

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

F. G. JACOBS

28 päivänä lokakuuta 2004¹

1. Kreikan kilpailuneuvosto (Epitropi Antagonismou) (jäljempänä myös kilpailuneuvosto) esittää nyt käsiteltävässä asiassa yhteisöjen tuomioistuimelle kysymyksiä siitä, saako määräävässä asemassa oleva lääkealan yritys tuotteidensa rinnakkaiskauppaa rajoittaakseen kieltäytyä toimittamasta täysimääräisinä tilauksia, joita se saa lääkealan tukkukauppailta, ja millä edellytyksillä se saa näin menetellä.

2. Ensin on kuitenkin tarkasteltava ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamista koskevien edellytysten täyttymistä sen osalta, onko Kreikan kilpailuneuvosto EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, joka voi esittää kysymyksiä yhteisöjen tuomioistuimelle.

Kansallinen oikeudenkäynti ja esitetyt ennakkoratkaisukysymykset

3. Pääasian kantajat ovat kreikkalaisia lääkealan tukkukauppaita. Valituksen vastapuolena ovat lääkeyritys Glaxosmithkline

PLC ja sen tytäryhtiö Glaxosmithkline Aeve (aiemmin Glaxowellcome), joka tuo maahan sen tuotteita ja hoitaa niiden jakelun Kreikassa (jäljempänä yhdessä GSK).

4. Pääasian oikeudenkäynti liittyy kolmen GSK:n omistaman ja valmistaman patenttilääkkeen eli Imigranin, Lamictalin ja Sereventin (jäljempänä riidanalaiset tuotteet) toimituksiin.

5. GSK toimitti marraskuuhun 2000 saakka täysimääräisinä riidanalaisia tuotteita koskevat tilaukset, joita se sai kantajilta ja muilta lääkealan tukkukauppailta. Tukkukauppiaat veivät merkittävän osan kyseisistä toimituksista muihin Euroopan unionin jäsenvaltioihin, joissa hinnat olivat huomattavasti korkeammat.

6. GSK lopetti kuitenkin marraskuun 2000 alusta lähtien lääkealan tukkukauppiaiden tilausten toimittamisen ja totesi toimittavansa sen sijaan tavarahan suoraan sairaaloille ja apteekkeille. Se väitti, että se, että tukku-

¹ — Alkuperäinen kieli: englanti.

kauppiaat veivät kyseisiä tuotteita maasta, oli johtamassa huomattavaan tavarapulaan Kreikan markkinoilla. Myöhemmin se jatkoi jälleen tavarantoimituksia tukkukauppiaille mutta edelleen kieltäytyi toimittamasta niiden tilauksia täysimääräisinä.

7. Tämä kieltäytyminen oli Kreikan kilpailuneuvoston menettelyn kohteena sekä lääkealan tukkukauppiaiden tekemien valitusten että GSK:n oman jakelupoliittikkansa osalta esittämien puuttumattomuustodistuksen myöntämistä koskevien lukuisten hakemusten vuoksi.

8. Kilpailuneuvosto toteutti elokuussa 2001 välitoimia ja vaati GSK:n Kreikan tytäryhtiötä toimittamaan täysimääräisesti saamansa tilaukset, minkä se on tehnyt sillä laajuudella kuin se on saanut tavaraa emoyhtiöltään. Nämä toimitukset ovat kattaneet ja ylittäneetkin kotimaan markkinoiden kulutustarpeet mutta eivät huomattavasti suurempia tilauksia, joita tukkukauppiaat ovat tehneet.

9. Kuultuaan istunnossa asianosaisten suulliset huomautukset ja vastaukset niille esitettyihin kysymyksiin kilpailuneuvosto teki 22.1.2003 päätöksen lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle kysymyksiä.

10. Kilpailuneuvosto huomauttaa ennakkoratkaisupyyntönsä, että kaikki Euroopan unionin jäsenvaltiot puuttuvat markkinoihin vahvistamalla lääkkeiden hinnat alueellaan. Tällä tavoin vahvistetut hinnat vaihtelevat valtiosta toiseen, mutta Kreikan hinnat ovat johdonmukaisesti alemmat kuin missään muualla Euroopan unionissa.

11. Kilpailuneuvosto pitää lähtökohtana sitä, että GSK:lla on EY 82 artiklassa tarkoitettu määräävä asema Kreikan relevanteilla markkinoilla ainakin yhden riidanalaisen tuotteen eli Lamictalin osalta. On kuitenkin epävarmaa, pitäisikö GSK:n kieltäytymistä toimittamasta täysimääräisesti lääkealan tukkukauppiailta saamansa tilaukset pitää kyseisessä artiklassa tarkoitettuna väärinkäyttönä.

12. Se katsoo, että jäsenvaltioiden välistä kauppaa rajoittavaa sopimusta tai yhdenmukaistettua menettelytapaa pidetään EY 81 artiklan erityisen vakavana rikkomisena, ja sen tarkoituksena katsotaan olevan kilpailun rajoittaminen, ilman että olisi tarpeen ottaa huomioon sen vaikutuksia markkinoihin, edellyttäen että kyseessä ei ole vähämerkityksinen menettelytapa. Tällä perusteella voitaisiin katsoa, että mikä tahansa määräävässä asemassa olevan yrityksen pyrkimys viennin rajoittamiseen olisi jo sellaisenaan väärinkäyttönä.

13. Kilpailuneuvosto huomauttaa kuitenkin myös, että rajoittamaton rinnakkaiskauppa saattaa vaarantaa vakavalla tavalla lääkevalmistajien taloudelliset ja organisatoriset intressit supistamalla niiden tuloja ja aiheuttamalla häiriöitä niiden organisatorisille järjestelyille valtioissa, joihin rinnakkaistuonti kohdistuu. Lisäksi rinnakkaiskaupasta koituva hyöty näyttää kertyvän lähinnä tällaisessa kaupassa toimiville yrityksille eikä myytävän tuotteen loppukäyttäjille. Jäsenvaltiot ovat joka tapauksessa useimpien lääkkeiden todellisia ostajia julkisen sektorin terveydenhoitojärjestelmien välityksellä, ja mikäli ne haluaisivat ostaa halvemmalla, ne asettaisivat kansallisilla markkinoillaan sovellettavan hinnan sen mukaisesti.

14. Tästä syystä kilpailuneuvosto pohtii, kykenevätkö määräävässä asemassa olevat lääkevalmistajat perustelemaan hyväksyttävästi tarjonnan supistamista tietyillä kansallisilla markkinoilla sillä, että rinnakkaistuontin rajoittaminen on välttämätöntä niiden hyväksyttävien kaupallisten intressien turvaamiseksi, ja mikäli näin on, mitä tekijöitä pitäisi ottaa huomioon ratkaistaessa sitä, onko se perusteltavissa tietyssä yksittäistapauksessa.

15. Kilpailuneuvosto esittää näin ollen yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1. Merkitseekö se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys kieltäytyy

toimittamasta täysimääräisinä lääkealan tukkukauppiaiden sille tekemiä tilauksia aikomuksenaan rajoittaa tukkukauppiaiden vientitoimintaa ja sen kautta sitä vahinkoa, jota rinnakkaiskaupasta sille koituu, sellaisenaan EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä? Onko edellä esitettyyn kysymykseen annettavan vastauksen kannalta merkitystä sillä, että rinnakkaiskauppa on erityisen kannattavaa tukkukauppiaille sen vuoksi, että hinnat ovat Euroopan unionin jäsenvaltioissa muotoutuneet valtion asiaan puuttumisen johdosta erilaisiksi, eli sillä, että lääkemarkkinoilla eivät vallitse pelkästään vapaan kilpailun lait vaan järjestelmä, joka suurelta osin määräytyy valtion toimenpiteiden nojalla? Onko viime kädessä kansallisen kilpailuviranomaisen velvollisuutena soveltaa yhteisön kilpailusääntöjä samalla tavalla kilpailuun perustuvilla markkinoilla ja markkinoilla, joilla valtion toimenpiteet vääristävät kilpailua?

2. Jos yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että rinnakkaiskaupan rajoittaminen edellä esitetystä syistä ei aina merkitse väärinkäyttöä, kun rinnakkaiskauppaa rajoittaa määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, kuinka mahdollista väärinkäyttöä arvioidaan? Erityisesti kysytään seuraavaa:

- a) Onko asianmukaista käyttää perusteena prosenttiosuutta, jolla tavantoinen kotimainen kulutus ylitetään, ja/tai vahinkoa, joka määrävissä markkina-asemassa olevan yrityksen koko liikevaihdolle ja kokonaisvoitolle koituu? Mikäli näin on, kuinka määritetään tämän prosenttiosuuden suuruus ja vahingon suuruus (jälkimmäinen prosenttiosuutena liikevaihdosta ja kokonaisvoitosta) siten, että sitä suuremman ylityksen tai vahingon johdosta kyseistä käyttäytymistä pidetään väärinkäyttönä?
- ii) otetaanko, ja jos otetaan, niissä määrin, huomioon sairaskassavakuutuslaitosten intressi siihen, että markkinoilla on halvempia lääkkeitä?
- c) Mitä muita perusteita ja lähestymistapoja on asianmukaista käyttää nyt käsiteltävässä asiassa?”
- b) Onko intressien vertaileminen asianmukainen lähestymistapa, ja mikäli näin on, mitkä ovat ne intressit, joita on vertailtava? Erityisesti kysytään
- i) onko vastauksen kannalta merkitystä sillä, että loppukuluttajalle/potilaalle koituu vain vähän taloudellista hyötyä rinnakkaiskaupasta, ja
16. Eri kantajat ovat esittäneet ryhminä neljä eri suulliset huomautukset: yhdet ovat esittäneet Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) ja 15 muuta kantajaa (jäljempänä ensimmäinen kantajaryhmä); toiset Panellinios Syllogos Farmakapothikarion, K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton, Ionas Stroumsas EPE ja Farmakapothiki Pharma Group Messinias A. E. (jäljempänä toinen kantajaryhmä); kolmannet Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia (jäljempänä kolmas kantajaryhmä); ja viimeiset Interfarm — A. Aggelakou & Sia O. E. ja 39 muuta kantajaa (jäljempänä neljäs kantajaryhmä). Kirjallisia huomautuksia on saatu myös GSK:lta, komissiolta ja Ruotsin hallitukselta. Ruotsin hallitusta lukuun ottamatta kaikki asianosaiset tai asianosaisten ryhmät olivat edustettuina istunnossa ja esittivät huomautuksiaan.

Tutkittavaksi ottaminen

17. EY 234 artiklan toisen kohdan mukaan ainoastaan "jäsenvaltion tuomioistuin" saa esittää ennakkoratkaisukysymyksiä yhteisöjen tuomioistuimille. Yhteisöjen tuomioistuinten oikeuskäytännön perusteella on selvää, että käsite "tuomioistuin" on yhteisön oikeuden käsite.

18. Oikeuskäytännössä on yksilöity useita edellytyksiä, joilla on merkitystä arvioitaessa sitä, onko tietty yksikkö EY 234 artiklassa tarkoitettu tuomioistuin, kuten sen lakisääteisyys, pysyvyys, toimiminen oikeussääntöjen soveltajana, toimivallan pakollisuus, riippumattomuus, kontradiktorisen menettelyn noudattaminen asioiden käsittelyssä² ja se, onko siinä vireillä olevan menettelyn tarkoituksena asian ratkaiseminen tuomioistuimen päätöksellä.³

19. Kilpailuneuvosto katsoo täyttävänsä nämä edellytykset. Komissio ja GSK ovat samaa mieltä. Toinen ja neljäs kantajaryhmä ovat kirjallisissa huomautuksissaan väittäneet, että ennakkoratkaisupyyntö pitäisi jättää tutkimatta. Toinen kantajaryhmä muutti kuitenkin istunnossa näkemystään ja hyväksyi sen, että kilpailuneuvosto voi esittää

kysymyksiä EY 234 artiklan nojalla. Ruotsin hallitus ei ole ottanut kantaa ennakkoratkaisupyynnön tutkittavaksi ottamista koskevien edellytysten täyttymiseen.

20. Ennakkoratkaisupyynnössä esitettyjen tietojen perusteella kilpailuneuvosto täyttää mielestäni selvästi useat edellytyksistä, jotka yhteisöjen tuomioistuin on aikaisemmin todennut merkityksellisiksi arvioidessaan sitä, voidaanko tiettyä elintä pitää tuomioistuimena. Se on perustettu monopolien ja oligopolien valvonnasta ja vapaan kilpailun suojaamisesta annetun lain 703/77 (jäljempänä laki nro 703/77) 8 §:llä pysyväksi elimeksi, joka on toimivaltainen varmistamaan kyseisen lain säännösten noudattamisen. Se tekee ratkaisunsa soveltamalla kansallista lakia ja yhteisön kilpailuoikeutta. Se on yksin toimivaltainen määräämään laissa 703/77 säädettyjä seuraamuksia. Tästä syystä sen toimivalta on pakollinen.

21. Vaikka tähän saakka käsitellyt tekijät ovat todennäköisesti välttämättömiä mille tahansa lainkäyttöelimelle, tämä pätesi myös hallinnollisia ratkaisuja tekävään elimeen. Sen erottaa tuomioistuimeksi pikemminkin kilpailuneuvostossa järjestettävä istunto, jossa sekä kantajat että valituksen vastapuolet saavat olla laillisesti edustettuina ja niille annetaan samankaltaiset prosessuaaliset oikeudet kuin tavanomaisten oikeudenkäyntien asianosaisille. Tällaiset takeet tekevät

2 — Ks. erityisesti asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 11.12.1997 (Kok. 1997, s. I-4961, 23 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen); yhdistetyt asiat C-110/98–C-147/98, Gabalfria ym., tuomio 21.3.2000 (Kok. 2000, s. I-1577, 33 kohta) ja asia C-516/99, Schmid, tuomio 30.5.2002 (Kok. 2002, s. I-4573, 34 kohta).

3 — Ks. asia 138/80, Borker, määräys 18.6.1980 (Kok. 1980, s. 1975, Kok. Ep. V, s. 245, 4 kohta); asia C-111/94, Job Centre, tuomio 19.10.1995 (Kok. 1995, s. I-3361, 9 kohta) ja asia C-182/00, Lutz ym., tuomio 15.1.2002 (Kok. 2002, s. I-547, 15 ja 16 kohta).

kilpailuneuvoston päätöksentekomenettelystä edellytetyllä tavalla jossain määrin kontradiktorisen.

22. Tähän mennessä yksilöidyistä kilpailuneuvoston ominaispiirteistä huolimatta vaikuttaa siltä, että yksityiskohtaisempi tarkastelu olisi kuitenkin asianmukainen sen ratkaisemiseksi, ovatko sen rakenne ja kokoonpano samankaltaisia kuin tuomioistuimen ja vastaavatko ne erityisesti tällaisten viranomaisten kaikkein keskeisimpiä ominaisuuksia eli täyttävät riippumattomuuden rakenteelliset takeet.

23. Kuten ennakkoratkaisupyyntöstä ilmenee, kilpailuneuvosto koostuu yhdeksästä jäsenestä, jotka kehitysministeri nimittää kolmeksi vuodeksi. Ministeri valitsee neljä jäsentä kaupan ja teollisuuden alan elinten hänelle toimittamista kolmen ehdokkaan luetteloista. Muut jäsenet ovat yksi valtion oikeudellisen neuvoston neuvonantaja tai muu korkea-arvoinen tuomari, kaksi tieteenharjoittajaa, joista toinen on oikeustieteilijä ja toinen kansantaloustieteilijä, ja kaksi maineeltaan tunnustettua ja asianmukaista kokemusta omaavaa henkilöä. Ministeri valitsee kilpailuneuvoston puheenjohtajan sen jäsenen keskuudesta.

24. Lain 703/77 8 §:n 1 momentissa säädetään nimenomaisesti, että kilpailuneuvosto on ”riippumaton viranomainen”, ja täsmen-

netään, että sen jäsenet ovat ”henkilökohtaisesti ja tehtäviensä osalta riippumattomia” ja että heitä ”sitovat tehtävien hoidossa ainoastaan laki ja omatunto”. Kilpailuneuvoston selvityksen mukaan sen jäsenen riippumattomuuden takaa lisäksi se, että he eivät saa ryhtyä minkäänlaiseen ammattitoimintaan, joka liittyy kilpailuneuvoston käsiteltäväksi tuleviin asioihin.

25. Kilpailuneuvoston yhteydessä on sihteeristö, jonka tehtävänä on ilmeisesti tutkia neuvoston käsiteltäväksi tulevat asiat ja tehdä sille kirjallisia ehdotuksia siitä, miten ne pitäisi ratkaista. Ennakkoratkaisupyyntön mukaan kilpailuneuvoston puheenjohtaja koordinoi ja johtaa sihteeristöä hallinnollisena esimiehenä kurinpitovaltaa käyttämällä. Kilpailuneuvosto kuitenkin vakuuttaa, että sen sihteeristö on toiminnallisesti täysin erillinen elin, sillä puheenjohtaja sen enempää kuin kilpailuneuvoston muukaan jäsenet eivät puutu millään tavoin sihteeristön esityksiin.

26. Minulla on kaksi erityistä epäilystä, jotka koskevat edellä esitettyä kilpailuneuvoston rakennetta ja kokoonpanoa. Ensinnäkin sillä, kuinka monta elimeen nimitetyistä jäsenistä on lakimiehiä tai tuomareita, täytyy mielestäni olla merkitystä arvioitaessa, onko elin tuomioistuin. Kreikan kilpailuneuvoston osalta säännöissä on ennakkoratkaisupyyntön mukaan vahvistettu, että ainoastaan

kahden yhdeksästä jäsenestä on oltava lakimiehiä: toinen heistä on lainopillinen tieteenharjoittaja ja toinen joko valtion oikeudellisen neuvoston entinen tai nykyinen jäsen tai entinen siviilituomioistuimen tai hallintotuomioistuimen tuomari. Ei ole ilmeisesti takeita siitä, että puheenjohtaja olisi lainoppinut. Siitä, että kilpailuneuvoston paikoista vain verrattain harvat on varattu lakimiehille, seuraa mielestäni väistämättä hieman epäilyksiä siitä, voidaanko sitä pitää tuomioistuimena.

27. Toiseksi kilpailuneuvoston riippumattomuutta koskevat epäilykseni liittyvät rakenteellisiin yhteyksiin, joita on kilpailuneuvoston ja sen sihteeristön välillä ja joihin olen edellä viitannut.⁴

28. Yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Gabalfrija antamasta tuomiosta⁵ ilmenee, että tuomioistuimen ja hallintoviranomaisen erottaminen toiminnallisesti toisistaan osoittaa, että kyseessä on riippumaton tuomioistuin. Yhteisöjen tuomioistuin otti kyseisessä asiassa tutkittavaksi verovalitusten käsitteystä vastanneen espanjalaisen alueellisen elimen esittämän ennakkoratkaisupyyntöön osittain sillä perusteella, että sen toiminnot ja valituksen kohteena olleen päätöksen tehneen valtion veroviranomaisen toiminnot oli erotettu toisistaan.⁶ Kilpailuneuvoston ja

sen sihteeristön toimintoja voidaan asiassa Gabalfrija annetussa tuomiossa käytetyn sanamuodon mukaan pitää erillisinä, edellyttäen että sihteeristön toteuttama lain 703/77 väitettyjen rikkomisten tutkinta on erotettavissa kilpailuneuvoston lainkäyttötehtävistä.

29. Keskeinen ongelma liittyy tässä tapauksessa mielestäni läheisesti siihen, voidaanko kilpailuneuvoston menettelyä pitää kontradiktorisena. Vain siinä tapauksessa, että sihteeristö on riittävän erillinen kilpailuneuvostosta, sitä voidaan pitää kolmantena osapuolena, joka on riippumaton sekä tutkittavasta osapuolesta että tuomarina toimivasta kilpailuneuvostosta.

30. Vaikka ennakkoratkaisupyyntöissä todetaan, että puheenjohtaja ei käytännössä pyri vaikuttamaan sihteeristön tekemiin tutkimuksiin, hänellä on selvästi jonkin verran vaikutusvaltaa kyseiseen elimeen. Säännöistä tai suojakeinoista, joilla pyrittäisiin takaamaan sihteeristön tutkimusten riippumattomuus, ei ole mainintaa.

31. Edellä esittämieni kahden huolenaiheen valossa Kreikan kilpailuneuvoston asema on mielestäni tarkoin tasapainossa. Kyseinen elin sijoittuu mielestäni hyvin lähelle lain-

4 — 25 kohdassa.

5 — Mainittu edellä alaviitteessä 2.

6 — Tuomion 39 ja 40 kohta.

käyttöelimen ja hallintoviranomaisen, jolla on tiettyjä lainkäyttöllisiä ominaispiirteitä, välistä rajaa.

32. Vastapainoksi katson kuitenkin, että sillä on riittävästi lainkäyttäjän piirteitä, jotta sitä voidaan pitää EY 234 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena.

33. Kyseisen elimen lainopillisen asiantunteumuksen osalta huomautettakoon, että lakimiehille erikseen varattujen kahden paikan lisäksi kilpailuneuvostossa on kaksi paikkaa, jotka kuuluvat henkilöille, jotka ovat tunnustasi asiantuntijoita kansallisessa ja yhteisön talousoikeudessa ja kilpailupolitiikassa. Elinen edustajia kuvataan ennakkoratkaisupyyntöissä lisäksi maineikkaiksi kilpailuoikeuden asiantuntijoiksi. Kun otetaan lisäksi huomioon se, että kilpailuneuvoston jäsenten on nimenomaisesti harjoitettava tehtäviään lain mukaisesti, katson, että lakimiehille tai tuomareille varattujen paikkojen vähäinen määrä ei ole riittävä peruste katsoa, että se ei olisi tuomioistuin. Voitaisiin joka tapauksessa olettaa, että lainkäyttöelimestä, jonka tehtävänä on toimia kilpailuoikeuden kaltaisella teknisesti monimutkaisella alalla, jolla tarvitaan lainopillisen pätevyyden lisäksi talouden ja kaupan asiantuntemusta, olisi vähemmän henkilöstöä, jolla on pelkästään lainopillinen pätevyys.

34. Katson kilpailuneuvoston ja sen sihteeristön rakenteellisia yhteyksiä koskevan kysymyksen osalta, että nämä yhteydet eivät vaikuta niin merkittäville, että ne ohittaisivat useat muut tekijät, jotka viittaavat siihen, että kyseessä on tuomioistuin. En ensinnäkään pidä todennäköisenä, että se, että puheenjohtaja käyttää kurinpitovaltaa sihteeristöön, vaikuttaisi minkään tietyn tutkimuksen suorittamiseen. Vaikka toiseksi omaksuttaisiinkin päinvastainen näkemys, vaikuttaa siltä, että tutkimuksen aikaiselle toiminnalliselle erillisyydelle aiheutuva uhka torjutaan riittäväällä tavalla kilpailuneuvostossa järjestettävällä kuulemisella, joka näyttäisi antavan kaikille asianosaisille riittävän mahdollisuuden esittää omat lausumansa ja varmistaa, että asiassa tehdään lopulta oikeudenmukainen ratkaisu.

35. Huomattakoon, että yhteisöjen tuomioistuin on aikaisemmin tutkinut ennakkoratkaisupyyntöä, jonka oli esittänyt kilpailuviranomainen, Espanjan Tribunal de Defensa de la Competencia (kilpailun suojelemista koskevia asioita tutkiva tuomioistuin).⁷ Kyseinen elin oli ominaispiirteiltään hyvin samankaltainen kuin Kreikan kilpailuneuvosto. Myös se oli pysyvä lakisääteinen elin, jonka vastuulla oli kilpailusääntöjen soveltaminen kontradiktorisessa menettelyssä. Myös se toimi ilmoituksen perusteella, ja kyseisessä tapauksessa ilmoituksen antoi erillinen elin.⁸

⁷ — Asia C-67/91, Asociación Española de Banca Privada ym., tuomio 16.7.1992 (Kok. 1992, s. I-4785, Kok. Ep. XIII, s. I-87).

⁸ — Menettely, jossa erillinen tutkimuselin teki ehdotuksen, on löydettävissä suullista käsittelyä varten laaditusta kertomuksesta, s. 4790.

36. Toisen ja neljännen kantajaryhmän esittämissä lausumissa ei ole mielestäni mitään sellaista, joka herättäisi muita epäilyksiä ennakkoratkaisupyyntöä tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymisestä.

37. Kyseiset kantajat huomauttavat aluksi, että lain 703/77 8 §:n 1 momenttiin sisältyvästä riippumattomuuden vakuutuksesta huolimatta kilpailuneuvosto ei kuulu niihin viiteen riippumattomaan viranomaiseen, joista on säädetty nimenomaisesti Kreikan perustuslaissa siihen vuonna 2001 tehdyistä muutoksista lähtien. Kilpailuneuvostolle ei näin ollen ole annettu erityisiä perustuslaillisia takeita, jotka on annettu kyseisille viranomaisille. Sen jäseniä ei valita perustuslaissa määritellyssä erityismenettelyssä. Sen menettelysäännöistäkään ei ole säädetty laissa vaan ministeriöiden välisessä päätöksessä.

38. Toiseksi ne väittävät, että kilpailuneuvoston säännöt eivät tällä hetkellä vastaa tuomioistuimia koskevia perustavanlaatuisia periaatteita, koska henkilöt, joita asia koskee, eivät niiden mukaan voi osallistua menettelyyn kilpailuneuvostossa.

39. Kolmanneksi kantajat väittävät, että kilpailuneuvosto ei ole ratkaissut niiden vali-

tuksia kuuden kuukauden määräajassa, josta sovellettavassa lainsäädännössä säädetään.

40. En pidä kantajien väitteitä vakuuttavina. Se, että kilpailuneuvosto ei Kreikan perustuslain mukaan ole riippumaton viranomainen, ei vähennä sen laissa säädettyä riippumattomuutta eikä niitä takeita, joilla on pyritty turvaamaan sen riippumattomuus käytännössä.

41. Lisäksi vaikuttaa siltä, että lainkäyttöelimet voivat hyväksyttävästi toimia eri tavoin sen suhteen, missä määrin ne sallivat kolmansien osapuolten, joita asia koskee, osallistuvan oikeudenkäyntiin, ilman että tämä vaarantaisi niiden asemaa tuomioistuinena. Kantajilla näyttää joka tapauksessa olleen riittävä mahdollisuus osallistua pääasian oikeudenkäyntiin kilpailuneuvostossa esittämällä väitteensä valitusten muodossa.

42. Myöskään mahdolliset viivästykset asiaan liittyvän istunnon järjestämisessä eivät mielestäni voi vaarantaa sitä, että asian käsittelevä elin on tuomioistuin, vaikka ne voivat luonnollisesti heikentää lainkäytön laatua.

43. Olen tähän mennessä käsitellyt Kreikan kilpailuneuvoston erityispiirteitä sellaisina

kuin ne on esitetty ennakkoratkaisupyyntöissä. Saattaa kuitenkin olla hyödyllistä käsitellä lyhyesti ennakkoratkaisupyyntöjen tutkittavaksi ottamisen edellytysten täyttymistä kilpailun toteutumisen ja erityisesti asetuksen N:o 1/2003 kannalta, sillä kyseisellä asetuksella otettiin 1.5.2004 alkaen käyttöön yhteisön kilpailusääntöjen hajautettu täytäntöönpanojärjestelmä.⁹

44. Ensinnäkin on huomattava, että asetuksessa N:o 1/2003 otetaan huomioon se mahdollisuus, että jäsenvaltiot saattavat antaa kilpailuviranomaisen tehtäviä oikeusviranomaisille,¹⁰ ja siihen sisältyy säännöksiä, joilla pyritään säilyttämään tällaisten elinten riippumattomuus.¹¹

45. Toiseksi on mielestäni useita käytännön syitä, jotka puoltavat tällaisten elinten esittämien ennakkoratkaisupyyntöjen tutkimista. Prosessiekonomiset syyt puoltavat sitä, että ennakkoratkaisupyyntö esitetään mahdollisimman varhaisessa vaiheessa, jolloin vältetään se, että myöhemmin pitäisi hakea muutosta ennakkoratkaisupyyntöä esittämisen mahdollistamiseksi. Voidaan lisäksi ainaakin väittää, että erityinen kilpailuviranomainen, joka vastaa ominaispiirteiltään tuomioistuinta, saattaisi kyetä paremmin yksilöimään asian kannalta merkitykselliset

yhteisön kilpailuoikeuden kysymykset kuin yleistuomioistuinin, jonka tehtävänä on tutkia kyseisen elimen tekemät päätökset seuraavassa vaiheessa. Kun yhteisön kilpailuoikeus on hajautettu, tuomioistuimiksi perustettujen kansallisten kilpailuviranomaisten mahdollisuus esittää kysymyksiä yhteisöjen tuomioistuimelle antaisi hieman lisäsuojaa yhteisön oikeuden yhtenäisyydelle. Lisäksi tässä vaiheessa on selvää, että kansallisilla kilpailuviranomaisilla on toimivalta ja velvollisuus jättää soveltamatta kansallista lakia, jossa edellytetään tai edistetään EY 81 artiklan 1 kohdan vastaista käyttäytymistä tai jolla vahvistetaan tällaisen käyttäytymisen vaikutuksia, erityisesti hintojen vahvistamista tai markkinoiden jakamista koskevien järjestelyjen kannalta.¹² Tämä mahdollisuus saattaa myös edellyttää myönteistä suhtautumista tällaisten viranomaisten esittämiä ennakkoratkaisupyyntöjä kohtaan, jotta varmistettaisiin, että kaikki sovellettavaan yhteisön oikeuteen liittyvät epäselvyydet selvennetään ennen kuin kansallista lakia jätetään soveltamatta.

46. Nämä käytännön syyt puoltavat mielestäni edellä esittämäni päätelmää siitä, että tämä ennakkoratkaisupyyntö pitäisi tutkia. Tutkin näin ollen seuraavaksi asiakysymykset, jotka Kreikan kilpailuneuvosto on tuonut esiin.

9 — Perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16 päivänä joulukuuta 2002 annettu neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1).

10 — 35 artikla ja johdanto-osan 35 perustelukappale.

11 — Ks. erityisesti 35 artiklan 4 kohta.

12 — Asia C-198/01, CIF, tuomio 9.9.2003 (Kok. 2003, s. I-8055).

Asiakysymys

47. Huomautettakoon alustavasti, että jotkin yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyt lausumat koskevat markkinoiden määrittelemistä ja määräävää asemaa. Ennakkoratkaisukysymyksissä pidetään kuitenkin lähtökohtana sitä, että tuotteilla on relevanteilla markkinoilla määräävä asema. Kilpailuneuvosto on todennut määräävän aseman yhden riidanalaisen tuotteen eli Lamictalin osalta eikä ole pyytänyt yhteisöjen tuomioistuimelta neuvoja perusteista, jotka liittyisivät joko markkinoiden määrittämiseen tai määräävyyden arvioimiseen. Rajaen siten ratkaisuehdotukseni EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä koskevaan kysymykseen, jonka kilpailuneuvosto on tosiasiallisesti esittänyt.

48. Kilpailuneuvosto haluaa tältä osin selvittää ensinnäkin, onko määräävässä asemassa olevan lääkeyrityksen aina katsottava käyttävän määräävää asemaansa väärin EY 82 artiklassa tarkoitettulla tavalla pelkästään siitä syystä, että se ei toimita täysimääräisinä kaikkia sille tehtyjä tilauksia tarkoituksenaan rajoittaa asiakkaidensa vientitoimintaa. Toiseksi, mikäli näin ei ole, kilpailuneuvosto tiedustelee, mitkä tekijät ratkaisevat sen, onko yritys saatettava vastuuseen tällaisesta käyttäytymisestä.

49. Euroopan komissio väittää, että tällainen tarjonnan supistaminen on väärinkäyttöä, ellei määräävässä asemassa oleva yritys kykene osoittamaan asianmukaista ja riittävän merkittävää objektiivista perustelua käyttäytymiselleen. Komission mielestä yksikään Kreikan kilpailuneuvoston yksilöimistä teki-joistä ei voisi olla tällainen perustelu.

50. Euroopan komissio nojautuu päätelmässään osittain kyseisen käyttäytymisen kilpailuvastaisuuteen. Määräävässä asemassa olevan yrityksen katsotaan käyttävän asemaansa väärin, mikäli se kieltäytyy toimittamasta tavaraa ja palveluita tarkoituksenaan asettaa rajoituksia todellisille tai potentiaalisille kilpailijoille tai sulkea ne pois tietyiltä markkinoilta ja vahvistaa omaa asemaansa kyseisillä markkinoilla. Koska valmistajan pyrkimys supistaa tarjontaa rinnakkaiskaupan rajoittamiseksi johtuu yleensä halusta vähentää tuotemerkkien välistä kilpailua tuontimarkkinoilla, tällaista supistamista pidetään yleensä väärinkäyttönä. Komissio nojautuu osittain myös siihen, että riidanalaisella käyttäytymisellä on pyritty jakamaan markkinat. Yhteisöjen tuomioistuin on vakiintuneesti tulkinnut EY 81 ja EY 82 artiklaa siten, että niissä kielletään yhteismarkkinoiden jakamiseen tähtäävät menettelytavat.

51. Kantajat ja Ruotsin hallitus ovat olennaisilta osin yhtä mieltä komission kanssa.

52. GSK väittää, ettei se, että määräävässä asemassa oleva lääkeyritys supistaa tarjontaa rajoittaakseen rinnakkaiskauppaa, tarkoita sitä, että kyseessä olisi EY 82 artiklassa tarkoitettu väärinkäyttö. Tällainen rajoitus ei kuulu poikkeuksellisiin tilanteisiin, joissa toimituksista kieltäytymisiä on pidetty väärinkäyttönä. Kun tällaista rajoitusta arvioidaan asianmukaisessa taloudellisessa ja lain-säädännöllisessä asiayhteydessä ja otetaan huomioon Euroopan lääketeollisuuden erityisolosuhteet, sitä ei voida pitää väärinkäyttönä vaan pikemminkin suhteellisuusperiaatteen mukaisena keinona, jolla yritys suojelee laillisia liiketoiminnallisia intressejään.

Merkitseekö riidanalainen menettelytapa sellaisenaan väärinkäyttöä?

53. Ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäisen osan osalta katson komission ja GSK:n tavoin, että määräävässä asemassa oleva lääkeyritys ei välttämättä käytä väärin määräävää asemaansa sen vuoksi, että se kieltäytyy toimittamasta täysimääräisinä tilauksia, joita sen lääkkeiden tukkukauppiat ovat tehneet, vaikka sen aikomuksena olisikin rajoittaa sillä rinnakkaiskauppaa. Tämä päätelmä vaikuttaa minusta selvästi seuraavan yhteisöjen tuomioistuimen tähänastisesta oikeuskäytännöstä, joka koskee EY 82 artiklassa tarkoitettua toimituksista kieltäytymistä. Kuten seuraavassa selvityksessä — jonka on väistämättä oltava varsin yksityiskohtainen —

osoitetaan, myyntivelvoite voidaan EY 82 artiklan nojalla asettaa vasta sen jälkeen, kun on tarkasti tutkittu tosiseikat ja taloudellinen asiayhteys, ja silloinkin vain melko ankarin rajoituksin.

54. Vahvistus sille, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä saattaisi tietyissä tilanteissa olla velvollisuus toimittaa tavaraa olemassa oleville asiakkailleen, annettiin ensi kertaa yhdistetyissä asioissa Commercial Solvents annetussa tuomiossa.¹³ Kyseinen asia koski sitä, että Commercial Solvents oli kieltäytynyt jatkamasta johdannaistuotteen tuotannolle olennaisen tärkeiden ja ainoastaan Commercial Solventsiltä saatavissa olevien raaka-aineiden toimituksia kolmannelle osapuolelle, Zojalle. Kieltäytyminen johtui Commercial Solventsin päätöksestä ryhtyä kilpailemaan Zojan kanssa tuotantoketjun seuraavan vaiheen markkinoilla johdannaistuotteen toimituksista. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että raaka-ainemarkkinoilla määräävässä asemassa oleva yritys, joka varaa kyseisen raaka-aineen itselleen valmistaakseen itse johdannaistuotteita ja kieltäytyy toimittamasta kyseisiä raaka-aineita asiakkaalle, joka itse tuottaa kyseisiä johdannaistuotteita, käyttää väärin määräävää markkina-asemaansa, mutta ainoastaan siinä tapauksessa, että se toimii ”silläkin uhalla, että kilpailu kyseisen asiakkaan osalta päättyy kokonaan”.¹⁴

55. Asiassa United Brands¹⁵ yritys, jolla oli määräävä asema Chiquita-tuotemerkillä toi-

13 — Yhdistetyt asiat 6/73 ja 7/73, Commercial Solvents, tuomio 6.3.1974 (Kok. 1974, s. 223, Kok. Ep. II, s. 229).

14 — Tuomio 25 kohta.

15 — Asia 27/76, United Brands, tuomio 14.2.1978 (Kok. 1978, s. 207, Kok. Ep. IV, s. 9).

mittamiensa banaanien tuotannossa (jäljempänä UBC), vähensi toimituksia kypsyttäjälle/jakelijalle, kun tämä ryhtyi määräävässä asemassa olevan yrityksen kanssa aiheutuneiden erimielisyyksien vuoksi markkinoinmaan kilpailevan tuottajan banaaneja ja huolehti vähemmässä määrin UBC:n banaanien kypsyttämisestä. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että "yritys, joka on määräävässä markkina-asemassa jonkin tuotteen jälleenvyyntissä ja joka nauttii tunnetun ja kuluttajien arvostaman tavaramerkin suomasta arvovallostaa, ei voi keskeyttää toimituksiaan tavanomaista kauppatappaa noudattavalle vanhalle asiakkaalle silloin, kun tämän asiakkaan tilaukset eivät mitenkään ole epätavanomaisia".¹⁶

56. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että tällainen menettely oli ristiriidassa EY 82 artiklan kanssa, "koska kieltäytyminen myymästä rajoittaisi myyntimahdollisuuksia kuluttajien vahingoksi ja aiheuttaisi syrjintää, joka saat-taisi jopa merkitä kauppakumppanin syrjäyt-tämistä relevanteilta markkinoilta".¹⁷ Yhteisöjen tuomioistuin katsoi kuitenkin, että myös määräävässä asemassa olevalle yritykselle on kohtuullisessa määrin myönnettävä mahdollisuus toteuttaa kaupallisten intressiensä suojaamiseksi aiheelliseksi katsomiaan toimenpiteitä, kunhan sen käyttäytyminen on oikeassa suhteessa uhkaan eikä sen nimenomaisena tarkoituksena ole yrityksen määräävän markkina-aseman vahvistaminen tai väärinkäyttö.¹⁸

57. Asia BP¹⁹ koski tilannetta, jossa määräävässä asemassa oleva öljy-yhtiö oli supistanut tarjontaa öljykriisin aikana vuosina 1973 ja 1974. BP riitautti komission päätöksen, jonka mukaan se oli käyttänyt väärin määräävää asemaansa rajoittamalla toimitukset olennaiselta osin ainoastaan yhdelle tietylle asiakkaalle, jolle se toimitti huomattavasti enemmän kuin muille asiakkaille, ilman että sen menettelylle olisi ollut objektiivisia perusteita. Komissio katsoi, että määräävässä asemassa olevan yrityksen on jaettava tuotteidensa saatavilla olevat määrät oikeudenmukaisesti kaikille asiakkailleen, kun niiden kaupalliseen tilanteeseen liittyvät erityispiirteet tai erot otetaan huomioon. Kun kyseessä on yleinen toimituskriisi, sen on tehtävä ensisijaisesti kauppaa tavanomaisten asiakkaidensa kanssa, ja kriisin aikana toimituksia ostajille on supistettava kriisiä edeltävän viitekauden perusteella. Komissio ehdotti, että vuosi olisi sopiva ajanjakso.

58. Julkisasiamies Warner katsoi, että komission esittämä väärinkäytön määritelmä ei ollut käyttökelpoinen, koska oli vaikeaa määrittää ehdotettu viiteajanjakso ja varmistaa, voisivatko asiakkaiden väliset erot olla heidän erilaisen kohtelunsa hyväksyttävä peruste.²⁰ Yhteisöjen tuomioistuin oli samaa mieltä siitä, että BP ei ollut käyttänyt määräävää asemaansa väärin. Kyseinen asia-

16 — Tuomion 182 kohta.

17 — Tuomion 183 kohta.

18 — Tuomion 189 ja 190 kohta.

19 — Asia 77/77, BP, tuomio 29.6.1978 (Kok. 1978, s. 1513).

20 — Ratkaisuehdotuksen s. 1539, toinen kappale.

kas oli kriisiä edeltäneenä vuonna lakannut olemasta vakituinen asiakas. Koska se oli näin ollen kriisin alkaessa vain satunnainen asiakas, BP:n ei voitu olettaa kohtelevan sitä samalla tavoin kuin perinteisiä asiakkaitaan.²¹ Yhteisöjen tuomioistuin epäili myös sitä, voitaisiinko viitekautta soveltaa ainakaan asiakkaaseen, jonka kanssa liikesuhteet olivat päättyneet kyseisen ajanjakson aikana.²² Lopuksi se huomautti, että kyseinen asiakas kykeni voittamaan kriisistä aiheutuneet hankaluudet.²³ Tästä syystä sille ei ollut aiheutunut ilmeistä, välitöntä ja huomattavaa haittaa eikä sille ollut aiheutunut syrjäytymisen vaaraa.²⁴

59. Asia Telemarketing²⁵ tuli vireille vaatimuksesta, joka oli esitetty belgialaisessa tuomioistuimessa ja joka koski sellaisen määräyksen antamista televisiotoiminnan harjoittajalle, jonka mukaan se ei saisi kieltäytyä myymästä televisioaikaa yritykselle, joka kilpaili sen kanssa tuotantoketjun edellisen vaiheen eli puhelinmarkkinoinnin markkinoilla. Televisiotoiminnan harjoittaja kieltäytyi myös myymästä mainostajille mainos aikaa, johon liittyi kehoitus ottaa yhteys puhelimitse, ellei puhelinnumero ollut sellainen, joita se itse käytti tuotantoketjun edellisessä vaiheessa puhelinmarkkinoinnissa.

60. Yhteisöjen tuomioistuin totesi kansallisen tuomioistuimen kysymykseen antamassaan vastauksessa, että kyseessä on EY 82 artiklassa tarkoitettu väärinkäyttö, mikäli yritys, jolla on määräävä asema tietyillä markkinoilla, varaa itselleen tai tytäryhtiölleen ilman objektiivista tarvetta toisen toiminnon, jota toinen yritys olisi saattanut hoitaa osana toimintaansa läheisillä mutta erillisillä markkinoilla, jolloin sillä oli mahdollisuus poistaa kaikki kilpailu kyseisen yrityksen taholta. Yhteisöjen tuomioistuin huomautti, että tällaisessa tilanteessa määräävässä asemassa olleen yrityksen pidättämä tuotantopanos olisi ollut välttämätön toisen yrityksen toiminnalle.²⁶

61. Kaikki tähän mennessä käsitellyt tapaukset liittyivät tilanteeseen, jossa olemassa olleelle asiakkaalle ei toimitettu tavaraa. Yhteisöjen tuomioistuin on useissa muissa tapauksissa tarkastellut tilanteita, joissa yritys on kieltäytynyt sallimasta kolmannen osapuolen käyttää sen teollisoikeutta tai fyysistä infrastruktuuria ensimmäistä kertaa.

62. Yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Volvo antamassaan tuomiossa,²⁷ että se, että autonvalmistaja, jolla oli hallussaan autonsa konepellin rekisteröidyt mallit, kieltäytyi antamasta muille lupaa valmistaa konepeltejä varaosiksi, ei merkinnyt määräävän aseman väärinkäyttöä. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että suojatun mallin haltijan

21 — Tuomion 28, 29, 32 ja 33 kohta.

22 — Tuomion 30 kohta.

23 — Tuomion 42 kohta.

24 — Tuomion 20 kohta.

25 — Asia 311/84, CBEM, ns. puhelinmarkkinointi-tapaus, tuomio 3.10.1985 (Kok. 1985, s. 3261).

26 — Tuomion 25–27 kohta ja tuomiolauselmä.

27 — Asia C-238/87, Volvo, tuomio 5.10.1988 (Kok. 1988, s. 6211).

oikeus estää kolmansia osapuolia valmistamasta ja myymästä tai tuomasta maahan ilman sen lupaa tuotteita, joihin malli sisältyy, on hänen yksinoikeutensa perussisältö. Luvan epääminen ei siten voi sellaisenaan merkitä väärinkäyttöä. Yksinoikeuden käyttäminen saattaisi kuitenkin merkitä väärinkäyttöä, mikäli määräävässä asemassa oleva yritys esimerkiksi mielivaltaisesti kieltäytyisi toimittamasta varaosia riippumattomille korjaamoille, vahvistaisi varaosien hinnat kohtuuttoman suuriksi tai päättäisi olla enää valmistamatta varaosia tiettyyn automalliin, jota olisi edelleen runsaasti liikenteessä.²⁸

tajien kieltäytyminen sallimasta ohjelma-aikatauluihinsa liittyvien tietojen käyttöä, joka olisi ollut välttämätöntä kattavan viikoittaisen televisio-ohjelmalehden laatimiseksi, esti sellaisen uuden tuotteen syntymisen, jota televisiotoiminnan harjoittajat eivät itse tarjonneet ja jolle olisi ollut potentiaalista kulutuskysyntää. Tällainen kieltäytyminen merkitsi EY 82 artiklan b kohdassa tarkoitettua väärinkäyttöä.³⁰ Toiseksi tälle väärinkäytölle ei ollut myöskään hyväksyttäviä perusteluja.³¹ Kolmanneksi televisiotoiminnan harjoittajat varasivat menettelyllään itselleen viikoittaisten televisio-ohjelmalehtien johdannaiset markkinat poistamalla kaiken kilpailun kyseisiltä markkinoilta, koska ne eivät luovuttaneet perustietoja, jotka olivat välttämättömiä tällaisen ohjelmalehden julkaisemiseksi.³²

63. Yhteisöjen tuomioistuin pysytti sittemmin asiassa Magill antamassaan tuomiossa²⁹ ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomion, jolla oli puolestaan pysytetty komission päätös, jonka mukaan Irlannin televisiotoiminnan harjoittajat olivat käyttäneet väärin määräävää asemaansa televisio-ohjelmalehtien markkinoilla, kun ne olivat vedonneet tällaisia ohjelmaluetteloida koskeviin tekijänoikeuksiinsa estääkseen kolmansia osapuolia julkaisemasta viikoittaista lehteä, joka olisi kilpaillut niiden lehtien kanssa, joita jokainen televisiotoiminnan harjoittaja julkaisi omista ohjelmistaan. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi seuraavilla seikoilla olevan merkitystä väärinkäytön toteennäyttämiseksi. Ensinnäkin televisiotoiminnan harjoit-

64. Myös asiassa Bronner oli kyse toimituksista kieltäytymisestä.³³ Yhteisöjen tuomioistuimelta tiedusteltiin, onko kyseessä EY 82 artiklan vastainen määräävän aseman väärinkäyttö, kun sanomalehtikonserni, jolla on huomattava markkinaosuus päivälehtien markkinoilla, kieltäytyy antamasta kilpailevan sanomalehden julkaisijalle mahdollisuutta käyttää sen kotiinkantojärjestelmää tai antaa sen ainoastaan siinä tapauksessa, että kyseinen julkaisija ostaa konsernilta tiettyjä lisäpalveluja. Yhteisöjen tuomioistuin huomautti, että se oli todennut yhdistetyissä asioissa Commercial Solventsja asiassa Tele-marketing antamissaan tuomioissa, että kiel-

28 — Tuomion 8 ja 9 kohta.

29 — Yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P, RTE ja ITP v. komissio, tuomio 6.4.1995 (Kok. 1995, s. I-743).

30 — Tuomion 53 ja 54 kohta.

31 — Tuomion 55 kohta.

32 — Tuomion 56 kohta.

33 — Asia C-7/97, Bronner, tuomio 26.11.1998 (Kok. 1998, s. I-7791).

täytyminen toimittamasta kilpailijalle raaka-aineita, jotka olivat sen toiminnalle välttämättömiä, merkitsisi väärinkäyttöä vain siltä osin kuin kyseinen menettelytapa todennäköisesti poistaisi kaiken kilpailun kyseisen kilpailijan taholta.³⁴ Tämän jälkeen yhteisöjen tuomioistuin muistutti asiassa Magill antamastaan tuomiosta ja huomautti, että vaikka oletettaisiinkin, että tämä teollisoikeuksien käyttöä koskeva oikeuskäytäntö soveltuisi minkä tahansa omistusoikeuden käyttöön, on edellytettävä paitsi sitä, että kieltäytymisellä kotiinkantopalvelun tarjoamisesta saatetaan poistaa kaikki kilpailu päivälehtimarkkinoilta palvelua kysyneeseen nähden ja ettei kieltäytymistä voida objektiivisesti perustella, myös sitä, että palvelu sinänsä on välttämätön kyseisen yrityksen toiminnan harjoittamisen kannalta siten, että kyseistä kotiinkantojärjestelmää ei voida tosiasiallisesti eikä mahdollisesti korvata millään toisella järjestelmällä.³⁵ Tilanne ei todellisuudessa ollut tällainen.³⁶

65. Asiassa IMS Health äskettäin antamassaan tuomiossa³⁷ yhteisöjen tuomioistuin palasi viimeksi tilanteisiin, joissa määräävässä asemassa olevan yrityksen kieltäytyminen antamasta lupaa käyttää tekijänoikeuttaan saattaisi merkitä EY 82 artiklassa tarkoitettua väärinkäyttöä. Yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Magill annettua tuomiota mukaillen, että jotta tekijänoikeuden haltijayrityksen kieltäytymistä antamasta oikeutta tietyn toiminnan harjoittamisesta välttämättömään tuotteeseen tai palveluun voitaisiin

pitää väärinkäyttönä, riittää, että kolme kumulatiivista edellytystä täyttyy, eli että tällä kieltäytymisellä estetään uuden tuotteen, jolle olisi potentiaalista kulutuskysyntää, pääsy markkinoille, että siihen ei ole perusteltuja syitä ja että sillä estetään kaikki kilpailu johdannaisilla markkinoilla.³⁸

66. Vaikuttaa siltä, että tähänastisesta yhteisön oikeuskäytännöstä ja muusta käytännöstä voidaan johtaa seuraavat seikat, joilla on merkitystä nyt käsiteltävän asian kannalta. Ensinnäkin on ilmeistä, että määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on joissain tapauksissa velvollisuus toimittaa tavaroitaan tai palveluitaan. Tilanne on tällainen esimerkiksi silloin, kun toimitusten keskeyttäminen vääristäisi vakavalla tavalla kilpailua kyseisen yrityksen ja sen tuotantoketjun edellisen vaiheen markkinoilla toimivan asiakkaan välillä tai kyseisen yrityksen ja sen todellisten tai potentiaalisten hankintamarkkinoilla toimivien kilpailijoiden välillä. Lisäksi on suppea määrä tilanteita, joissa määräävässä asemassa olevan yrityksen on annettava toimintonsa muiden käyttöön tai annettava lisenssi teollisoikeuksiensa käyttöön kolmannelle osapuolelle ensi kertaa. Jotta näin voisi olla, on osoitettava, että kilpailulle aiheutuu poikkeuksellista haittaa.

67. Toiseksi on kuitenkin myös selvää, että määräävässä asemassa olevan yrityksen EY 82 artiklaan perustuvat toimitusvelvoitteet ovat monessa mielessä rajattuja. Kuten

34 — Tuomion 38 kohdassa.

35 — Tuomion 41 kohta.

36 — Tuomion 42–44 kohta.

37 — Asia C-418/01, IMS Health, tuomio 29.4.2004 (Kok. 2004, s. I-5039).

38 — Tuomion 38 kohta.

yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa *United Brands* antamassaan tuomiossa, määräävässä asemassa oleva yritys ei ole velvollinen toimittamaan tilauksia, jotka eivät ole tavanomaisia, ja sillä on oikeus ryhtyä kohtuullisiin toimenpiteisiin puolustaa kaupallisia intressejään. Myös asiassa *BP* määräävässä asemassa oleva yritys kykeni puolustamaan yhteisöjen tuomioistuimessa menestyksekkäästi kauppapolitiikkaansa, jossa asiakkaat asetettiin eri asemaan niukkojen toimitusten jakamisessa. Yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi jatkuvasti rajoittanut määräävässä asemassa olevien yritysten velvoitetta viittaamalla objektiivisen perustelun mahdollisuuteen.

68. Kolmanneksi tekijät, jotka osoittavat, että yrityksen menettely sen kieltäytyessä toimituksista merkitsee väärinkäyttöä tai ei merkitse sitä, riippuvat suuressä määrin siitä erityisestä taloudellisesta ja lainsäädännöllisestä asiayhteydestä, jossa asia tulee esiin. Euroopan komissio viittaa samaan asiassa *Microsoft* äskettäin tekemässään päätöksessä.³⁹ Yhdysvaltojen Supreme Court on myös äskettäin omaksunut saman kannan.⁴⁰

39 — EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan soveltamisesta 24 päivänä maaliskuuta 2004 tehty komission päätös (asia COMP/C-3/37.792 *Microsoft*). Komissio esittää näkemyksensä päätöksen 555 kohdassa, että "näkemys, jonka mukaan pitäisi olla olemassa tyhjentävä luettelo poikkeuksellisista tilanteista ja jonka mukaan komission pitäisi jättää etukäteen huomiotta muut poikkeukselliset tilanteet, jotka saattaisivat olla huomion arvoisia toimituksista kieltäytymistä arvioitaessa, ei ole vakuuttava".

40 — Asiassa *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, joka koski Yhdysvaltain kartellilainsäädäntöön liittyvää toimituksista kieltäytymistä, J. Scalia, joka antoi Supreme Courtin ratkaisun, totesi, että "kartelleja tutkittaessa on aina otettava huomioon kyseisen teollisuuden erityinen rakenne ja erityisolosuhteet. Osa tätä taloudellisen asiayhteyden tutkimista on tietoisuus sääntelyn merkityksestä".

69. Tämän selvityksen perusteella vaikuttaa selvältä, että ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava kieltävästi: määräävässä asemassa oleva lääkeyritys, joka supistaa tuotteidensa toimituksia, ei välttämättä käytä määräävää asemaansa väärin EY 82 artiklassa tarkoitettulla tavalla pelkästään sen vuoksi, että se pyrkii sillä rinnakkaiskaupan rajoittamiseen.

70. Kuten komissio esittää, pidän uskottavana sitä, että rinnakkaiskaupan rajoittamista koskeva aikomus on yksi niistä tilanteista, joissa määräävässä asemassa olevan yrityksen kieltäytyminen toimittamasta tavaraa yleensä merkitsee väärinkäyttöä. Tällaisella menettelyllä pyritään normaalisti poistamaan määräävässä asemassa olevan yrityksen kilpailija tuontijäsenvaltion markkinoilta. Vaikka oletettaisiin, että riittävää vaikutusta kilpailuun ei kyettäisi kaikissa tapauksissa näyttämään toteen, tätä päätelmää voidaan lisäksi tukea sillä, että riidanalaisen menettelytavan tavoitteena on jakaa markkinat.

71. Vaikka nyt käsiteltävässä asiassa oletetaan, että markkinoita on pyritty jakamaan, ja tämä näkemys on jopa selvästi omaksuttu, markkinoiden jakaminen ei ole päätarkoitus, vaan kun otetaan huomioon markkinoiden ominaispiirteet, pikemminkin väistämätön seuraus GSK:n pyrkimyksestä suojella hyväksyttävänä kaupallisina intresseinään pitämään etuja kieltäytymällä toimittamasta tilauksia täysimääräisinä. Tarkoitusta koskeva kysymys ei sen vuoksi saa viedä huomiota siitä olennaisesta kysymyksestä, onko tällai-

nen kieltäytyminen kaikissa tilanteissa perusteltavissa.

72. Kuten komissio esittää, on joka tapauksessa selvää, että yhteisön oikeuskäytännössä annetaan määräävässä asemassa oleville yrityksille mahdollisuus osoittaa, että niiden menettelylle on objektiivinen peruste, vaikka se ensi arviolta vaikuttaisi väärinkäytöltä, ja käsittelen seuraavaksi objektiivista perustetta koskevaa kysymystä. Lisäisin vielä, että kaksivaiheinen tarkastelu, joka näyttäisi liittyvän väärinkäytön ja sen objektiivisen perusteen väliseen eroon, on mielestäni hieman keinotekoinen. EY 82 artiklaan, toisin kuin EY 81 artiklaan, ei sisälly nimenomaista määräystä poikkeuksesta, joka koskisi sellaista menettelytapaa, joka muuten kuuluisi sen soveltamisalaan. Jo se, että menettelytapaa voidaan pitää "väärinkäyttönä", viittaa näet siihen, että kielteinen päätelmä on jo tehty, toisin kuin EY 81 artiklan mukaisessa neutraalimmassa sanamuodossa "kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy". Siksi on mielestäni täsmällisempää sanoa, että tietyn tyyppiset määräävässä asemassa olevan yrityksen menettelytavat eivät kuulu lainkaan väärinkäytön piiriin. Kun otetaan kuitenkin huomioon se, että komissio on aikaisemman yhteisön oikeuskäytännön perusteella esittänyt lausumansa objektiivisen perusteen muodossa, on tarkoituksenmukaista omaksua tämä rakenne nyt käsiteltävän asian yhteydessä.

Voidaanko riidanalainen menettely perustella objektiivisesti?

73. Kun otetaan huomioon se, että olen ehdottanut kieltävää vastausta ensimmäisen

ennakkoratkaisukysymyksen ensimmäiseen osaan, on tarkasteltava myös sitä, onko millään kilpailuneuvoston yksilöimillä eri tekijöillä merkitystä arvioitaessa sitä, voidaanko riidanalainen menettely perustella objektiivisesti, toisin sanoen se, että Euroopan lääkealalla eivät vallitse puhtaat kilpailunedellytykset, prosenttiosuus, jolla määräävässä asemassa olevan yrityksen toimitukset ylittävät kotimaisen kulutuksen, rinnakkaiskaupan vaikutus määräävässä asemassa olevan yrityksen liikevaihtoon tai voittoon ja se, missä määrin loppukäyttäjä/potilas ja myyjien tuotteiden ostaja saa hyötyä rinnakkaiskaupasta.

74. On ensi arviolta hankalaa hylätä Euroopan komission näkemys siitä, että tarjonnan supistaminen rinnakkaiskaupan rajoittamiseksi voitaisiin perustella ainoastaan hyvin harvoissa tapauksissa. Useimmissa tapauksissa rinnakkaiskaupan hyödyt ovat selvät: tällainen kauppa edistää merkinsisäistä kilpailua alentamalla hintoja tuontimaassa sikäläisten kuluttajien eduksi. Kun Euroopan lääkealan erityistä tilannetta tarkastellaan kuitenkin lähemmin, en ole vakuuttunut siitä, että perustelumahdollisuudet ovat niin vähäiset kuin komissio esittää.

75. Useat alan ominaispiirteet, joihin Kreikan kilpailuneuvosto on viitannut, vaikuttavat minusta merkityksellisiltä, kun otetaan huomioon määräävässä asemassa olevan

lääkealan yrityksen vastuu, kun se supistaa tarjontaa rajoittaakseen rinnakkaiskauppaa.

76. Tekijät, jotka mielestäni pitäisi ottaa huomioon, ovat ensinnäkin hintaa ja jakelua kyseisellä alalla koskeva laaja sääntely, toiseksi hillitsemättömän rinnakkaiskaupan todennäköinen vaikutus lääkealan yrityksiin alan taloudellisten seikkojen valossa ja kolmanneksi tällaisen kaupan vaikutukset lääkkeiden kuluttajiin ja ostajiin.

Hintaa ja jakelua koskeva sääntely Euroopan lääkealalla

77. Kun arvioidaan tämän oikeudenkäynnin kohteena olevan kaltaista menettelyä, on mielestäni mahdotonta jättää huomiotta sitä, miten kattavasti ja eri tavoin lääkealaa säännellään sekä kansallisella että yhteisön tasolla.

78. Jäsenvaltiot toteuttavat toimenpiteitä rajoittaakseen hintoja, joita lääkkeistä on maksettava niiden alueella. Tällaisilla toimenpiteillä pyritään suojelemaan julkisten

terveysvakuutusrahastojen varoja, sillä ne kantavat suurimman osan näiden tuotteiden kustannuksista. Valtiot puuttuvat tilanteeseen vaihtelevassa määrin ja erilaisin menetelmin vahvistamalla lääkkeiden hinnan tai vaikuttamalla siihen. Jotkin valtiot ovat valmiita sallimaan lääkkeiden myynnin korkeampaan hintaan kuin toiset. Tämä saattaa johtua siitä, että nimenomaisesti tai implisiittisesti hyväksytään se, että lääkeyritysten on saatava riittävä voitto, jotta niillä olisi kannustin tutkia ja kehittää uusia lääkkeitä. Tämän seurauksena lääkkeet ovat tyypillisesti joissain jäsenvaltioissa huomattavasti kalliimpia kuin muissa. Nimenomaan jäsenvaltioiden väliset hintaerot luovat mahdollisuuksia rinnakkaiskaupalle. Komissio ennusti äskettäin, ennen Euroopan unionin viimeisintä laajentumista julkaisemassaan tiedonannossa, että laajentuminen lisäisi hintaeroja vielä entisestäänkin.⁴¹

79. Jäsenvaltioiden harjoittamaa hintasääntelyä koskee vain hyvin vähäinen yhteisön lainsäädännössä toteutettu yhdenmukaistaminen.⁴² Komissio totesi lääkkeiden yhtenäismarkkinoista vuonna 1998 antamassaan tiedonannossa,⁴³ että se vaihtoehto, että

41 — Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille, talous- ja sosiaalikomitealle sekä alueiden komitealle — Euroopan lääketeollisuuden lujittaminen potilaiden eduksi — Toimenpiteitä tarvitaan (KOM(2003) 383 lopullinen, s. 14.)

42 — Ihmisille tarkoitettujen lääkkeiden hintojen sääntelytoimenpiteiden avoimuudesta ja niiden soveltamisesta kansallisissa sairausvakuutusjärjestelmissä annetun neuvoston direktiivin 89/105/ETY (EYVL 1989, L 40, s. 8) mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että hinnoittelua ja korvauksia koskevat päätökset tehdään avoimesti tavalla, joka ei ole syrjivä, ja tietyssä määräajassa.

43 — KOM(1998) 588 lopullinen.

omaksuttaisiin keskitetysti hallinnoitu lääkkeiden hinnoittelujärjestelmä Euroopassa, ei ollut toivottava ja että se olisi tällä hetkellä epäkäytännöllinen. Se totesi, että ”asianmukaisen hintatason käyttöönotto kaikkialla yhteisössä olisi erittäin hankalaa: halpa hintataso edistäisi välittömästi terveydenhoidon kulutavoitteiden saavuttamista (ainakin jäsenvaltioissa, joissa hinnat ovat tällä hetkellä korkeat) mutta vähentäisi jatkuvasti Euroopan osuutta maailmanlaajuisista lääkealan tuotekehitysinvestoinneista, mikä lopulta johtaisi siihen, että sijoituksia Euroopan talouteen vähennettäisiin. Korkea hintataso vähentäisi kuluttajien ja maksajien mahdollisuuksia maissa, joissa taloudelliset ja sosiaaliset olot ovat sellaiset, että tällaisiin hintoihin ei ole varaa.”⁴⁴ Komissio on ehdottanut sen sijaan erilaisia toimenpiteitä, joilla pyritään vähentämään sisämarkkinoille aiheutuvia häiriöitä, jotka johtuvat siitä, että jäsenvaltiot sääntelevät lääkkeiden hintoja.

80. Toinen merkityksellinen seikka, joka normaalissa kilpailutilanteessa ei tule esiin, johtuu Euroopan lääketeollisuudesta siitä, että lääkkeiden jakelua säännellään hyvin vahvasti sekä kansallisella että yhteisön tasolla. Ihmisille tarkoitettuihin lääkkeisiin liittyvien yhteisön sääntöjen mukaan jäsenvaltioiden on otettava käyttöön lupajärjes-

telmä lääkkeiden tukkukaupan toimijoita varten. Luvan saaminen edellyttää erilaisten vähimmäisvaatimusten täyttämistä.⁴⁵

81. Lääkealan yrityksiä ja tukkukauppoja koskevat monessa jäsenvaltiossa erilaiset kansallisen lain mukaiset lisävelvoitteet, joilla pyritään takaamaan lääkkeiden saatavuus. Esimerkiksi Kreikan kilpailuneuvosto selittää ennakkoratkaisupyyntönsä, että Kreikan laissa asetetaan joillekin kantajista yleisen edun mukainen palveluvelvoite, jonka mukaan niiden on jatkuvasti pidettävä täyttä ja monipuolista lääkevarastoa, jolla kyetään kattamaan tietyn maantieteellisen alueen vaatimukset ja jolla varmistetaan tarvittavat toimitukset hyvin nopeasti koko kyseisellä alueella.

82. Ihmisille tarkoitettuja lääkkeitä koskevista yhteisön säännöistä annetun direktiivin 2001/83/EY 81 artiklassa asetetaan lääkkeiden valmistajille ja jakelijoille seuraava velvoite:

”Lääkkeen myyntiluvan haltija ja jäsenvaltiossa tosiasiallisesti markkinoille saatetun lääkkeen jakelijat huolehtivat velvollisuksiensa puitteissa kyseisen lääkkeen pitämisestä tarkoituksenmukaisesti ja jatkuvasti

⁴⁴ — Tiedonannon s. 11.

⁴⁵ — Asiaa koskevat säännökset sisältyvät ihmisille tarkoitettuja lääkkeitä koskevista yhteisön säännöistä 6 päivänä marraskuuta 2001 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2001/83/EY (EYVL L 311, s. 67) VII osastoon, sellaisena kuin kyseinen direktiivi on muutettuna 31 päivänä maaliskuuta 2004 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2004/27/EY (EUVL L 136, s. 34).

saatavilla apteekeille ja henkilöille, joilla on lupa lääkkeiden yleiseen jakeluun, niin että kyseisen jäsenvaltion potilaiden tarpeet tulevat täytetyiksi."

lääketeollisuuden tukkukauppiaita viemästä hallussaan olevia tuotteita, on ilmeisesti julkiset palveluvelvoitteet, jotka edellyttävät niiden pitävän riittäviä varastoja kotimaisen kysynnän tyydyttämiseksi. Tarjonnan supistamiseen liittyvä markkinoita jakava vaikutus johtuu vientimaan kansallisten viranomais-ten toteuttamista toimista.

83. Euroopan lääkealaa koskevalla kansallisel-
sella ja yhteisön sääntelyllä on mielestäni
monilla tavoin merkitystä riidanalaisen kal-
taista menettelytapaa tutkittaessa.

84. Tällaisessa sääntelyssä kiinnitetään
ensinnäkin huomio tarjonnan supistamisen
kohtuullisuuteen ja oikeasuhteisuuteen. Kun
lääkeyritykset pyrkivät estämään rinnakkais-
kaupan, ne eivät tavoittele sillä oman tuot-
teensa hintaerojen vakiinnuttamista vaan
pyrkivät pikemminkin välttämään seurauk-
set, joita aiheutuisi, mikäli niiltä joissain
jäsenvaltioissa vaadittavat hyvin alhaiset hin-
nat yleistyisivät yhteisössä.

85. Tarjonnan supistaminen ei myöskään
sinänsä estä tukkukauppiaita viemästä toimi-
tuksia maasta. Yleensä tällainen supistami-
nen ei estäisi rinnakkaiskauppaa, mikäli
jäsenvaltioiden välillä olisi hintaeroja. Kaikki
alhaisia hintoja soveltavassa jäsenvaltiossa
toimitetut määrät vietäisiin maasta, eikä
yrityksen kannattaisi lainkaan toimittaa tava-
raa kyseisessä valtiossa. Se, mikä estää

86. Toiseksi lailliset ja moraaliset velvoitteet,
joiden perusteella määräävässä asemassa
olevien lääkealan yritysten on ylläpidettävä
tarjontaa kussakin jäsenvaltiossa, saattavat
epäilyksenalaiseksi sen, onko kohtuullista ja
suhteellisuusperiaatteen mukaista edellyttää,
että ne toimittavat tavaraa alhaisia hintoja
soveltavan jäsenvaltion tukkukauppiaalle,
joka aikoo viedä toimitetut määrät maasta.
Ei ole selvää, että lääkealan yritys voisi
vetäytyä jäsenvaltiosta, jossa siltä edellytet-
täisiin alhaista hintaa. Vaikuttaa siltä, että
tällaiselle vetäytymiselle saattaisi olla kaksi
laillista estettä. Yhtäältä EY 82 artiklassa
saatetaan rajoittaa niitä olosuhteita, joiden
vallitessa määräävässä asemassa olevat yri-
tykset saavat lopettaa olemassa olevat liike-
suhteet, tai ainakin niitä olosuhteita, joiden
vallitessa ne saavat lopettaa ne ilman koh-
tuullista irtisanomisaikaa. Toisaalta direktii-
vin 2001/83/EY 81 artiklassa edellytetään
lääkealan yritysten huolehtivan velvollisuus-
siensa puitteissa jäsenvaltion markkinoille
saatetun lääkkeen pitämisestä tarkoituksen-
mukaisesti ja jatkuvasti niiden apteekkien ja
henkilöiden saatavilla, joilla on lupa lääkkei-
den yleiseen jakeluun, niin että kyseisen
jäsenvaltion potilaiden tarpeet tulevat täyte-
tyiksi. Tämän velvoitteen täsmällinen ulottu-
vuus on vielä tutkittava, mutta sillä saatetaan
kyetä rajoittamaan lääkeyrityksen mahdolli-

suuksia vetää markkinoilta tuote, jota on jo myyty tietyssä valtiossa.

Innovatiiviseen lääketeollisuuteen liittyvät taloudelliset tekijät

87. Kolmanneksi lääkkeiden jakelun säänteleminen perustuu Euroopassa kansallisesti hajautettuun järjestelmään, jolla pyritään varmistamaan, että jokaisella kansallisella alueella on riittävästi tavaraa, jolla asetetaan velvoitteita sekä lääkeyrityksille että tukkukauppiaille ja jota sovellettavassa yhteisön lainsäädännössä erityisesti vahvistetaan. Rinnakkaiskauppioiden toiminta rikkoo tämän järjestelmän ja mahdollisesti saattaa samalla epätasapainoon sekä tuontijäsenvaltiossa että vientijäsenvaltiossa järjestelyt, joita tuottajien ja tukkukauppioiden on otettava käyttöön täyttäessään julkisia palveluvelvoitteitaan kansallisen ja yhteisön lainsäädännön nojalla. Määrävässä asemassa olevan lääkealan yrityksen päätöstä supistaa määriä, jotka se toimittaa niille, jotka aikovat ryhtyä rinnakkaiskauppaan, on mielestäni arvioitava tällaisiin velvoitteisiin nähden.

88. Kuten jäljempänä totean, se, että jäsenvaltiot ovat ottaneet käyttöön hyvin erilaisia farmaseuttisten valmisteiden hintatasoja alueillaan ja että ne ovat itse farmaseuttisten valmisteiden tärkeimpiä ostajia, herättää epäilyksen siitä, hyödyttääkö rinnakkaiskauppa todellisuudessa lääkkeiden ostajia.

89. Mielestäni on tärkeää ottaa huomioon myös joitain taloudellisia tekijöitä, jotka vaikuttavat lääkealan yritysten kauppapolitiikkaan. Innovointi on tärkeä tekijä lääkealan kilpailussa.⁴⁶ Uuden lääkkeen tutkiminen ja kehittäminen edellyttävät yleensä huomattavia investointeja.⁴⁷ Lääkkeen valmistukselle ovat yleensä ominaisia korkeat kiinteät kulut (tuotteen tutkimiseksi ja kehittämiseksi) ja verrattain alhaiset muuttuvat kulut (tuotteen valmistamiseksi sen jälkeen kun se on kehitetty).⁴⁸ Päätös siitä, investoiko valmistaja uuden lääkkeen kehittämiseen, riippuu tietyistä osittain siitä, odottaako valmistaja saavansa riittävän voiton investointimenojen kattamiseksi. Kun investointi on tehty, kulut kuitenkin laskevat. Tästä syystä on yrityksen kannalta järkevää toimittaa tuotteita kaikille markkinoille, joilla hinta on vahvistettu muuttuvia kuluja korkeammaksi. Pelkästään se, että tuotetta markkinoidaan tietyillä markkinoilla tiettyyn hintaan, ei tarkoita sitä, että lääkeyritys kykenisi

46 — EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta 8 päivänä toukokuuta 2001 tehty komission päätös (Glaxo Welcome) (EYVL 2001, L 302, s. 1, 155 kohta).

47 — A. Gambardella, L. Orsenigo ja F. Pammolli toteavat raportissaan, joka laadittiin Euroopan komission yritystoiminnan pääosastolle otsikolla "Global Competitiveness in Pharmaceuticals — A European Perspective", sivulla 38, että "uuden lääkkeen tuotekehityshanke kestää todennäköisesti 8–12 vuotta ja maksaa noin 350–650 miljoonaa Yhdysvaltain dollaria".

48 — Ks. saman raportin sivulla 3 oleva alaviite 1, jossa kirjoittajat toteavat, että "valmistus ei ole tällä alalla niin tärkeää kuin tuotekehittely ja markkinoille saattaminen, jotka vievät valtaosan investoinneista".

kattamaan kokonaiskulunsa, mikäli hinta yhdenmukaistettaisiin koko yhteisössä. Ongelmaa kyettäisiin testaamaan, mikäli kansallinen tuomioistuin voisi osoittaa, mahdollistiko määräävässä asemassa olevan yrityksen tietyssä jäsenvaltiossa saama hinta sen, että se kattoi kiinteät ja muuttuvat kulunsa ja teki kohtuullista voittoa.

90. Nämä tekijät antavat jossain määrin tietoa seurauksista, joita mahdollisesti aiheutuu siitä, että kielletään määräävässä asemassa olevia lääkealan yrityksiä supistamasta toimituksia rinnakkaiskaupan rajoittamiseksi.

91. Tällaisilla yrityksillä olisi selvästi kannustin olla markkinoimatta tuotteita, joiden ansiosta ne saisivat määräävän aseman jäsenvaltioissa, joissa hinnat on vahvistettu alhaisiksi. Kuten edellä on todettu, yrityksiä sitovat lailliset ja moraaliset velvoitteet saattaisivat merkitä sitä, että niiden olisi vaikeaa vetää markkinoilta tuotteita, joita kyseisissä valtioissa jo myydään. Todennäköisemmin ne saattaisivat viivästyttää uusien tuotteiden tuomista markkinoille kyseisissä valtioissa. Tiettyjen tuotteiden tuotantomäärät ja kuluttajien hyvinvointi näin ollen vähenisivät yhteisössä.

92. Vastaavasti hintasääntelyä koskevista neuvotteluista tulisi alhaisia hintoja soveltavissa jäsenvaltioissa melkein varmasti vaikeita. Hinnannousupaineet olisivat kyseisissä valtioissa huomattavat, mikäli hinnat pitäisi yhdenmukaistaa rinnakkaiskaupan vuoksi koko yhteisössä. Tällaiset sovitut hinnankorotukset vähentäisivät puolestaan tarjontaa ja kuluttajien hyvinvointia asianomaisissa valtioissa. Lisäksi niistä seuraisi käytännössä resurssien uudelleenjakaminen alempia hintoja soveltavien jäsenvaltioiden kuluttajilta korkeampia hintoja soveltavien jäsenvaltioiden kuluttajille.

93. Mikäli alhaisia hintoja soveltavat jäsenvaltiot kykenisivät vastustamaan hinnankorotuspaineita ja lääkealan yritykset eivät vetäisi tuotteita markkinoilta tai viivyttäisi niiden markkinoille tuloa, vähentyisivät niistä tuotteista saatavat tulot, joiden osalta määräävä asema on todettu. Lääkealan yrityksen kannustinta investoida tutkimukseen ja kehitystyöhön heikennettäisiin, koska kyseinen yritys voisi odottaa saavansa pienempiä tuloja patenttisuojan aikana.

94. Komissio esittää, että lääkealan yritykset voivat valita, markkinoivatko ne tuotetta tiettyyn hintaan, ja mikäli ne menettelevät näin, on oletettava, että kyseinen hinta on kaupallisesti sopiva. Kuten edellä totesin,⁴⁹ tämä päätelmä menee mielestäni liian pit-

49 — Tuomion 89–93 kohdassa.

källe. Yritys saattaa suostua tiettyyn hintaan yhdessä jäsenvaltiossa huolimatta rajoite-
tuista mahdollisuuksista, joita tämä hinta
tarjoaa tietyn lääkkeen kehittämiseen liitty-
vien kiinteiden kustannusten kattamiseksi,
sillä edellytyksellä, että muuttuvat tuotanto-
kustannukset katetaan eikä hintaa käytetä
yleisesti yhteisössä, jolloin muissa jäsenval-
tioissa saadut tulot kutistuisivat.

on kuluttajille ja ostajille tuontijäsenvaltiossa.
Yleensä rinnakkaiskaupan hyödyt koituvat
niille, jotka kykenevät ostamaan tuotteita
alemmalla hinnalla markkinoilla, joille tavara
toimitetaan. Vaikuttaa kuitenkin siltä, että
Euroopan lääketeollisuuden erityispiirteet
saattavat tällaiset hyödyt epäilyksen alaisiksi.

95. Näin ollen on täysin uskottavaa, että
mikäli määräävässä asemassa olevat lääke-
alan yritykset eivät kykenisi neuvottelemaan
hinnankorotusta alhaisia hintoja soveltavissa
jäsenvaltioissa, ne vastaisivat tavarantoimit-
tamista tiettyssä jäsenvaltiossa sijaitseville
rinnakkaismyyjille koskevaan velvoitteeseen
poistamalla olemassa olevat tuotteet markki-
noilta kyseisessä valtiossa, mikäli kykenisivät
menettelemään näin, ja viivästyttäisivät siellä
uusien tuotteiden tuomista markkinoille.
Hintaerot korvattaisiin enenevällä markki-
noiden pirstaloitumisella, jolloin saatavilla
oleva tuotevalikoima vaihtelisi valtiosta toi-
seen.

*Rinnakkaiskaupasta kuluttajille ja ostajille
tuontijäsenvaltiossa aiheutuvat seuraukset*

96. Lopuksi on mielestäni asianmukaista
tutkia vaikutuksia, joita rinnakkaiskaupasta

97. Lääketuotteiden rinnakkaiskaupasta ei
välttämättä seuraa hintakilpailua, joka olisi
tällaisten tuotteiden loppukäyttäjien havait-
tavissa. Potilaat maksavat monissa jäsenval-
tioissa vain pienen kiinteän osuuden heille
määrättyjen lääkkeiden hinnasta. Loput tuot-
teen ostokustannuksista jäävät sosiaalivakuu-
tusjärjestelmän hoidettaviksi. Rinnakkais-
kaupasta ei näin ollen koidu kyseisissä
valtioissa mitään hyötyjä myytyjen lääkkei-
den loppukäyttäjille.

98. Rinnakkaiskaupasta ei myöskään aina
seuraa hintakilpailua niiden julkisten elinten
hyödyksi, jotka käytännössä ostavat tuotteita,
tai veronmaksajille, jotka rahoittavat ostot.
Joissain valtioissa apteekeille on esimerkiksi
annettu oikeus ottaa myydyistä tuotteista
vastaan maksu, joka vastaa kyseisessä val-
tiossa ensimmäistä kertaa toimitettuihin
tuotteisiin sovellettavaa hintaa. Tämän seu-
rauksena hintaero, jonka vuoksi rinnakkais-
kauppa alkoi, on täysin muuttunut voitoksi,
jonka keräävät jakeluketjun jäsenet. Jotkin

valtiot ovat vastanneet tähän ottamalla käyttöön palautusjärjestelyjä saadakseen itselleen osan apteekkien voitoista. Komissio myönsi vuoden 1998 tiedonannossaan, että "ellei rinnakkaiskauppa kykene vaikuttamaan dynaamisesti hintoihin, se luo tehottomuutta, koska suurin osa, rahoituksellisesta hyödyistä, vaikkakaan ei kaikki, kertyy pikemminkin rinnakkaismyyjälle kuin terveydenhoitojärjestelmälle tai potilaalle".⁵⁰

99. Kun otetaan huomioon se, että viranomaiset ostavat lääkkeitä samalla kun niillä on merkittävä asema kyseisten tuotteiden hinnan määrittämisessä, ei voida missään tapauksessa olettaa, että ostajan ainoa tavoite korkeita hintoja soveltavassa jäsenvaltiossa olisi hintojen alentaminen. Mikäli valtio haluaisi alempia hintoja, sen voitaisiin olettaa pyrkivän niiden alentamiseen suoraan. Rinnakkaiskaupasta seuraava hintakilpailu saat-
taa tästä syystä olla ostajan toiveiden vastainen.

Objektiivisen perusteen mahdollisuutta koskevat päätelmät

100. Kun otetaan huomioon kaikki edellä esitetyt tekijät, katson, että sitä, että määrää-

vässä asemassa oleva lääkeyritys supistaa tarjontaa rajoittaakseen rinnakkaiskauppaa, voidaan perustella kohtuullisena ja oikeasuhteisena toimenpiteenä, jolla puolustetaan kyseisen yrityksen kaupallisia intressejä. Tällaisella rajoituksella ei suojella hintaeroja, jotka perustuisivat yrityksen omiin toimenpiteisiin, eikä niillä estetä suoraan kauppaa, jota estävät pikemminkin jäsenvaltioiden asettamat julkiset palveluvelvoitteet. Jos yritykseltä edellytettäisiin kaikkien vientitilausten toimittamista, sille asetettaisiin monissa tapauksissa suhteeton rasite, kun otetaan huomioon sille kaikissa jäsenvaltioissa asetetut moraaliset ja lailliset velvoitteet ylläpitää tarjontaa. Kun otetaan huomioon lääketeollisuuden taloudelliset erityispiirteet, toimitusvaatimus ei välttämättä edistäisi vapaata liikkuvuutta eikä kilpailua, ja se saattaisi heikentää lääkealan yritysten innovointihalukkuutta. Ei voida myöskään olettaa, että rinnakkaiskauppa todellisuudessa hyödyttäisi lääkkeiden loppukäyttäjiä sen enempää kuin jäsenvaltioitakaan, jotka ovat näiden tuotteiden tärkeimpiä ostajia.

101. Katson kuitenkin, että tässä tekemäni päätelmä koskee aivan nimenomaisesti lääketeollisuutta sen nykytilanteessa ja juuri nyt käsiteltävän kohteena olevaa menettelytapaa.

50 — Komission tiedonanto lääkkeiden yhtenäismarkkinoista, mainittu edellä alaviitteessä 43, s. 4.

102. Pidän erittäin epätodennäköisenä, että millään muulla alalla voisi olla sellaisia erityispiirteitä, joiden perusteella olen katsonut, että tarjonnan supistamista rinnakkaiskaupan rajoittamiseksi voidaan puolustaa lääkkeiden osalta. Mikäli lääkealan taloudellinen ja lainsäädännöllinen tilanne Euroopassa muuttuisi, saattaisi myös olla tarpeen arvioida uudelleen sitä, onko tarjonnan supistaminen alhaisia hintoja soveltavissa jäsenvaltioissa kohtuullista ja suhteellisuusperiaatteen mukaista.

103. Katson myös, että sellaista määräävässä asemassa olevan lääkealan yrityksen menettelytapaa, jolla selvemmin ja suuremmin jaettaisiin yhteismarkkinoita, ei kyettäisi

puolustamaan samalla tavoin. Tarjonnan supistamisen oikeasuhteisuus perustuu osittain siihen, että sen markkinoita jakavat vaikutukset ovat lääkealalla hyvin vähäiset.

104. Huomauttaisin vielä lopuksi, että edellä esitetty tarkastelu ei poista sitä mahdollisuutta, että se, että määräävässä asemassa oleva lääkealan yritys supistaa tarjontaa, saattaa olla toimituksista kieltäytymistä koskevan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön vastaista, mikäli sillä olisi kilpailulle kielteisiä vaikutuksia, jotka johtuvat muusta kuin rinnakkaiskaupan rajoittamisesta.

Ratkaisuehdotus

105. Edellä esitetyistä syistä ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin vastattaisiin seuraavasti:

- 1) Määräävässä asemassa oleva lääkealan yritys ei välttämättä käytä määräävää asemaansa väärin, kun se kieltäytyy toimittamasta täysimääräisinä tilauksia, joita

lääkealan tukkukauppiat sille tekevät, pelkästään sen vuoksi, että se pyrkii sillä rinnakkaiskaupan rajoittamiseen.

- 2) Tällainen kieltäytyminen voidaan perustella objektiivisesti, jolloin se ei merkitse väärinkäyttöä, mikäli rinnakkaiskauppaan johtava hintaero johtuu valtion toimenpiteistä vientijäsenvaltiossa, joka vahvistaa siellä hinnan alhaisemmaksi kuin muualla yhteisössä, kun otetaan huomioon Euroopan lääkealan olosuhteet sen kehityksen nykyvaiheessa ja erityisesti
- valtioiden voimakas ja eritasoinen puuttuminen lääkkeiden hinnoitteluun, mistä aiheutuvat jäsenvaltioiden väliset hintaerot
 - se, että yhteisö ja jäsenvaltiot sääntelevät lääkkeiden jakelua, jolloin lääkealan yrityksillä ja tukkukauppiaille on kansallisella tasolla tarkasti rajatut velvoitteet varmistaa kyseisten tuotteiden riittävä saatavuus
 - rinnakkaiskaupasta kilpailulle, yhteismarkkinoille ja innovointikannustimille mahdollisesti aiheutuvat kielteiset seuraukset, kun muistetaan lääketeollisuuden taloudelliset erityispiirteet
 - se, että lääkkeiden loppukäyttäjät eivät ehkä kaikissa tapauksissa hyödy rinnakkaiskaupasta ja että jäsenvaltioiden viranomaisten tällaisten tuotteiden tärkeimpinä ostajina ei voida olettaa hyötyvän alemmista hinnoista, koska ne ovat itse vastuussa hintojen vahvistamisesta omilla alueillaan.