 8. cikkének (1) bekezdése kifejezetten utal a függetlenségére, a Versenybizottság nem tartozik a közé az öt független testület közé, amelyeket a görög alkotmány kifejezetten nevesít annak 2001-es módosítása óta. Következésképpen a Versenybizottság nem rendelkezik azokkal az alkotmányos garanciákkal, melyeket a fenti testületek élveznek. A tagokat nem az alkotmányban meghatározott különleges eljárással választják. Az eljárási szabályait nem jogszabály, hanem egy miniszterek által hozott közös határozat állapítja meg.
38. Másodszor, előadják, hogy a Versenybizottság jelenleg hatályos eljárási szabályzata nincs összhangban a peres eljárás alapelveivel, mert nem teszi lehetővé az érdekelt felek számára a beavatkozást a Versenybizottság előtt.
39. Harmadszor, a panaszosok azt állítják, hogy a Versenybizottság nem a bejelentéssel kapcsolatban az irányadó jogszabály által meghatározott hat hónapos eljárási határidőn belül járt el.
40. Álláspontom szerint a fenti érvek nem meggyőzőek. Az a tény, hogy a görög alkotmányjog alapján a görög Versenybizottság nem számít független szervnek, nem mond ellent annak, hogy a vonatkozó jogszabály megerősíti a független státuszát, illetve hogy a gyakorlatban garanciák biztosítják a függetlenségét.
41. Továbbá úgy tűnik számomra, hogy esetenként változó az, hogy a bírói testületek milyen mértékben engedélyezik érdekelt harmadik felek beavatkozását az eljárásba, anélkül hogy ettől elvesztenék bírói státuszukat. Mindenesetre úgy tűnik, hogy a panaszosok megfelelően részt vehettek a Versenybizottság előtt folyó alapeljárásban azzal, hogy panaszukat bejelentésként nyújtották be.
42. Végül, az ügy tárgyalásával kapcsolatos késelelem — meglátásom szerint — semmiképpen nem kérdőjelezi meg az eljáró testület bírói státuszát, bár nyilvánvalóan alááshatja az igazságszolgáltatás minőségét.
43. A fentiekben kifejezetten a görög Versenybizottság által benyújtott előzetes dön-

téshozatal iránti kérelem elfogadhatóságát vizsgáltam a végzésben előadott tények alapján. Hasznos lehet ugyanakkor a kérelem elfogadhatóságát a versenyjog alkalmazása és különösen az 1/2003/EK rendelet nézőpontjából megvizsgálni, amely 2004. május 1-jétől bevezette a közösségi versenyjog alkalmazásának decentralizált rendszerét⁹.

44. Először, érdemes megjegyezni, hogy az 1/2003/EK rendelet elismeri annak lehetőségét, hogy egy tagállam versenyhatósággént kijelölhet bírósági jellegzetességekkel rendelkező közigazgatási szervet¹⁰, és tartalmaz az ilyen szervek függetlenségére vonatkozó rendelkezéseket¹¹.

45. Másodsorban, nézetem szerint számos gyakorlati érv hozható fel az ilyen testületek által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelmek elfogadhatósága mellett. A gazdaságosság figyelembe vételével kedvezőnek tűnik az a megoldás, hogy a kérelem az eljárás minél korábbi szakaszában benyújtható legyen, és ezzel elkerülhető legyen az, hogy az eljárást felülvizsgálati bíróság elé kelljen utalni azért, hogy az előzetes döntéshozatal iránti kérelem benyújtható legyen. Amellett is felhozhatók érvek, hogy egy szakosodott, bírói jellegzetességekkel rendelkező versenyhatóság kedvezőbb helyzetben van a releváns közösségi jogi kérdések

azonosítására, mint az általa hozott határozatok felülvizsgálata során eljáró általános hatáskörű bíróság. A közösségi versenyjog decentralizálása után a közösségi versenyjog egységességének biztosítása lehetne az, ha az előzetes döntéshozatali kérelem benyújtása lehetővé válna a bírói jellegzetességekkel rendelkező versenyhatóságok számára. Továbbá, világossá vált, hogy a nemzeti versenyhatóságok jogosultak és kötelesek megtagadni olyan nemzeti jogszabály alkalmazását, amely az EK 81. cikk (1) bekezdésével ellentétes gyakorlatot ír vagy segít elő, különös tekintettel az árak rögzítését vagy a piac felosztását célzó megállapodásokra¹². Ez a lehetőség tág értelmezést kíván a versenyhatóságoktól érkező kérelmek elfogadhatóságával kapcsolatosan, annak érdekében, hogy a közösségi jogszabályokkal kapcsolatos bizonytalanságokat a nemzeti jogszabály alkalmazásának megtagadása előtt tisztázni lehessen.

46. Álláspontom szerint, a fenti gyakorlati megfontolások alátámasztják a korábbi következtetésemet, mely szerint a jelen kérelmet megengedhetőnek kell tekinteni. Ennek megfelelően a továbbiakban megvizsgálom a görög Versenyhatóság által felvetett anyagi jogi kérdéseket.

9 — A Szerződés 81. és 82. cikkében meghatározott verseny szabályok végrehajtásáról szóló, 2002. december 16-i 1/2003/EK tanácsi rendelet (HL L 1., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 2. kötet, 205. o.)

10 — 35. cikk és (35) preambulumbekkezdés.

11 — Lásd különösen a 35. cikk (4) bekezdését.

12 — A C-198/01. sz., CIF-ügyben 2003. szeptember 9-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-8055. o.).

Az ügy érdeme

47. Előrebocsátom, hogy a Bírósághoz beterjesztett beadványok egy része a piac meghatározásával és az erőfölény kérdésével foglalkozik. Ugyanakkor, az előzetes döntéshozatal iránti kérelemben feltett kérdések azon a feltételezésen alapulnak, hogy az érintett piacokon erőfölény van. A Versenybizottság az érintett termékek közül a Lamictal esetében megállapította az erőfölény tényét, és nem kérte a Bíróság iránymutatását sem a piac meghatározásával, sem az erőfölény értékelésével kapcsolatosan. Ennek megfelelően, a jelen indítványban kizárólag a Versenybizottság által ténylegesen felvetett, az EK 82. cikk szerinti erőfölénnyel való visszaélés kérdését tárgyalom.

48. Ebben a tekintetben a Versenybizottság először azt kérdezi, hogy a 82. cikk értelmében minden esetben erőfölénnyel való visszaélésnek kell-e azt minősíteni, hogy egy erőfölényben lévő gyógyszergyártó megtagadja a gyógyszer-nagykereskedők által leadott rendelések teljes egészében történő teljesítését az exporttevékenységük korlátozása érdekében. Másodszor, nemleges válasz esetén a Versenybizottság arra keres választ, hogy milyen tényezők határozzák meg azt, hogy egy adott vállalkozás elmarasztalható-e az erőfölénnyel való visszaéléstől.

49. Az Európai Bizottság előadja, hogy a kínálat korlátozása visszaélésnek minősül, kivéve ha azt az erőfölényben lévő vállalkozás egy megfelelő és kellőképpen nyomós objektív igazolással ki tudja menteni. A Bizottság szerint a görög Versenybizottság által felvetett tényezők nem szolgálhatnak ilyen igazolásként.

50. Az Európai Bizottság részben a szóban forgó magatartás versenyellenes jellegével támasztja alá a következtetését. Egy erőfölényben lévő vállalkozás visszaél a helyzetével, ha megtagadja az áruinak értékesítését vagy szolgáltatásainak nyújtását azzal a céllal, hogy egy bizonyos piacon korlátozza tényleges vagy potenciális versenytársainak a jelenlétét, vagy kizárja őket az adott piacról, illetve a saját pozícióját megerősítse. Figyelemmel arra, hogy rendszerint egy gyártó azért korlátozza a kínálatot a párhuzamos kereskedelem megszorítása érdekében, hogy ezzel az importpiacon a márkán belüli versenyt korlátozza, az ilyen magatartás általában erőfölénnyel való visszaélésnek minősül. Másrészt, a Bizottság arra hivatkozik, hogy a kérdéses magatartás célja a piac felosztása. A Bíróság következetesen úgy értelmezte az EK 81. és 82. cikket, hogy azok tiltják a piac felosztására irányuló magatartást.

51. A panaszosok és a svéd kormány lényegében egyetértenek a Bizottsággal.

52. A GSK előadja, hogy a kínálatnak az erőfölényben lévő gyógyszergyár általi, a párhuzamos kereskedelem megszorítása céljából történő korlátozása nem valósít meg visszaélést az EK 82. cikke értelmében. Az ilyen korlátozás nem tartozik azon kivételes körülmények közé, amelyek fennállása esetén a teljesítés megtagadása visszaélésnek minősül. Amennyiben az európai gyógyszerpiacon uralkodó különleges körülményekre tekintettel, a megfelelő gazdasági összefüggésben és a szabályozási hátteret figyelembe véve kerül értékelésre a vizsgált magatartás, a fenti korlátozás nem tekinthető visszaélésnek, hanem az érintett vállalkozás által a jogos üzleti érdekeinek védelmében tett arányos lépésnek minősül.

A vizsgált magatartás per se visszaélésnek minősül-e?

53. Ami a feltett kérdés első részét illeti, számomra helyesnek tűnik az a — mind a Bizottság, mind a GSK által előadott — nézet, hogy egy erőfölényben lévő gyógyszeripari vállalkozás nem feltétlenül él vissza az erőfölényével abban az esetben, ha megtagadja a gyógyszer-nagykereskedők által leadott rendelések teljesítését a teljes mennyiség tekintetében, még abban az esetben sem, ha ezzel a párhuzamos kereskedelem korlátozása a célja. A fenti következtetés — álláspontom szerint — egyértelműen követi a Bíróság ítélkezési gyakorlatát az EK 82. cikk szerint a teljesítés megtagadása vonatkozásában. Az ítélkezési gyakorlat alapján, amint azt az alábbi, szükségszerűen

részletes áttekintés bizonyítja, a 82. cikk alapján csak a tényállás és a gazdasági háttér részletes vizsgálatát követően lehet az üzleti kapcsolat létrehozására vonatkozó kötelezettséget megállapítani, és abban az esetben is csak korlátozott körben.

54. A *Commercial Solvents*-ügyben¹³ nyert először megerősítést az, hogy egy erőfölényben lévő vállalkozás bizonyos körülmények között köteles a meglévő üzletfelei részére szállítani. Abban az esetben a *Commercial Solvents* megtagadta egy harmadik fél, a Zoja megrendeléseinek a jövőbeli teljesítését egy olyan nyersanyag tekintetében, amely a Zoja által gyártott termék előállításához alapvető volt, és amelyet csak a *Commercial Solvents*-től tudott beszerezni. A *Commercial Solvents* azért tagadta meg a teljesítést, mert be kívánt lépni a Zoja versenytársaként a származékos termék piacára. A Bíróság döntése szerint egy, a nyersanyag piacán erőfölényben lévő vállalkozás, amely a nyersanyagot az abból származó termék előállítására céljából teljes egészében megtartja, és megtagadja a nyersanyag értékesítését egy olyan üzletfele részére, aki maga is a származékos termék előállítója, visszaél az erőfölényével, de csak abban az esetben, ha ezáltal fennáll a veszélye annak, hogy „az érintett versenytárs által támasztott versenyt teljes egészében megszünteti”¹⁴.

55. A *United Brands*-ügyben¹⁵ egy, a banán-termesztési piacon erőfölényben lévő vállal-

13 — A C-6/73. sz., Istituto Chemioterapico Italiano és Commercial Solvents kontra Bizottság ügyben 1974. március 6-án hozott ítélet (EBHT 1974., 223. o.)

14 — Az ítélet 25. pontja.

15 — A 27/76. sz., United Brands-ügyben 1978. február 14-én hozott ítélet (EBHT 1978., 207. o.).

kozás (a UBC), amely a termékét a Chiquita márkanév alatt forgalmazta, megtagadta az értékesítést egy érlelő/forglamazó részére, amikor az a közte és az erőfölényben lévő vállalkozás között felmerült vitát követően egy versenytárs termelő banánját előnyben részesítette, és kevesebb gondot fordított a UBC által termelt banán érlelésére. A Bíróság álláspontja szerint „a kezdetektől fontos annak leszögezése, hogy egy bizonyos, a fogyasztók számára ismert és általuk kedvelt márkanév jó hírnevét élvező termék forgalmazásának a piacon erőfölényben lévő vállalkozás nem tagadhatja meg az értékesítést egy vele folyamatos üzleti kapcsolatban lévő üzletfele számára, aki a kereskedelmi gyakorlat szabályai szerint jár el, feltéve hogy az érintett vásárló által leadott rendelések semmilyen szempontból nem tekinthetők rendkívülinek”¹⁶.

56. A Bíróság a fenti magatartást az EK 82. cikkel összeegyeztethetetlennek találta, tekintettel arra, hogy „az értékesítés megtagadása a fogyasztók számára hátrányosan korlátozná a piacot, és hátrányos megkülönböztetésnek minősülne, mely esetlegesen azt eredményezné, hogy egy versenytárs kizorul az érintett piacról”¹⁷. A Bíróság kimondta ugyanakkor, hogy egy erőfölényben lévő vállalkozásnak is joga van arra, hogy az üzleti érdekei védelmében ésszerű lépéseket tegyen, feltéve hogy a magatartása az üzleti érdekeit fenyegető veszéllyel arányos, és nem a vállalkozás erőfölényének erősítését vagy az azzal való visszaélést célozza¹⁸.

57. A BP-ügy¹⁹ tárgya a kínálat korlátozása volt egy, az 1973/74-ben bekövetkezett olajhiány idején erőfölényben lévő olajvállalat által. A BP megtagadta a Bizottság határozatát, amely erőfölénnyel való visszaélésnek minősítette a kínálat jelentős és a többi üzletfélhez képest jóval nagyobb mértékű korlátozását egy bizonyos üzletféllel szemben, anélkül hogy erre a BP-nek objektív indoka lett volna. A Bizottság álláspontja szerint az erőfölényben lévő vállalkozás köteles a rendelkezésre álló mennyiséget tisztességesen elosztani az üzletfelei között, figyelemmel azok üzleti helyzetének sajátosságaira, illetve a köztük fennálló különbségekre. Egy kínálati oldalon fellépő általános válság idején először a szokásos üzletfelei részére kell teljesíteni, és hiány esetén a teljesített mennyiséget a válságot megelőző időszakra figyelemmel megállapított mennyiséggel kell csökkenteni. A Bizottság álláspontja szerint a válságot megelőző egy év megfelelő lenne referencia-időszakként.

58. Warner főtanácsnok úgy vélte, hogy a Bizottságnak a visszaélés megállapítására vonatkozó javaslata kivitelezhetetlen, tekintettel a referencia-időszak meghatározása, illetve annak megállapítása nehézségére, hogy a vásárlók közötti különbségek igazolhatják-e a velük szembeni eltérő bánásmódot²⁰. A Bíróság egyetértett azzal, hogy a BP nem élt vissza az erőfölényével. Az érintett vásárló megszüntette a rendszeres üzleti

16 — Az ítélet 182. pontja.

17 — Az ítélet 183. pontja.

18 — Az ítélet 189. és 190. pontja.

19 — A 77/77. sz. BP-ügyben 1978. június 29-én hozott ítélet (EBHT 1978., 1513. o.).

20 — 1539. o., második oszlop.

kapcsolatot a BP-vel a válságot megelőző évben. Tekintettel arra, hogy a válság kezdete kor csupán eseti üzletfél volt, nem volt elvárható, hogy a BP a szokásos üzletfeleivel azonos bánásmódban részesítse²¹. A Bíróság kétségbe vonta azt, hogy a referencia-időszak alkalmazása kivitelezhető lenne, legalábbis olyan üzletfél esetében, akivel az üzleti kapcsolat éppen az adott időszakban szűnt meg²². Végül megjegyezte, hogy a kérdéses vásárló megoldotta a válság okozta nehézségeket²³. Ezért a vállalkozás nem került nyilvánvaló, azonnali és jelentős versenyhátrányba, illetve nem merült fel a piacról való kiszorulás kockázata²⁴.

59. A *Telemarketing*-ügy²⁵ egy belga bíróság előtt benyújtott ideiglenes intézkedés iránti kérelem kapcsán merült fel, amelyben a kérelmező azt kérte, hogy tiltsanak el egy televíziós társaságot — amely a származékos telefonos értékesítési piacon a versenytársa volt — attól, hogy a reklámidő értékesítését megtagadja. A televíziós társaság megtagadta továbbá a reklámidő értékesítését olyan reklámok esetén, amelyek telefonhívásra szóló felhívást tartalmaztak, kivéve ha a telefonszám a származékos telefonmarketing üzlete keretében használt szám volt.

21 — Az ítélet 28–29. és 32–33. pontja.

22 — Az ítélet 30. pontja.

23 — Az ítélet 42. pontja.

24 — Az ítélet 20. pontja.

25 — A 311/84. sz., *Télémarketing (CBEM) kontra SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT)* és *Information publicité Benelux (IPB) („Telemarketing”)* ügyben 1985. október 3-án hozott ítélet (EBHT 1985., 3261. o.)

60. A Bíróság a nemzeti bíróság által előzetes döntéshozatali eljárás keretében felvetett kérdésekre válaszul kimondta, hogy a fenti esetben az EK 82. cikk értelmében erőfölénnyel visszaélés valósult meg, mivel egy bizonyos piacon erőfölényben lévő vállalkozás egy szomszédos, de különálló piacon saját maga vagy kapcsolt vállalkozása részére tart fenn egy olyan tevékenységet bármilyen objektív igazolás nélkül, amelyet egy másik vállalkozás is folytathatna, és ezáltal fennáll annak a lehetősége, hogy az érintett versenytárs által támasztott versenyt teljes mértékben megszünteti. A Bíróság megjegyezte, hogy ebben az esetben az erőfölényben lévő vállalkozás által visszatartott termelési tényező elengedhetetlen lenne a másik vállalkozás tevékenységének a folytatásához²⁶.

61. A fentiekben bemutatott esetek tárgya egy meglévő üzletfél által leadott rendelések teljesítésének megtagadása volt. Az alábbi ügyekben a Bíróság — első ízben — olyan magatartást értékelt, ahol egy vállalkozás harmadik felek számára tagadta meg szellemi tulajdonának vagy a tulajdonában lévő fizikai infrastruktúrájának a használatát.

62. A *Volvo* kontra *Veng* ügyben²⁷ a Bíróság kimondta, hogy nem minősül az erőfölénnyel való visszaélésnek, ha egy autógyártó, amely bizonyos alkatrészek tekintetében a bejegyzett formatervezési minták jogosultja, megtagadja az arra vonatkozó engedély megadását, hogy mások a kérdéses alkatrészeket pótkatatrész céljából előállítsák. A Bíróság kimondta, hogy egy védett formatervezési mintaoltalom jogosultjának azon joga, hogy

26 — Az ítélet rendelkező részének 26–27. pontja.

27 — A C-238/87. sz., *AB Volvo kontra Erik Veng (UK) Ltd* ügyben 1988. október 5-én hozott ítélet (EBHT 1988., 6211. o.).

harmadik felek részére megtiltsa azt, hogy az engedélye nélkül a védett formát megtestesítő termékeket előállítsák, forgalmazzák vagy importálják, a fenti kizárólagos oltalom alapvető tárgya. A hasznosítási engedély megadásának megtagadása tehát önmagában nem minősülhet visszaélésnek. Ugyanakkor, a kizárólagos jog gyakorlása visszaélésnek minősülhet például olyan esetben, ha az erőfölényben lévő vállalkozás önkényesen megtagadja a pótalkatrészek értékesítését független harmadik felek részére, a pótalkatrészek árát tisztességtelen szinten rögzíti, vagy úgy dönt, hogy nem állít elő pótalkatrészt egy olyan autómódellek tekintetében, amely még széles körben forgalomban van²⁸.

heti műsorújság összeállításához elengedhetetlen lett volna, így megakadályozták egy olyan új termék megjelenését, amelyet a televíziós társaságok nem kínáltak, de amelyre volt potenciális kereslet. A fenti magatartás visszaélésnek minősült a 82. cikk b) pontja értelmében³⁰. Másodszor, a fenti magatartás indokolatlan volt³¹. Harmadszor, a televíziós társaságok a fenti magatartásukkal fenntartották saját maguk számára a fenti televíziós műsorújságok másodlagos piacát, amely piacról minden versenytársat kizártak azzal, hogy megtagadták a hozzáférést a műsorújságok elkészítéséhez elengedhetetlen alapvető információhoz³².

63. Ezt követően, a *Magill*-ügyben²⁹ a Bíróság helyben hagyta az Elsőfokú Bíróságnak a Bizottság döntését fenntartó ítéletét, amely szerint Írországban a televíziós társaságok visszaéltek a televíziós műsorújságok piacán fennálló erőfölényükkel azzal, hogy a szerzői jogukra hivatkozással megakadályozták azt, hogy harmadik felek egyetlen heti műsorújságot állítsanak össze, amely a televíziós társaságok által a saját programjuk tekintetében kiadott műsorújsággal versenyzett volna. A Bíróság álláspontja szerint az alábbi körülmények voltak irányadóak a visszaélés megállapítása tekintetében. Először, az a tény, hogy a televíziós társaságok megtagadták a televíziós programjukra vonatkozó információhoz való hozzáférést, amely egy

64. A *Bronner*-ügy³³ tárgya szintén az ügyletkötéstől való elzárkózás volt. A Bíróságot arról kérdezték, hogy az EK 82. cikk szerinti erőfölénnyel való visszaélésnek minősül-e az olyan magatartás, hogy egy a piac jelentős részét uraló napilap kiadó megtagadja egy versenytárs napilap kiadója számára a kézbesítési hálózathoz való hozzáférést, vagy csak abban az esetben enged hozzáférést, ha a versenytárs további szolgáltatásokat is igénybe vesz. A Bíróság megjegyezte, hogy a *Commercial Solvents*- és a *Telemarketing*-ügyben hozott ítéleteiben arra az álláspontra jutott, hogy egy versenytárs számára nélkülözhetetlen áruk vagy szolgáltatások nyújtásának megtagadása csak abban az esetben

28 — Az ítélet 8. és 9. pontja.

29 — A C-241/91. P. és C-242/91. sz., RTE és ITP kontra Bizottság egyesített ügyekben 1995. április 6-án hozott ítélet (EBHT 1995., I-743. o.).

30 — Az ítélet 53. és 54. pontja

31 — Az ítélet 55. pontja.

32 — Az ítélet 56. pontja.

33 — A C-7/97. sz., Bronner-ügyben 1998. november 26-án hozott ítélet (EBHT 1998., I-7791. o.).

minősül visszaélésnek, ha a kérdéses magatartás valószínűsíthetően a versenytárs által támasztott versenyt teljes egészében megszüntetné³⁴. A Bíróság ezt követően felidézte a *Magill*-ügyben hozott ítéletet, és megjegyezte, hogy még ha az abban a szellemi tulajdon vonatkozásában kialakított ítélkezési gyakorlat bármilyen más tulajdonra is vonatkozna, a visszaélés megállapításához szükséges lenne nemcsak annak a megállapítása, hogy a házhoz szállításból álló szolgáltatásnyújtás megtagadása valószínűsíthetően megszüntetné a szolgáltatást igénybe venni kívánó versenytárs által támasztott versenyt, és a szolgáltatásnyújtás megtagadása objektív módon nem igazolható, hanem azt is bizonyítani kellene, hogy maga a szolgáltatás elengedhetetlen volna az érintett versenytárs által végzett tevékenység folytatásához annyiban, hogy a házhozszállítási szolgáltatásnak nincsen tényleges vagy potenciális helyettesítője³⁵. Ez nem volt megállapítható a szóban forgó esetben³⁶.

65. Végül, a közelmúltban az *IMS Health*-ügyben³⁷ hozott ítéletben a Bíróság vizsgátért azon eset vizsgálatához, ahol az erőfölényben lévő vállalkozás által a szellemi tulajdonának a használatához szükséges felhasználási engedély megtagadása, esetlegesen az EK 82. cikk szerinti visszaélésnek minősül. A *Magill*-ügyben hozott ítéletet követve, a Bíróság kijelentette, hogy három konjunktív feltétel teljesülése szükséges ahhoz, hogy egy bizonyos üzleti tevékenységhez nélkülözhetetlen termékhez vagy szolgáltatáshoz való hozzáférést biztosító szerzői jog jogosultja

által a licencia megtagadása visszaélésnek minősüljön; nevezetesen az, hogy a licencia megtagadása megakadályozza egy olyan új termék létrejöttét, amelyre lenne potenciális fogyasztói kereslet, a magatartás nem igazolható, és hogy a magatartás alkalmas arra, hogy minden versenytársat kizorítson a másodlagos piacról³⁸.

66. Úgy tűnik számomra, hogy a Bíróság eddig követett ítélkezési gyakorlatából az alábbi, a jelen ügyre vonatkozó következtetéseket lehet levezetni. Először, világos, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás alkalmanként köteles lehet az ügyletkötésre áruí vagy szolgáltatása vonatkozásában. Igaz ez például abban az esetben, ha a teljesítés megszakítása jelentősen megzavarná a vállalkozás és az érintett üzletfele között a származékos piacon vagy a vállalkozás és tényleges vagy potenciális versenytársai között a kínálati piacon folyó versenyt. Az esetek egy szűk körében az erőfölényben lévő vállalkozás köteles lehet létesítményeinek hozzáférhetővé tételére vagy a szellemi tulajdona hasznosításának engedélyezésére. Ez csak akkor állhat fenn, ha kimutatható, hogy a versenyt kivételes veszély fenyegeti.

67. Másodszor, az is egyértelmű, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás EK 82. cikk alapján fennálló ügyletkötési kötelezettsége több szempontból korlátozott. A Bíróságnak

34 — Az ítélet 38. pontja.

35 — Az ítélet 41. pontja.

36 — Az ítélet 42–44. pontja.

37 — A C-418/01. sz., *IMS Health*-ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-5039. o.).

38 — Az ítélet 38. pontja.

a *United Brands*-ügyben hozott ítélete szerint, az erőfölényben lévő vállalkozás nem köteles a szokásostól eltérő mennyiségre vonatkozó rendelkezések teljesítésére, és jogosult megtenni a kereskedelmi érdekeinek védelmében ésszerű lépéseket. Hasonlóképpen, a *BP*-ügyben az erőfölényben lévő vállalkozás sikeresen megvédte a Bíróság előtt az üzletfelei megkülönböztetésén alapuló, hiány esetén alkalmazott üzletpolitikáját. A Bíróság továbbá következetesen határt szabott az erőfölényben lévő vállalkozás kötelezettségének az objektív igazolás lehetőségével.

68. Harmadszor, nagy részben a tényleges gazdasági és szabályozási háttértől függnek azok a tényezők, amelyek esetén az ügyletkötés egy vállalkozás általi megtagadása visszaélésnek minősül. A fentieket az Európai Bizottság is elismeri a közelmúltban, a *Microsoft*-ügyben hozott határozatában³⁹. Hasonló álláspontra jutott a közelmúltban az Egyesült Államokban a Supreme Court⁴⁰.

39 — Az EK-Szerződés 82. cikke alkalmazására vonatkozó eljárásban (COMP/IC-3/37.792 *Microsoft*-ügy) 2004. március 24-én hozott bizottsági határozat. A Bizottság a határozat 555. pontjában kifejti, hogy „nem javasolt egy olyan megközelítés, amely azt állítaná, hogy létezik a különleges körülményeknek egy kimerítő felsorolása, és amely ezáltal arra készítelné a Bizottságot, hogy minden vizsgálat nélkül/eleve figyelmen kívül hagyjon más különleges körülményeket, amelyeket esetlegesen figyelembe kellene venni a szállítás megtagadásának vizsgálatára során”.

40 — A *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* amerikai versenyjogi ügyben, amelynek tárgya a teljesítés megtagadása volt, Scalia bíró a Supreme Court véleményében megállapította, hogy az „antitröszttelemzésnek mindig figyelembe kell vennie a szóban forgó iparág szerkezeti jellegzetességeit és körülményeit. A gazdasági háttérre fordított figyelem fontos eleme a szabályozás jelentőségének felismerése”.

69. A fenti elemzés fényében egyértelműnek tűnik a számomra, hogy az első kérdésre nemleges választ kell adni: a 82. cikk értelmében egy erőfölényben lévő gyógyszer-gyártó által a termékei kínálatának korlátozása önmagában nem minősül erőfölénnyel való visszaélésnek pusztán abból kifolyólag, hogy a magatartásának célja a párhuzamos kereskedelem korlátozása.

70. Elfogadhatónak tartom azt, ahogy a Bizottság is előadta, hogy a párhuzamos kereskedelem korlátozására irányuló szándék azon tényezők egyike, amelyek fennállása esetén az erőfölényben lévő vállalkozás magatartása visszaélésnek minősülne. A fenti magatartás ugyanis általában arra irányul, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás kiszorítsa versenytársát az importáló állam piacáról. Még amennyiben feltételezzük is azt, hogy nem minden esetben lehet a kellő hatást kimutatni a verseny vonatkozásában, a fenti következtetés mellett további érvként lehet felhozni azt, hogy a kérdéses magatartás célja a piac felosztása.

71. A jelen esetben, noha a piac felosztására irányuló szándék feltételezhető, illetve látszólag elismert, a piac felosztása nem az elsődleges célja, hanem — a piac sajátosságait figyelembe véve — sokkal inkább az elkerülhetetlen következménye a GSK arra tett kísérletének, hogy megvédje az — általa jogosnak vélt — kereskedelmi érdekeit, azzal, hogy nem teljesíti teljes egészében a leadott rendelkezéseket. A szándék kérdése tehát nem szabad, hogy elterelje a figyelmet arról az alapvető kérdésről, hogy az összes körül-

ményt figyelembe véve a teljesítés megtagadása jogos-e.

72. Mindenesetre, ahogy a Bizottság előadta, egyértelmű, hogy a közösségi ítélkezési gyakorlat lehetővé teszi az erőfölényben lévő vállalkozások számára, hogy a magatartásukat objektív módon igazolják, még abban az esetben is, ha az adott magatartás első ránézésre visszaélésnek minősül; így a továbbiakban az objektív igazolás kérdését vizsgálom. Megjegyzem, hogy a visszaélés és annak objektív igazolása alapján javasolt kétlépcsős elemzés nézetem szerint némiképp mesterkéltnak tűnik. A 82. cikk, ellentétben a 81. cikkel, nem tartalmaz kifejezett mentességi rendelkezést olyan magatartás esetén, amely egyébként a hatálya alá tartozik. Valójában maga az a tény, hogy a fenti rendelkezés „visszaélésnek” minősíti a magatartást, arra utal, hogy negatív következtetésre jutottak az adott magatartást illetően, ellentétben az EK 81. cikk által alkalmazott semlegesebb terminológiával, amely a „verseny megakadályozása, korlátozása vagy torzítása” kifejezést alkalmazza. Álláspontom szerint ezért helyesebb azt mondani, hogy az erőfölényben lévő vállalkozás által tanúsított bizonyos fajta magatartás egyáltalán nem minősül visszaélésnek. Ugyanakkor tekintettel arra, hogy a Bizottság a korábbi közösségi ítélkezési gyakorlat alapján kifejlesztette az objektív igazoláson alapuló előadásait, a jelen eset szempontjából praktikusnak tűnik ezt a szerkezetet követni.

Igazolható-e objektív módon a szóban forgó magatartás?

73. Tekintettel az első kérdés első felére javasolt nemleges válaszra, annak vizsgálata

is szükséges, hogy a Versenybizottság által felsorolt számos tényező releváns-e annak értékelése során, hogy a szóban forgó magatartás objektív módon igazolható-e; nevezetesen: az a tény, hogy az európai gyógyszerágazat nem tekinthető működő versenypiacnak; az a hányad, amellyel az erőfölényben lévő vállalkozás által teljesített rendelések mennyisége meghaladja a hazai termelés mértékét; a párhuzamos kereskedelem hatása az erőfölényben lévő vállalkozás árbevételére, illetve nyereségére; és az a mérték, amelyben a fogyasztó/beteg, illetve a forgalmazott termékek vásárlója részesül a párhuzamos kereskedelem előnyeiből.

74. Első pillantásra nehéz megcáfolni az Európai Bizottság nézetét, amely szerint a kínálatnak a párhuzamos kereskedelem korlátozása céljából történő visszafogása csak nagyon szűk körben igazolható. A legtöbb esetben nyilvánvalóak a párhuzamos kereskedelem előnyei: elősegíti a márkán belüli versenyt, és a csökkenti az árakat az importáló államban, amelynek előnyeit az ottani fogyasztók élvezik. Ugyanakkor az európai gyógyszerágazat sajátos háttérét közelebbről szemügyre véve, nem vagyok arról meggyőződve arról, hogy az igazolhatóság lehetősége annyira szűk körű, ahogy azt a Bizottság állítja.

75. Valójában az ágazat számos, a görög Versenybizottság által utalt sajátossága releváns tényezőnek tűnik a párhuzamos kereskedelem megszorítása érdekében a kínálatot

korlátozó erőfőlényben lévő gyógyszeripari vállalkozás felelősségének értékelésekor.

76. Nézetem szerint az alábbi tényezőket kell figyelembe venni: először, az ágazatban elterjedt, az árakra és az értékesítésre vonatkozó szabályozást; másodsor, az ágazat gazdasági hátterére figyelemmel, a szabályozatlan párhuzamos kereskedelem valószínűsíthető hatását a gyógyszeripari vállalkozásokra; és harmadszor, a párhuzamos kereskedelem hatását a fogyasztókra és a gyógyszeripari termékek vásárlóira.

Az ár és az értékesítés szabályozása az európai gyógyszeripari ágazatban

77. Nézetem szerint, a jelen ügy tárgyát képező magatartás értékelése során lehetetlen figyelmen kívül hagyni a gyógyszeripari ágazat mindenre kiterjedő és változatos, mind nemzeti, mind közösségi szintű szabályozását, amely álláspontom szerint megkülönbözteti az ágazatot a késztermék előállításával foglalkozó többi ágazattól.

78. A tagállamok beavatkoznak annak érdekében, hogy korlátozzák a gyógyszerkészítmények árát a területükön. A beavatkozás célja a szociális biztonsági alapok költségve-

tésének védelme, amelyek a gyógyszertermékek árának legnagyobb részét fizetik. A tagállamok változó mértékben és módon avatkoznak be a gyógyszeripari termékek árának rögzítése vagy befolyásolása érdekében. Néhány tagállam hajlandó arra, hogy megengedje azt, hogy területén a gyógyszeripari termékeket magasabb áron forgalmazzák, mint más tagállamokban. A fenti gyakorlat lehet annak kifejezett vagy hallgatólagos elismerése, hogy a gyógyszeripari vállalkozásoknak megfelelő nyereséget szükséges biztosítani, az új gyógyszeripari termékekre irányuló kutatás és fejlesztés ösztönzése érdekében. Ennek következtében, a gyógyszeripari termékek ára néhány tagállamban jellemzően jóval magasabb, mint a többiben. A tagállamok közötti árkülönbségek lehetőséget kínálnak a párhuzamos kereskedelemre. Egy, a közelmúltban, az Európai Unió legutóbbi bővítését megelőzően kiadott közleményben a Bizottság jelezte, hogy a bővítés várhatóan tovább növeli a különbségeket⁴¹.

79. A tagállamok általi árszabályozás területén korlátozott a közösségi jog általi harmonizáció⁴². A Bizottság az 1998-as, a gyógyszeripari termékek közös piacáról szóló közleményében⁴³ arra a következtetésre jutott, hogy a gyógyszerek vonatkozásában egy központilag irányított európai árrendszer

41 — A Bizottság a Tanácshoz, az Európai Parlamenthez, a Gazdasági és Szociális Bizottsághoz, valamint a Régiók Bizottságához címzett közleménye; „Egy erősebb európai gyógyszeripar a beteg érdekében — akcióterv”, COM (2003) 383 végleges, 14. o.

42 — Az emberi felhasználásra szánt gyógyszerek árának megállapítását, valamint a nemzeti egészségbiztosítási rendszerekbe történő felvételüket szabályozó intézkedések átláthatóságáról szóló, 1988. december 21-i 89/105/EGK tanácsi irányelv (HL L 40., 8. o.; magyar nyelvű kiadás 5. fejezet, 1. kötet, 345. o.) alapján a tagállamok kötelesek biztosítani, hogy az ár megállapítására és visszatérítésre vonatkozó döntéseket átlátható és megkülönböztetéstől mentes módon, pontosan meghatározott időben hozzák.

43 — COM (1998) 558 végleges.

kialakítása nemkívánatos, és jelenleg nem megvalósítható. Megjegyezte, hogy „rendkívül nehéz lenne egy, a Közösség teljes területén megfelelő árszint kialakítása: az alacsony szint a rövid távú egészségügyi kiadás szempontjából kedvező lenne (legalábbis azokban a tagállamokban, ahol jelenleg magasak az árak), de ez Európa a globális gyógyszeripari K + F befektetésekben való részesedésének tartós csökkenéséhez vezetne, amely végső soron a befektetőknek az európai piacról való kivonulását eredményezné. A magas árszint csökkentené a gyógyszerekhez való hozzáférést a fogyasztók és kifizetők számára azokban az országokban, ahol a gazdasági és társadalmi feltételek miatt a magasabb árak nem megfizethetők”⁴⁴. A Bizottság ezért különböző intézkedéseket javasolt a belső piacon a gyógyszertermékek árának tagállami szabályozása folytán kialakuló torzulások csökkentése érdekében.

80. A gyógyszeripari termékek forgalmazására vonatkozó mind nemzeti szintű, mind közösségi szintű részletes szabályozás az a második releváns tényező, melynek következtében az európai gyógyszeripari ágazat nem tekinthető működő versenyipacnak. Az emberi fogyasztásra szánt gyógyszerkészítményekre vonatkozó közösségi szabályozás alapján a tagállamok kötelesek engedélyezési rendszer kialakítására a gyógyszertermékek

nagykereskedelmével foglalkozók számára. Az engedélyt csak bizonyos minimumkövetelmények teljesítése esetén lehet megadni⁴⁵.

81. A nemzeti jog számos tagállamban további kötelezettségeket ír elő a gyógyszeripari vállalkozások és nagykereskedők számára a gyógyszerkészítmények elérhetőségének biztosítása érdekében. Például, ahogy a görög Versenybizottság előzetes döntéshozatalra utaló végzésében kifejti, a görög jog a panaszosok egy része tekintetében közszolgálati kötelezettséget ír elő, amely szerint azok kötelesek egy meghatározott földrajzi terület szükségleteinek fedezésére alkalmas, teljes és változatos gyógyszerkészletet fenntartani, és biztosítani a kívánt készlet gyors szállítását az érintett területen belül.

82. Az emberi felhasználásra szánt gyógyszerek közösségi kódexéről szóló 2001/83 irányelv 81. cikkének második bekezdése az alábbi kötelezettséget írja elő a gyógyszer-gyártók és forgalmazók számára:

„Valamely gyógyszer forgalomba hozatali engedélyének jogosultja és az említett, valamely tagállamban ténylegesen forgalomba hozott gyógyszer forgalmazói felelősségvállalásuk keretein belül biztosítják a gyógyszer-

45 — A vonatkozó rendelkezéseket a 2004. március 31-i 2004/27/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 136., 34. o.; magyar nyelvű különkiadás 13. fejezet, 34. kötet, 262. o.) által módosított, az emberi felhasználásra szánt gyógyszerek közösségi kódexéről szóló, 2001. november 6-i 2001/83/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 311., 67. o.; magyar nyelvű különkiadás 13. fejezet, 27. kötet, 69. o.) VII. címe tartalmazza.

táraknak és a gyógyszerellátásra engedéllyel rendelkező személyeknek az említett gyógyszerrel való megfelelő és folyamatos ellátását, annak érdekében, hogy a kérdéses tagállamban a betegek szükségletét fedezzék.”

83. Az európai gyógyszeripari ágazat nemzeti és közösségi szabályozása nézetem szerint több szempontból is releváns a kérdéses magatartás elemzése szempontjából.

84. Először, a szabályozás megvilágítja a kínálat korlátozásának ésszerűségét és arányosságát. Amikor a gyógyszeripari vállalkozások megkísérlik a párhuzamos kereskedelem megakadályozását, ezzel nem a saját maguk által kialakított árkülönbségeket próbálják rögzíteni, hanem azokat a következőket kísérik meg elkerülni, amelyek akkor merülnének fel, ha a néhány tagállamban előírt alacsony árak lennének általánosan irányadóak a Közösség teljes területén.

85. Továbbá, önmagában a kínálat korlátozása nem akadályozza meg a nagykereskedőket abban, hogy az általuk átvett készletet exportálják. Rendszerint az ilyen korlátozás alkalmatlan lenne a párhuzamos kereskedelem megakadályozására, amennyiben a tagállamok közötti árkülönbség áll fenn. Az alacsony árszintű tagállamban leszállított termékek exportra kerülnének, és nem állna a vállalkozás érdekében, hogy ebbe a tagállamba szállítson. A gyógyszeriparban a nagykereskedőket láthatóan a közszolgálati köte-

lezettségük, amely alapján a nagykereskedők kötelesek a hazai kereslet kielégítésére elegendő készletet fenntartani, akadályozza meg abban, hogy a birtokukban lévő árukat exportálják. A kínálat korlátozásához társított piacfelosztó hatás az exportáló ország nemzeti hatásai által tett intézkedések eredménye.

86. Másodszor, az erőfölényben lévő gyógyszeripari vállalkozásokat terhelő arra irányuló jogi és erkölcsi kötelezettség, hogy a kínálatot minden tagállamban biztosítsák, kétségbe vonja annak ésszerűségét és arányosságát, hogy ezektől a vállalkozásoktól megköveteljék azt, hogy az alacsony árszintű tagállamokban az exportálni kívánó nagykereskedők részére szállítsanak. Nem egyértelmű, hogy egy gyógyszeripari vállalkozás kivonulhat-e egy olyan tagállamból, ahol alacsony árat írtak elő számára. Úgy tűnik számomra, hogy a kivonulásnak két jogi akadálya lehet. Egyrészt, az EK 82. cikk alapján korlátozott lehet azon esetek száma, amikor egy erőfölényben lévő vállalkozás megszüntetheti a meglévő kereskedelmi kapcsolatát, legalábbis ésszerű felmondási időn belül. Másrészt, a 2001/83 irányelv 81. cikke előírja, hogy a gyógyszeripari vállalkozások felelősségvállalásuk keretein belül kötelesek biztosítani a gyógyszeráraknak és a gyógyszerellátásra engedéllyel rendelkező személyeknek az említett gyógyszerrel való megfelelő és folyamatos ellátását, annak érdekében, hogy biztosítsák a kérdéses tagállamban a betegek szükségletének fedezését. A fenti kötelezettség pontos paramétereit még meg kell határozni, de úgy tűnik, hogy a rendelkezés korlátozhatja egy gyógyszeripari vállalkozás jogát arra, hogy egy

adott államban piacra helyezett terméket kivonjon a piacról.

Az innovatív gyógyszeripar közgazdasága

87. Harmadszor, a gyógyszeripari termékek forgalmazásának szabályozása Európában egy nemzeti szinten elkülönülő rendszeren alapul, annak biztosítása érdekében, hogy mindegyik nemzeti piacon megfelelő kínálat legyen elérhető, és amely rendszer mind a gyógyszergyártókra, mind a nagykereskedőkre a vonatkozó közösségi jogi szabályozás által kifejezetten megerősített kötelezettségeket ró. A párhuzamos kereskedelemmel foglalkozók tevékenysége keresztbe vágja a fenti rendszert, és azzal a kockázattal jár, hogy mind az importáló, mind az exportáló tagállamban destabilizálja a gyógyszergyártók és nagykereskedők által a nemzeti és közösségi jog alapján fennálló közszolgálati kötelezettségük teljesítése érdekében létrehozott rendszert. Az erőfölényben lévő gyógyszeripari vállalkozás arra irányuló döntését, hogy korlátozza a párhuzamos kereskedelmet folytatni kívánó nagykereskedők számára elérhető mennyiséget, nézetem szerint, a közszolgálati kötelezettségek figyelembevételével kell megvizsgálni.

88. Végül, amint az az alábbiakban bemutatásra kerül, az a tény, hogy a tagállamok területükön radikálisan eltérő árszintet állapítottak meg a gyógyszeripari vállalkozások számára, és a gyógyszeripari termékek fő vásárlói maguk a tagállamok, kétségbe vonja azt az állítást, hogy a párhuzamos kereskedelem előnyeit a termékek vásárlói élvezik.

89. Álláspontom szerint a gyógyszeripari vállalkozások üzletpolitikáját befolyásoló gazdasági tényezők egy részét is figyelembe szükséges venni. Az innováció a verseny egy fontos paramétere a gyógyszeriparban⁴⁶. Egy új gyógyszeripari termék kutatása és fejlesztése rendszerint jelentős befektetést igényel⁴⁷. A gyógyszeripari termékek előállítására rendszerint magas állandó (a termék kutatás-fejlesztése) és viszonylag alacsony változó költséggel jár (a már kifejlesztett termék előállítása)⁴⁸. Egy új gyógyszeripari termék fejlesztésébe történő befektetésről szóló döntés nyilvánvalóan részben attól függ, hogy a gyártó várakozásai szerint a befektetés megtérüléséhez elegendő nyereséget termel-e. A befektetés megtörténtét követően annak költsége elsüllyedt költség. Ebből kifolyólag egy vállalkozás számára ésszerű olyan piacon forgalmazni a termékeit, ahol az árat a változó költségnél magasabb szinten rögzítették. A pusztá tény, hogy egy terméket egy adott piacon egy adott áron forgalmaznak, nem jelenti azt, hogy a gyógyszergyártó teljes költségei megtérülnek, ha az adott ár lenne irányadó a Közösség teljes területén. Ezt a kérdést akkor lehetne tisztázni, ha a nemzeti bíróság meg tudná állapítani azt, hogy az

46 — Az EK 81. cikk alkalmazására vonatkozó eljárásban 2001. május 8-án hozott bizottsági határozat (Glaxo Wellcome-ügy) (HL L 302., 1. o.) 155. pontja

47 — A. Gambardella, L. Orsenigo és F. Pammolli a „Global Competitiveness in Pharmaceuticals — A European Perspective” című, az Európai Bizottság Vállalkozáspolitikai Főigazgatósága részére készített jelentésük 38. oldalán megállapítják, hogy „egy új gyógyszer K + F projektje valószínűsíthetően 8–12 évet vesz igénybe, és körülbelül 350–650 millió USD-be kerül.”

48 — Ugyanott, a 3. o. 1. lábjegyzetében a szerzők megállapítják, hogy „ebben az iparágban a termelés jelentősége kisebb a K + F-hez és a marketinghez képest, amelyek a befektetés nagy részét felemésztik”.

erőfölényben lévő vállalkozás által egy adott tagállamban kialakított ár lehetővé teszi-e számára állandó és változó költségeinek megtérülését és egy ésszerű nyereség elérését.

90. A fenti tényezők megvilágítják annak lehetséges következményeit, ha az erőfölényben lévő gyógyszeripari vállalkozás számára megtiltanák a kínálatnak a párhuzamos kereskedelem meggátolása érdekében történő bármilyen korlátozását.

91. Nyilvánvalóan az lenne a vállalkozások érdeke, hogy ne forgalmazzanak olyan termékeket, amelyek tekintetében erőfölényben lehetnek az alacsony árszinttel rendelkező tagállamokban. Mint a fentiekben bemutatásra került, a vállalkozásokat terhelő jogi és erkölcsi kötelezettségek megnehezíthetik számukra az ezekben a tagállamokban már a piacra bevezetett termékek kivonását. Esetleg elfogadhatóbb az a változat, hogy csak késleltetve vezetik be az új termékeiket a kérdéses tagállamok piacaira. Következésképpen a termelés, illetve a gyógyszeripari termékek által létrehozott fogyasztói jólét szintje csökkenne a Közösségen belül.

92. Hasonlóképpen, az alacsony árszintű tagállamokban az áralku jóval nehezebbé válna. Nagy nyomás lenne az ilyen tagállamokon, hogy engedjék az árak növelését, ha az árak, a párhuzamos kereskedelem következményeként, a Közösség teljes területén általánossá válnának. Az ilyen áremelkedések szintén a termelés mennyiségének és a fogyasztói jólét csökkenéséhez vezetnének az áremelkedéssel érintett tagállamokban. Továbbá az áremelkedés valójában a források átcsoportosítását eredményezné az alacsony árszintű tagállamok fogyasztói hátrányára és a magasabb árszintű tagállamok fogyasztói javára.

93. Amennyiben az alacsony árszintű tagállamok ellen tudnának állni az áremelkedést követelők nyomásának, és a gyógyszergyártók nem vonnák ki termékeiket a piacról, illetve nem késleltetnék azok bevezetését, az árbevétel csökkenne azon termékek tekintetében, amelyek esetén az erőfölény megállapítható. Hasonló mértékben csökkenne a gyógyszergyártók befektetési hajlandósága a kutatás-fejlesztés területén, tekintettel arra, hogy a szabadalmi oltalom ideje alatt a vállalkozás által élvezett bevétel várhatóan csökkenne.

94. A Bizottság előadja, hogy a gyógyszeripari vállalkozások szabadon dönthetnek arról, hogy egy adott áron forgalmazzanak-e egy terméket, és amennyiben a forgalmazás mellett döntenek, feltételezhető, hogy a

kérdéses ár gazdaságos. Mint fentebb kifejtettem⁴⁹, véleményem szerint ez a következtetés nem minden esetben helytálló. Egy vállalkozás beleegyezhet egy adott tagállamban egy bizonyos árba annak ellenére, hogy a szóban forgó ár csak korlátozott mértékben teszi lehetővé a termék kifejlesztéséhez kapcsolódó állandó költségek megtérülését, feltéve hogy a termelés változó költségei megtérülnek, és hogy az adott ár nem lesz irányadó a Közösség teljes területén, csökkentve ezzel a más tagállamokból befolyó bevételt.

95. Következésképpen teljeséggel elképzelhető, hogy amennyiben nem tudnak magasabb árakat elérni az alacsony árszintű tagállamokban, az erőfölényben lévő gyógyszergyártók azzal válaszolnának a párhuzamos kereskedelembe érintett üzletfeleik vonatkozásában fennálló teljesítési kötelezettségeikre, hogy amennyiben lehetséges, az adott tagállam piacáról kivonnák a már forgalomban lévő termékeiket, és késleltetnék az új termékek bevezetését. Az árkülönbségek helyett a piac sokkal töredezettebb lenne, tekintettel arra, hogy az árukínálat tagállamról tagállamra változna.

A párhuzamos kereskedelemnek az importáló tagállam fogyasztóira és vásárlóira háruló következményei

96. Végül álláspontom szerint szükséges megvizsgálni a párhuzamos kereskedelem

fogyasztókra és vásárlókra gyakorolt hatását az importáló tagállamban. Általában a párhuzamos kereskedelem előnyeit azok a vásárlók élvezik, akik a célállamban alacsonyabb árakon tudnak hozzájutni a termékhez. Ugyanakkor az európai gyógyszerpiac sajátosságai kételyt ébresztenek az előnyökkel kapcsolatban.

97. A gyógyszeripari termékek párhuzamos kereskedelme nem eredményez szükségszerűen érzékelhető árversenyt az adott termék fogyasztói számára. Számos tagállamban a felírt gyógyszerek végső fogyasztói csupán átalány-hozzájárulást fizetnek az árhoz. Az ár fennmaradó része a szociális biztonsági rendszert terheli. Ezekben az államokban tehát a párhuzamos kereskedelem nem jár előnnyel a fenti módon forgalmazott gyógyszerkészítmények végső fogyasztói számára.

98. A párhuzamos kereskedelem továbbá nem minden esetben eredményez előnyös árversenyt a kérdéses termékeket ténylegesen megvásároló szociális biztonsági rendszer, illetve az ilyen alapokhoz a hozzájárulást megfizető adófizetők részére. Bizonyos tagállamokban például a gyógyszerárak jogosultak a forgalmazott termékekért a kérdéses tagállamban az első teljesítésnél irányadó árat megkapni. Ennek következtében a párhuzamos kereskedelem következményeként előálló árkülönbség teljes egészében a forgalmazási láncban résztvevők nyereségét képezi. Válaszul a fenti jelenségre, néhány tagállam visszaigénylési rendszert alakított

49 — 89–93. pont.

ki, hogy a nyereség egy részét visszaszerezze a gyógyszerkereskedőktől. A Bizottság az 1998-as közleményében elismerte, hogy „amennyiben a párhuzamos kereskedelem nem alapul árdinamizmuson, nem hatékony állapothoz vezet, mivel a pénzügyi előny nagy részét, bár nem teljes egészét, a párhuzamos kereskedelemben érintett vállalkozás, és nem az egészségügyi rendszer vagy a beteg élvezi”⁵⁰.

99. Mindenesetre tekintettel arra, hogy az állami hatóságok a gyógyszeripari termékek fő vásárlói, illetve jelentős szerepük van az irányadó ár kialakításában, nem feltételezhető, hogy a magas árszintű tagállamokban a vásárló kizárólagos célja az alacsonyabb ár elérése volna. Amennyiben a tagállam alacsonyabb árakat kíván, elvárható lenne, hogy nagyobb szerepet játsszon az árak közvetlen csökkentésében. Így a párhuzamos kereskedelem folytán kialakuló árverseny esetleg a vásárló szándékával ellentétes.

Következtetés az objektív igazolás kérdésében

100. A fentiekben megvizsgált tényezőket figyelembe véve úgy vélem, hogy a kínálatnak

az erőfölényben lévő vállalkozás által történő korlátozása a párhuzamos kereskedelem megszorítása érdekében bizonyos körülmények között a vállalkozás üzleti érdekeinek védelmében tett ésszerű és arányos lépésként igazolható. Az ilyen korlátozás nem a vállalkozás által létrehozott árkülönbségeket védi, közvetlenül nem korlátozza a kereskedelmet, amelyet sokkal inkább akadályoz a tagállamok által előírt közszolgálati kötelezettség. A vállalkozásokra nézve sok esetben aránytalan teherrel járna, ha köteleznék arra, hogy az exportra szánt rendeléseket minden esetben teljesítse, figyelembe véve az arra vonatkozó jogi és erkölcsi kötelezettséget, hogy minden tagállamban biztosítsa a kínálatot. Figyelemmel a gyógyszeripar közgazdasági sajátosságaira, a teljesítési kötelezettség nem szolgáltatná feltétlenül az áruk szabad mozgását, illetve a versenyt, továbbá esetlegesen csökkentené a gyógyszergyártók innovációs hajlandóságát. Továbbá nem feltételezhető az sem, hogy a párhuzamos kereskedelem előnyeit a gyógyszeripari termékek végső fogyasztói, illetve a tagállamok, mint a termékek fő vásárlói, élveznék.

101. Ugyanakkor, a fenti következtetést kizárólag a gyógyszerpiac jelenlegi állapotában és a jelen eljárás tárgyát képező magatartás vonatkozásában tekintem érvényesnek.

⁵⁰ — A fenti 43. lábjegyzetben idézett, a gyógyszeripar közös piacáról szóló bizottsági közlemény, 4. o.

102. Álláspontom szerint nagyon valószínűtlen, hogy bármely más ágazat olyan jellegzetességekkel bírna, amely alapján arra a következtetésre jutnék, hogy a párhuzamos kereskedelem megszorítása érdekében a kínálat korlátozása védhető magatartás a gyógyszeripari termékek vonatkozásában. Hasonlóképpen, amennyiben az európai gyógyszeripari ágazat gazdasági és szabályozási háttere megváltozna, szükséges lehet újra megvizsgálni azt, hogy a kínálat korlátozása az alacsony árszintű tagállamokban ésszerű és arányos magatartás-e.

103. Továbbá úgy vélem, hogy nem lenne védhető egy erőfölényben lévő gyógyszeripari vállalkozás által tanúsított magatartás, amennyiben az nyilvánvalóbban és közvetle-

nebbül a közös piac felosztására irányulna. A kínálat korlátozásának arányossága részben abból fakad, hogy az csak korlátozott mértékben járul hozzá a piac felosztásához a gyógyszeripari ágazatban.

104. Végül megjegyzem, hogy a fenti elemzés ellenére lehetséges, hogy a kínálatnak az erőfölényben lévő vállalkozás által történő korlátozása a Bíróságnak a teljesítés megtagadása vonatkozásában kialakított ítélkezési gyakorlata alapján jogszerűtlennek minősül, amennyiben az a versenyre nézve, a párhuzamos kereskedelem korlátozásán kívül, egyéb hátrányos következménnyel is jár.

Véggkövetkeztetések

105. A fentiek alapján, álláspontom szerint a Bíróság elé terjesztett kérdéseket az alábbiak szerint kell megválaszolni:

„(1) Kizárólag az alapján, hogy a célja a párhuzamos kereskedelem korlátozása, nem minősül minden esetben erőfölénnyel való visszaélésnek, ha az erőfölényben

lévő gyógyszeripari vállalkozás nem teljesíti teljes egészében a gyógyszer-nagykereskedők által leadott rendeléseket.

- (2) A teljesítés fentiek szerinti megtagadása esetlegesen objektív módon igazolható, és így nem minősül visszaélésnek, ha a párhuzamos kereskedelmet eredményező árkülönbség oka az, hogy az állami beavatkozás eredményeként az exportáló tagállamban az ár a Közösség területén egyébként irányadó árnál alacsonyabb szinten került rögzítésre, tekintettel az európai gyógyszeripari ágazat összes körülményére annak jelenlegi helyzetében, és különösen:
- a mindent átható és tagállamonként változó, a gyógyszeripari termékek árába történő állami beavatkozásra, ami a tagállamok között fennálló árkülönbséget okozza;
 - a gyógyszeripari termékek értékesítésének közösségi és tagállami szabályozására, amely a megfelelő készletek fenntartása tekintetében tagállamonként különböző kötelezettséget ró a gyógyszergyártókra és nagykereskedőkre;
 - arra a tényre, hogy figyelemmel a gyógyszeripar gazdasági sajátosságaira, a párhuzamos kereskedelem a versenyre és az innovációösztönzésre potenciálisan hátrányos hatást gyakorol;
 - arra a tényre, hogy a gyógyszeripari termékek végső fogyasztói nem minden esetben élveznek előnyöket a párhuzamos kereskedelem következtében, és hogy nem feltételezhető, hogy a tagállami hatóságok, mint a szóban forgó termékek fő vásárlói, számára az alacsonyabb ár előnyt jelent, tekintettel arra, hogy ők jogosultak a területükön az ár megállapítására.”