LYGIAGREČIOS PREKYBOS RIBOJIMO FARMACIJOS SEKTORIUJE VERTINIMAS

Darius Miniotas
Vilniaus universiteto Teisės fakulteto doktorantas
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius
Tel. (+370 5) 236 61 70
El. paštas: darius.miniotas@gmail.com

Straipsnyje nagrinėjamas vienas iš „sunkiųjų" vertikaliųjų apribojimų konkurencijos teisėje – lygiagrečios prekybos draudimas (ribojimas), koncentruojantis į tokio pobūdžio susitarimų vertinimą farmacijos sektoriaus kontekste. Straipsnyje atskleidžiama, kad dėl specifinės ekonominės ir teisinės farmacijos sektoriaus aplinkos lygiagrečios prekybos ribojimo susitarimai ne visada turėtų būti laikomi antikonkurenciniais. Diskutuojama, kiek yra pagrįsta, kad tokio pobūdžio susitarimų itin neigiamas vertinimas yra labiau nulemtas Europos Sąjungos vidaus rinkos integracijos tikslo nei teisinės ar ekonominės logikos.

Te article examines one of the hardcore vertical restraints in competition law – prohibition (restriction) of parallel trade, with the focus on the assessment of such agreements within the context of pharmaceutical industry. The article discloses that due to the very specific economical and legal environment of the pharmaceutical sector, agreements restricting parallel trade should not be condemned as anticompetitive in all cases. It is discussed whether it is reasonable that extremely negative attitude towards such agreements is more conditioned upon the European Union's internal market integration goal than legal or economic logic.

Įvadas

Lygiagrečios prekybos ribojimas, absoliuti teritorinė apsauga ir kiti panašūs vertikalieji apribojimai nuo pat Europos Sąjungos įkūrimo pradžios buvo vertinami kaip didžiulė grėsmė sukurti bendrąją vidaus rinką ir vienai iš pagrindinių Europos Sąjungos laisvių – laisvam prekių judėjimui. Nenuostabu, kad Europos Sąjungos Teisingumo Teismas (toliau – ESTT**)** tokio pobūdžio susitarimus netruko pripažinti savo tikslu ribojančiais konkurenciją ir automatiškai pažeidžiančiais Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo [1] (toliau – SESV) 101 straipsnio 1 dalį [26]. Nustačius, kad susitarimas riboja konkurenciją, nereikalaujama įrodinėti faktinių antikonkurencinių tokio susitarimo padarinių ar laukti, kol tokių padarinių kils, nes susitarimas laikomas vien pagal savo objektą automatiškai pažeidžiančiu SESV 101 straipsnio 1 dalies Europos Komisijos (toliau – Komisija) ir ESTT praktika lygiagrečios prekybos ribojimo atžvilgiu išliko nuosekliai griežta, nes vargu ar galima sugalvoti tokią susitarimo rūšį, kuri iš pirmo žvilgsnio dar akivaizdžiau nesiderintų su Europos Sąjungos vidaus rinkos integracijos vizija.

Ši praktika lėmė, kad lygiagrečios prekybos (importo ir / ar eksporto) ribojimas ar draudimas kartu su vertikaliuoju kainų

fiksavimu buvo priskirtas prie „sunkiųjų“ (angl. *hardcore*) vertikaliųjų apribojimų, kuriems netaikoma 2010 m. balandžio 22 d. Komisijos reglamento (ES) Nr. 330/2010 dėl Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio 3 dalies taikymo vertikaliųjų susitarimų ir suderintų veiksmų rūšims [3] (toliau – Reglamentas Nr. 330/2010*)* nustatyta bendroji išimtis ir kurie preziumuojami kaip *a priori* netenkinantys SESV 101 straipsnio 3 dalies nustatytos individualios išimties sąlygų, kategorijos. Itin griežtas požiūris į „sunkiuosius“ vertikaliuosius apribojimus skatina jų *de facto per se* draudžiamumą Europos Sąjungos konkurencijos teisėje.

Nepaisant to, kad Teisingumo Teismas lygiagrečios prekybos ribojimą nuolatos pripažindavo savo *tikslu,* ribojančiu konkurenciją [27, paragr. 7 ir 18; 33, paragr. 64–80], praėjusio dešimtmečio viduryje paskelbta generalinio advokato Jacobs išvada *Syfait* byloje [46] ir Bendrojo Teismo sprendimas *GlaxoSmithKline Services v. Commission* byloje [34] akademinę bendruomenę privertė permąstyti nusistovėjusį požiūrį į lygiagrečios prekybos ribojimą, bent jau farmacijos sektoriuje, kartu atrandant ne vieną reikšmingą argumentą, pateisinantį tokių ribojimų taikymą, atsižvelgiant į farmacijos sektoriaus ir jo ribose vykdomos lygiagrečios prekybos specifiką. Kaip atskleidžiama straipsnyje, tyrimo objektu pasirinktas farmacijos sektorius pasižymi specifinėmis teisinėmis ir ekonominėmis savybėmis, kurios nulėmė kokybiškai naują konkurencijos taisyklių taikymo kryptį, metusią iššūkį įsitvirtinusiems precedentams.

Straipsnyje siekiama išanalizuoti naujausias tendencijas vertinant lygiagrečios prekybos ribojimo susitarimus, tradiciškai laikomus turinčiais *tikslą* riboti konkurenciją, tačiau dėl Europos Sąjungos konkurencijos taisyklių reformos ir platesnio ekonominio požiūrio (angl. *more economic approach*) politikos įtakos pradėtus vertinti naujai.

Kaip šaltiniai visų pirma yra pasitelkiama analizei reikšminga ESTT, Komisijos, taip pat atskirų valstybių nacionalinių konkurencijos priežiūros institucijų ir teismų praktika. Kartu remiamasi užsienio šalių teisės ir ekonomikos mokslininkų darbais ir jų atliktų tyrimų rezultatais. Straipsnyje naudojami ekonominės teisės analizės, lingvistinis, sisteminis, istorinis metodai.

Pažymėtina, kad Lietuvoje atskiro tyrimo, orientuoto į lygiagrečios prekybos ribojimo vertinimą Europos Sąjungos konkurencijos teisėje po 1999–2003 metais įvykusio konkurencijos taisyklių modernizavimo, nebuvo atlikta. D. Švirino monografijoje „Vertikaliųjų susitarimų reglamentavimas konkurencijos teisėje“ yra aptariama lygiagrečios prekybos ribojimo susitarimų vertinimo praktika iki 2004 metų [22, p. 217–226], tačiau joje dar neatsispindi kintamo požiūrio užuomazgos, o tai būtent ir yra pagrindinis šio straipsnio objektas. Užsienio akademinėje bendruomenėje *Syfait* ir *GlaxoSmithKline* bylos dėl jų išskirtinės reikšmės lygiagrečios prekybos ribojimui vertinti buvo komentuotos gana plačiai, tačiau šiuo straipsniu papildomai norima ištirti šių tendencijų įtaką Lietuvos ir kitų panašiomis ypatybėmis pasižyminčių Europos Sąjungos valstybių narių vartotojų gerovei, todėl dėl šios krypties straipsnis vertinintas kaip aktualus ir tarptautiniu lygmeniu.

1. Lygiagrečios prekybos ribojimo susitarimų vertinimas Europos Sąjungos konkurencijos teisėje

Draudimas eksportuoti prekes į kitas valstybes nares, išimtinės pardavimų teritorijos suteikimas kartu uždraudžiant kitiems platintojams pardavinėti toje teritorijoje, tiesioginis ar netiesioginis lygiagrečios prekybos ribojimas ar draudimas – visi tokio pobūdžio vertikalieji susitarimai Komisijos ir ESTT praktikoje buvo pripažinti turinčiais tikslą riboti konkurenciją. Tokie susitarimai patenka į Reglamento Nr. 330/2010 4 straipsnyje nustatytą „juodąjį sąrašą“, todėl jiems negali būti taikoma bendroji išimtis[1], o SESV 101 straipsnio 3 dalyje nustatytos individualios išimties suteikimo galimybė yra viso labo teorinė. Komisija tokio pobūdžio vertikaliuosius susitarimus vertina kaip veiksmingą priemonę, ribojančią laisvą prekybą tarp valstybių narių ir trukdančią sukurti Europos Sąjungos vidaus rinką. Lygiagreti prekyba, nors draudžiama ar ribojama tam tikrose pasaulio valstybėse[2], Europos Sąjungoje yra teisėta ir skatinama praktika. Ji dažniausiai suprantama kaip prekybos forma, pasireiškianti intelektinės nuosavybės teisėmis apsaugoto produkto pardavimu kitoje valstybėje, nesant intelektinės nuosavybės teisių turėtojo sutikimo. Lygiagreti prekyba yra laikoma Europos Sąjungos fenomenu, nes ji gali būti vykdoma remiantis laisvo prekių judėjimo principu ir intelektinės nuosavybės teisių išsėmimo doktrina, kuri reiškia, kad intelektinės nuosavybės teisėmis apsaugotas produktas po jo pirmojo pardavimo Europos Sąjungos vidaus rinkoje, atlikto paties intelektinės nusavybės teisių turėtojo ar su jo sutikimu, gali toliau laisvai cirkuliuoti tiekimo grandinėje [9, p. 1].

Lygiagrečią prekybą vykdantys prekiautojai Komisijos yra laikomi „riteriais, švytinčiais šarvais“, kovotojais už rinkos integraciją ir kainų vienodinimą Europos Sąjungoje, į antrą planą nustumiant faktus, kad lygiagrečių prekiautojų veikla yra išimtinai spekuliacinio pobūdžio, skirta maksimizuoti pelną pasinaudojant tarp valstybių narių egzistuojančia kainų diferenciacija, vykdoma neatliekant iš esmės jokių investicijų, nekuriant jokios pridėtinės vertės ir inovacijų [19, p. 5–6]. Paradoksalu, bet lygiagretūs prekiautojai yra visiškai nesuinteresuoti darnios vidaus rinkos sukūrimu, nes būtent dėl esamos kainų diferenciacijos visų pirma ir yra įmanomas jų verslo modelis. Kuo didesni kainų skirtumai tarp valstybių narių, kuo didesnė rinkos fragmentacija, tuo didesnį pelną žeriasi lygiagretūs prekiautojai. Todėl jie patys neturi jokio intereso prisidėti prie rinkos integracijos, nes paprasčiausiai tai jiems yra nepalanku [12, p. 492].

Nepaisant to, Komisija lygiagrečią prekybą manė esant vienu iš pagrindinių įrankių siekiant rinkos integracijos tikslo ir jai apsaugoti nedvejodama pasitelkė konkurencijos taisykles. Dar pačioje Europos Sąjungos įkūrimo aušroje, *Establissements Consten SA & Grundig-Verkaufs-GmbH* byloje [26] sulaukusi Teisingumo Teismo palaikymo, Komisija be jokių skrupulų priešinosi bet kokiems ūkio subjektų ban-

[1] Nors reikia pažymėti, kad Reglamento Nr. 330/2010 4(b) straipsnyje yra numatytos keturios labai specifinės ir konkrečios šio draudimo išimtys.

[2] JAV, Australija, Naujoji Zelandija, Japonija draudžia vaistų lygiagretų importą. Japonija nuo 2005 m. taip pat draudžia muzikos įrašų, kompaktinių diskų lygiagretų importą [13, p. 339, 344].

dymams fragmentuoti vidaus rinką. Bylų, kuriose Komisija ir ESTT pasmerkė tokią ūkio subjektų praktiką, yra gausybė, o laikui bėgant tokio pobūdžio susitarimai pradėti bausti itin griežtai. 1998 m. priimtu sprendimu *Volkswagen* [40] byloje Komisija paskyrė tuo metu vieną iš didžiausių baudų savo praktikoje[3], o šiek tiek vėliau priimtu sprendimu *Nintendo* [42] byloje Komisija paskyrė didžiausią už neteisėtą vertikalųjį susitarimą skirtą baudą savo istorijoje: 167,8 mln. eurų bauda kompanijai *Nintendo Co., Ltd* ir septyniems Europos distributoriams[4] buvo skirta už slaptą bendradarbiavimą, remiantis susitarimais ir suderintais veiksmais, kuris lėmė eksporto iš mažesnio kainų lygio valstybių į didesnio kainų lygio valstybes ribojimą. Šioje byloje Komisija aiškiai nurodė: „Priešingai Komisijos požiūriui išimtinės distribucijos susitarimų srityje, kad pasyvieji pardavimai turi būti visada leidžiami, teritorinė apsauga, suteikta išimtiniams distributoriams, šiuo atveju virto absoliučia teritorine apsauga ir kiekvienoje teritorijoje distributoriaus konkurencija buvo eliminuota. Tuo buvo labai apribota konkurencija tarp prekių su tuo pačiu prekės ženklu (angl. *intrabrand*) ir suskaldyta vidaus rinka. <...> Kadangi susitarimų ir suderintų veiksmų tikslas yra riboti konkurenciją, nėra būtina vertinti faktinę šių veiksmų įtaką konkurencijai“ [42, paragr. 331–332].

Nenuostabu, kad tokia griežta Komisijos politika lėmė atgrasantį rezultatą – nuo 2005 m. Komisija nepriėmė nė vieno sprendimo dėl SESV 101 straipsnio 1 dalies pažeidimo ne tik lygiagrečios prekybos ribojimo, tačiau apskritai vertikaliųjų susitarimų srityje. Nors galimi įvairūs šios tendencijos paaiškinimai[5], akivaizdu, kad Komisijos politika lygiagrečios prekybos atžvilgiu ir verslui siunčiama žinia yra daugiau nei aiškios, todėl prekių perpardavimą ribojančio pobūdžio sąlygos dažniausiai nėra pajėgios pereiti net įmonės vidinės teisinės kontrolės ir dėl didžiulės susijusios rizikos į susitarimus nėra įtraukiamos. Šios aplinkybės tik patvirtina hipotezę, kad tokio pobūdžio vertikalieji susitarimai Europos Sąjungoje yra uždrausti *de facto per se*.

Vis dėlto tarptautinė vaistų kompanija *GlaxoSmithKline* buvo įsitikinusi, kad lygiagreti prekyba farmacijos sektoriuje pasižymi tam tikra specifika, dėl kurios tam tikri vaistų eksporto ribojimai yra pateisinami net ir Europos Sąjungos vidaus rinkoje. Ši pozicija lėmė keletą bylų, kurios bent jau farmacijos sektoriuje privertė iš naujo įvertinti Europos Sąjungos konkurencijos taisyklių taikymą lygiagrečios prekybos ribojimo susitarimams.

2. Nauja lygiagrečios prekybos ribojimų vertinimo kryptis Europos Sąjungos konkurencijos teisėje

2.1. Teisinis ir ekonominis farmacijos sektoriaus kontekstas

Lygiagreti prekyba farmacijos sektoriuje pasižymi tam tikra specifika, kuri nėra

[3] Komisijos sprendimu kompanijai *Volkswagen AG* buvo paskirta 102 mln. eurų bauda, kuri apeliacinio proceso metu buvo sumažinta iki 90 mln. eurų [29].

[4] Iš šios sumos pačiai *Nintendo Co., Ltd* kompanijai paskirta 149,128 mln. eurų bauda. Bendrasis Teismas apeliacinio proceso metu baudą sumažino iki 119,2425 mln. eurų [36].

[5] Teigiama, kad daugelis tokio pobūdžio bylų yra išsprendžiama nacionaliniu lygmeniu, o Komisija pastaruoju metu yra labiau susikoncentravusi į horizontalių susitarimų (kartelių) bei piktnaudžiavimo dominuojančia padėtimi atvejus [25, p. 634].

būdinga kitoms pramonės sritims. Visų pirma, lygiagrečią prekybą farmacijos sektoriuje lemia ne laisvosios rinkos jėgos, o nacionalinis kiekvienos valstybės narės reguliavimas. SESV Europos Sąjungos institucijoms suteikia tik ribotą kompetenciją sveikatos apsaugos srityje, o tai lemia, kad vaistų kainos valstybėse narėse iš dalies yra nustatomos kiekvienoje valstybėje individualiai, o tai lemia didelius kainų skirtumus, iki 30 procentų ir daugiau [9, p. 46], tam tikrų vaistų – net iki 100 procentų. Todėl akivaizdu, kad tokia reguliacinė aplinka yra be galo palanki oportunistinei lygiagrečiai prekybai, vaistus išvežant iš žemesnį kainų lygį palaikančių šalių (Graikijos ar Ispanijos) į aukšto kainų lygio šalis (Jungtinę Karalystę, Vokietiją, Daniją, Olandiją), ir dėl akivaizdaus kainų skirtumo susižeriant didelius pelnus. Antra, valstybės narės ne tik tiesiogiai ar netiesiogiai nustato vaistų kainas, bet yra ir pagrindiniai jų pirkėjai (kompensuojamųjų vaistų). Tai reiškia, kad jos kontroliuoja tiek vaistų pasiūlą (spręsdamos, ar įtraukti vaistą į kompensuojamųjų sąrašą, ir kontroliuodamos kainą), tiek jų paklausą (per viešąją sveikatos apsaugos sistemą ir atitinkamus kompensavimo mechanizmus). Savo ruožtu tai lemia, kad farmacijos kompanijos laisvė priimti komercinius sprendimus yra stipriai ribojama, o kontroliuoti lygiagrečią prekybą nėra galimybių, nes farmacijos kompanija dėl egzistuojančio nacionalinio reguliavimo negali padidinti kainos šalyje, iš kurios vaistas išvežamas [20, p. 163]. Be to, lygiagrečios prekybos potenciali nauda dažniausiai nėra perteikiama galutiniams vartotojams, nes šia veikla besiverčiantys ūkio subjektai siekia didinti savo pelno maržą ir dažniausiai į didelių kainų šalį įvežtus vaistus parduoda kainomis, kurios yra vos mažesnės nei tos šalies vyriausybės nustatyta oficiali kaina (pavyzdžiui, yra nustatoma vos 0,12 proc. ar 0,82 proc. mažesnė kaina [14, p. 386]).

Vertinant lygiagrečią prekybą farmacijos sektoriuje ekonominės teorijos požiūriu, situacija yra dar sudėtingesnė. Šiuolaikinė ekonominė teorija reikalauja kur kas lankstesnio požiūrio į lygiagrečios prekybos ribojimo susitarimus. Ekonominių argumentų tokiam požiūriui pagrįsti yra daug, o prof. J. Drexl kaip svarbiausius išskiria du [10, p. 575–576]. Pirma, lygiagrečios prekybos ribojimas sumažina konkurenciją tarp prekių, pažymėtų tuo pačiu prekės ženklu (t. y. tarp tos prekės platintojų, angl. *intrabrand competition*), tačiau suteikia galimybę suaktyvinti konkurenciją tarp prekių, pažymėtų skirtingais prekės ženklais (t. y. tarp skirtingų gamintojų, angl. *interbrand competition*). Būtent pastarajai konkurencijos sričiai konkurencijos teisė suteikia kur kas svarbesnį vaidmenį. Antra, lygiagrečios prekybos ribojimas lemia geografinę kainų diskriminaciją, o šiuolaikinė ekonomikos teorija (palaikoma ir konkurencijos teisės praktikų) nurodo, kad kainų diskriminacija tam tikrais atvejais gali būti efektyvi ir skatinti konkurenciją. Vadinamoji Ramsey kainodaros teorija teigia, kad skirtingų kainų skirtingoms vartotojų grupėms taikymas lemia efektyvesnę kainodarą tais atvejais, kai gamintojas turi padengti dideles fiksuotas išlaidas. Būtent tokias išlaidas neišvengiamai patiria farmacijos sektoriuje veikiantys gamintojai, atlikdami didžiules investicijas į naujų farmacijos produktų tyrimą ir plėtotę (angl. *research and development*) [8, p. 295–298]. Lygiagreti prekyba sukelia

spaudimą gamintojams taikyti vienodas kainas visos Europos Sąjungos lygmeniu, tačiau tai nebūtinai reiškia naudą vartotojams. Suvienodėjus kainoms turtingose šalyse, gyvenančių vartotojų gerovė gali padidėti, tačiau neturtingesnėse, žemesnio pragyvenimo lygio šalyse (kaip Lietuvoje) gyvenantys vartotojai gali būti priversti mokėti didesnes kainas, nei mokėjo iki tol, arba gali susidurti su vaistų pasiūlos stygiumi, nes gamintojai gali būti nebesuinteresuoti greitai ir efektyviai tenkinti mažesnės perkamosios galios nacionalinės rinkos poreikius [11, p. 696].

Remdamasi šiomis aplinkybėmis farmacijos industrija siekė įrodyti, kad skirtingas nacionalinis reguliavimas iškreipia įprastas konkurencijos sąlygas, o lygiagreti prekyba šiuo atveju yra įrankis eksportuojant neturtingiausių valstybių narių kainas likusios Europos Sąjungos atžvilgiu (kitaip tariant, vyksta ne vien prekių, bet ir kainų politikos eksportas). Įdomu, kad net ir pati Komisija specialiai šiam klausimui skirtame komunikate pripažino, kad lygiagreti prekyba farmacijos sektoriuje gali skatinti neefektyvumus, neperteikti jos potencialios naudos vartotojams ir neprisidėti prie nacionalinių rinkų integracijos [39]. Tačiau konkurencijos bylų nagrinėjimo procese šis Komisijos požiūris neatsispindėjo, o SESV 101 straipsnis ir toliau buvo taikomas formaliai, bet kokius lygiagrečios prekybos ribojimus vertinant kaip potencialią grėsmę vidaus rinkai sukurti.

Šiam formalistiniam požiūriui pasipriešino ESTT, *Bayer (Adalat*) byloje [30; 31] atmetęs Komisijos bandymą išplėsti SESV 101 straipsnyje įtvirtintą „susitarimo“ sąvoką taip, kad ji apimtų ir vienašalius nedominuojančio ūkio subjekto veiksmus, kuriais siekiama riboti lygiagrečią prekybą. Šioje byloje Komisija susidūrė su problema – farmacijos kompanija *Bayer AG* vienašališkai apribojo vis didėjančius lygiagrečių eksportuotojų užsakymus, tačiau neužėmė dominuojančios padėties atitinkamoje rinkoje. Todėl Komisija neturėjo galimybių *Bayer AG* apkaltinti piktnaudžiavimu dominuojančia padėtimi ir taikyti SESV 102 straipsnį. Tačiau išeitis buvo rasta – Komisija nusprendė pripažinti, kad *Bayern AG* veikė derindama savo veiksmus su lygiagrečiais eksportuotojais ir taip sudarė susitarimą, kurio tikslas buvo riboti lygiagrečią prekybą, o tai reiškia, kad buvo pažeista SESV 101 straipsnio 1 dalis [38]. Tiek Bendrasis Teismas, tiek Teisingumo Teismas iš esmės vienašališkai atliktuose *Bayer AG* veiksmuose nerado jokių susitarimo ar suderintų veiksmų požymių, todėl panaikino Komisijos sprendimą ir pažymėjo, kad Komisija neturi kompetencijos siekti vaistų kainų suderinimo Europos Sąjungoje, tuo tikslu išplėsdama SESV nustatytų konkurencijos taisyklių ribas, o Komisijos įsitikinimas, kad lygiagreti prekyba suderins kainas vaistų sektoriuje, apskritai „neturi jokio pagrindo“ [30, paragr. 179–181]. Tokiu būdu ESTT Komisijai leido aiškiai suprasti, kad jis neleis nepagrįstai išplėsti konkurencijos taisyklių ir naudoti jas kitiems nei SESV nustatytiems tikslams.

2.2. Syfait procesai

Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v Glaxo Smith Kline plc [32] byloje Graikijos konkurencijos komisija kreipėsi į Teisingumo Teismą dėl prejudicinio sprendimo priėmi-

mo, klausdama, ar dominuojančią padėtį turinčios įmonės atsisakymas įvykdyti visus jai pateiktus didmeninių platintojų užsakymus, siekiant suvaržyti farmacijos produktų didmeninių platintojų eksportą ir apriboti lygiagrečios prekybos daromą žalą, *ipso facto* yra piktnaudžiavimas pagal SESV 102 straipsnį. Susidomėjimas šia byla buvo itin didelis tiek dėl neseniai paskelbtų Bendrojo Teismo ir Teisingumo Teismo sprendimų *Bayer (Adalat)* byloje, kur buvo paneigtas Komisijos požiūris panašaus pobūdžio situacijoje (tik *Adalat* byloje kompanija *Bayer AG* neturėjo dominuojančios padėties atitinkamoje rinkoje), tiek dėl generalinio advokato Jacobs *Syfait* byloje pateiktos radikalios ir nusistovėjusias dogmas laužančios išvados. Iki tol Europos Sąjungos teisėje buvo įsitvirtinusi taisyklė, kad dominuojantis ūkio subjektas, ribodamas tiekiamų prekių kiekį ir turėdamas tikslą kartu apriboti lygiagrečią prekybą, piktnaudžiauja turima dominuojančia padėtimi ir pažeidžia SESV 102 straipsnį [10, p. 572]. Generalinis advokatas Jacobs, atsižvelgdamas į specifinį, stipriai reguliuojamą ir inovacijomis grįstą farmacijos sektorių, pateikė išvadą, kad dominuojančią padėtį užimanti farmacijos kompanija (nagrinėjamu atveju – *GlaxoSmithKline plc*. ir jos Graikijos dukterinė bendrovė *GlaxoSmithKline AEVE*), atsisakydama patiekti platintojų prašomą prekių kiekį, nebūtinai piktnaudžiauja turima dominuojančia padėtimi, net jei dėl tokių farmacijos kompanijos veiksmų bus apribota lygiagreti prekyba [46]. Veiksniai, į kuriuos tokiu atveju reikia atsižvelgti, yra, pirma, visiškas kainų ir platinimo reguliavimas farmacijos sektoriuje, antra, tikėtinas neigiamas neribotos lygiagrečios prekybos poveikis farmacijos įmonėms sektoriaus ekonomikos požiūriu ir, trečia, tokios prekybos poveikis vartotojams ir farmacijos produktų pirkėjams. Generalinis advokatas nurodė, kad atsisakymas tiekti gali būti objektyviai pateisinamas, ypač atsižvelgiant į:

1) visišką ir įvairiapusį valstybės kišimąsi nustatant farmacijos produktų kainas, dėl kurio tarp valstybių narių atsiranda kainų skirtumai;
2) Europos Sąjungos ir valstybių narių farmacijos produktų platinimo reguliavimą, kuris farmacijos bendrovėms ir didmenininkams skirtingose valstybėse sukuria skirtingus įpareigojimus, siekiant užtikrinti pakankamas tokių produktų atsargas[6];
3) potencialiai neigiamas lygiagrečios prekybos pasekmes konkurencijai, vidaus rinkai ir paskatoms diegti naujoves, atsižvelgiant į ekonomines farmacijos produktų pramonės savybes;
4) aplinkybę, kad galutiniai farmacijos produktų vartotojai iš lygiagrečios prekybos ne visais atvejais gali gauti naudos ir kad

[6] Turimas omenyje viešųjų paslaugų įpareigojimas nuolat užtikrinti pakankamas ir įvairias farmacijos produktų atsargas, atitinkančias apibrėžtos geografinės zonos reikalavimus, ir labai greitą reikalaujamų tiekimų pristatymą toje zonoje. Bendra pareiga yra nustatyta Direktyvos 2001/83/EB dėl Bendrijos kodekso, reglamentuojančio žmonėms skirtus vaistus, 81 str. 2 d. [4], kuri nurodo, kad leidimo prekiauti vaistu turėtojas ir minėto vaisto, faktiškai pateikto į valstybės narės rinką, platintojai atsako už atitinkamą ir nuolatinį to vaisto tiekimą vaistinėms ir asmenims, turintiems leidimą tiekti vaistus taip, kad būtų patenkinami minėtos valstybės narės pacientų poreikiai. Valstybėms narėms yra suteikta diskrecija nustatyti detalesnes šios pareigos įgyvendinimo sąlygas. Lietuvos teisėje jos nustatytos Lietuvos Respublikos farmacijos įstatymo 15 str. 7 d. ir 33 str. 8 p. [5], taip pat sveikatos apsaugos ministro 2001 m. birželio 5 d. įsakymu Nr. 320 patvirtintų Geros vaistų platinimo praktikos taisyklių 5 p. [6].

negalima manyti, jog valstybių narių viešosios valdžios institucijos, kaip pagrindiniai tokių produktų pirkėjai, gaus naudos dėl mažesnių kainų, atsižvelgiant į tai, kad jos pačios yra atsakingos už kainų nustatymą savo teritorijose.

Vertinant šią generalinio advokato išvadą svarbu pažymėti, kad šioje byloje generalinis advokatas atsiribojo nuo dogminių taisyklių ir atliko sofistikuotą, ekonomine teorija pagrįstą farmacijos sektoriaus analizę. Jis pasvėrė antikonkurencinį ir konkurenciją skatinantį tokių veiksmų poveikį ir prioritetą suteikė farmacijos kompanijos interesams riboti lygiagrečią prekybą, taip siekiant padidinti savo konkurencingumą kitų farmacijos kompanijų atžvilgiu didesnėmis investicijomis į naujų farmacijos produktų tyrimą ir vystymą (angl. *reasearch and development*). Stipriai abejodamas, kad lygiagreti prekyba suteikia galutiniam vartotojui reikšmingą naudą, generalinis advokatas vis dėlto pripažino, jog lygiagreti prekyba teoriškai turi potencialą skatinti prekių su tuo pačiu gamintojo prekės ženklu (angl. *intrabrand*) konkurenciją ir taip mažinti kainas. Tačiau šiuo atveju jis padarė išvadą, kad, ribojant lygiagrečią prekybą ir atsižvelgiant į visas itin specifines farmacijos sektoriaus savybes, nauda konkurencijai tarp prekių su skirtingų gamintojų prekių ženklais (angl. *interbrand*), dėl didesnio investicijų ir inovacijų lygio, kuriuo remiasi visa šio sektoriaus ekonomika, nusveria galimą žalą konkurencijai tarp prekių, pažymėtų to paties gamintojo prekės ženklu.

Bylą išnagrinėjęs Teisingumo Teismas nusprendė, kad Graikijos konkurencijos komisija neturėjo kompetencijos pagal SESV 234 straipsnį prašyti Teisingumo Teismo prejudicinio sprendimo, todėl Teisingumo Teismas šioje byloje neturi jurisdikcijos [32]. Teisingumo Teismui atsisakius atsakyti į pateiktą klausimą, Graikijos konkurencijos komisija iš esmės rėmėsi generalinio advokato Jacobs išvada ir priėmė sprendimą, kuriuo konstatavo, kad *GlaxoSmithKline* nepiktnaudžiavo dominuojančia padėtimi ir nepažeidė SESV 102 straipsnio. *GlaxoSmithKline* elgesys buvo objektyviai pateisintas atsižvelgiant į: a) sumažėjusią konkurenciją rinkoje dėl valstybės intervencijos į kainų nustatymą; b) faktą, kad kompanijos *GlaxoSmithKline* rinkai tiekiamas produktų kiekis viršijo nacionalinius vartotojų poreikius; c) faktą, kad lygiagreti prekyba stipriai kenkia *GlaxoSmithKline* pardavimams ir pelnui; d) tai, kad galutinis vartotojas nepatiria lygiagrečios prekybos teikiamų pranašumų; e) visą ekonominę ir reguliacinę sistemą, kurioje veikia farmacijos kompanijos [24, p. 64].

Graikijos konkurencijos komisijos sprendimą apskundus Atėnų apeliaciniam teismui, pastarasis vėl kreipėsi į Teisingumo Teismą dėl prejudicinio sprendimo priėmimo, užduodamas iš esmės tuos pačius klausimus kaip ir Graikijos konkurencijos komisija pirmojo kreipimosi metu. Teisingumo Teismas šį kartą klausimą išnagrinėjo iš esmės ir atsisakė suteikti išskirtinę reikšmę farmacijos sektoriui, nurodydamas, kad konkurencijos taisyklės šiuo atveju turi būti taikomos lygiai taip pat, kaip ir bet kuriame kitame pramonės sektoriuje. Remdamasis ankstesne praktika, Teisingumo Teismas pateikė išvadą, kad dominuojančią padėtį atitinkamoje vaistų rinkoje turinti įmonė, atsisakydama vykdyti jai pateiktus *įprastus* (paryškinta autoriaus) didmeninių platintojų

užsakymus, kad sutrukdytų lygiagrečiam eksportui, kuriuo verčiasi šie didmenininkai, piktnaudžiauja dominuojančia padėtimi [35]. Deja, bet šioje byloje Teisingumo Teismas nuėjo paprasčiausiu keliu – inovacijų ekonomika ir ateičiai skirtomis investicijomis grįstam sektoriui pritaikė 30 metų senumo „bananų" precedentą[7], kuris su inovacijomis neturėjo visiškai nieko bendro. Taip Teisingumo Teismas dar kartą pademonstravo pastaruoju metu jo praktikoje matomą tendenciją į keliamus sudėtingus klausimus pateikti lengvus atsakymus, „iškerpant ir įklijuojant" 30 metų ir daugiau siekiančių precedentų tekstus bei atsisakant vertinti modernų ekonominį mąstymą [10, p. 573]. Manoma, kad tokia pozicija nesiderina su praėjusio dešimtmečio pradžioje inicijuota platesnio ekonominio požiūrio konkurencijos teisės reforma.

2.3. *GlaxoSmithKline* dvigubos kainodaros byla

Kitas bandymas pasipriešinti Komisijos nenumaldomam ryžtui apsaugoti lygiagrečią prekybą farmacijos sektoriuje, ją naudojant kaip priemonę vidaus rinkos integracijai ir harmonizavimui, buvo *GlaxoSmithKline* Ispanijos rinkoje taikytos dvigubos kainodaros atvejis. 1998 metais *GlaxoSmithKline* (tuometė *Glaxo Wellcome)* Ispanijoje santykiams su savo produktų didmeniniais platintojais siekė taikyti Bendrąsias pardavimo sąlygas, kuriomis buvo nustatyta dviguba kainų sistema, kuri lėmė, kad Ispanijos rinkoje realizuojami vaistai didmeniniams platintojams buvo parduodami Ispanijos vyriausybės nustatyta kaina, o lygiagrečiam eksportui skirti vaistai, kuriems nebuvo taikomas įstatyminis kainų reguliavimas, turėjo būti parduodami brangiau[8]. *GlaxoSmithKline*, remdamasi tuo metu galiojusia 1962 m. vasario 6 d. Tarybos reglamento Nr. 17, įgyvendinančio SESV 101 ir 102 straipsnius, redakcija [2], pati kreipėsi į Komisiją, prašydama pripažinti, kad tokios susitarimo sąlygos nepažeidžia SESV 101 straipsnio 1 dalies arba kad joms gali būti suteikta individualioji išimtis pagal SESV 101 straipsnio 3 dalį. *GlaxoSmithKline* argumentavo, kad SESV 101 straipsnio 1 dalyje nėra pažeidžiama *inter alia* dėl to, kad tokia kainodaros sistema buvo sukurta siekiant pašalinti skirtingo valstybių narių reguliavimo sukurtus rinkos iškraipymus. Alternatyviai reikalaudama išimties pagal SESV 101 straipsnio 3 dalį suteikimo, *GlaxoSmithKline* nurodė, kad Komisijos politika, skatinanti lygiagrečią prekybą receptinių vaistų sektoriuje, kenkė vartotojų gerovei, o ne ją saugojo. Savo argumentams pagrįsti *GlaxoSmithKline* pateikė tris ekonomines studijas ir taip metė iššūkį Komisijos ekonominei argumentacijai, kuria buvo grįstas Komisijos požiūris į lygiagrečią prekybą ir rinkos integracijos procesus [21, p. 271].

Nieko nenustebino, kad Komisija atmetė *GlaxoSmithKline* ekonominius argumentus, pasirėmė ankstesne savo bei Teisingumo Teismo praktika ir kvalifikavo dvigubą kainodaros sistemą kaip turinčią tikslą riboti konkurenciją, todėl neišvengiamai

[7] Turimas omenyje Teisingumo Teismo 1978 m. vasario 14 d. sprendimas byloje 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission* [28], kuriame buvo nagrinėjami bananų prekyba besiverčiančios kompanijos veiksmai.

[8] Vaistų kainos Ispanijos ir Didžiosios Britanijos (kuri buvo pagrindinis lygiagrečių eksportuotojų taikinys) rinkose skyrėsi apie 40 proc.

pažeidžiančią SESV 101 straipsnio 1 dalį [41]. Komisija, nurodydama, kad eksporto draudimas, dvigubos kainodaros sistemos ir kiti lygiagrečios prekybos ribojimai vargu ar apskritai kada nors gali tenkinti SESV 101 straipsnio 3 dalies sąlygas, taip pat atmetė visus argumentus, pagrindžiančius individualios išimties suteikimo galimybę.

Pateikus apeliaciją, Bendrasis Teismas 2006 m. rugsėjo 27 d. priėmė vieną iš įdomiausių pastarojo meto sprendimų Europos Sąjungos konkurencijos teisėje [34]. Bendrasis Teismas atmetė Komisijos poziciją, kad lygiagrečios prekybos ribojimas automatiškai pažeidžia SESV 101 straipsnio 1 dalį vien dėl to, kad jis nedera su bendros rinkos sukūrimo tikslu. Jis nurodė, kad nors yra pripažįstama, jog susitarimas, kuriuo siekiama apriboti lygiagrečią prekybą, turi būti iš esmės laikomas turinčiu tikslą riboti konkurenciją, *tokia išvada galima tik tokiais atvejais, kai galima daryti prielaidą, kad toks susitarimas atima iš galutinių vartotojų veiksmingos konkurencijos privalumus, susijusius su aprūpinimu arba kainomis* [34, paragr. 121] (paryškinta autoriaus), o *GlaxoSmithKline* susitarimų atžvilgiu tokia prielaida negali būti daroma.

Ši Bendrojo Teismo išvada buvo be galo novatoriška ir drąsi. Bendrasis Teismas prioritetą akivaizdžiai suteikė galutinio vartotojo gerovės tikslui, rinkos integracijos tikslą nustumdamas į antrą planą. Kartu Bendrasis Teismas paneigė dogminę Komisijos prezumpciją, kad lygiagretaus eksporto ribojimas yra draudžiamas *per se*, automatiškai riboja konkurenciją ir pažeidžia SESV 101 straipsnio 1 dalį ir negali būti išimties, numatytos SESV 101 straipsnio 3 dalyje, taikymo objektu. Saistomas ankstesnės Teisingumo Teismo praktikos, kuri lygiagrečios prekybos ribojimą iš esmės laikydavo turinčiu tikslą riboti konkurenciją, Bendrasis Teismas ją iš dalies „perinterpretavo“, galutinių vartotojų gerovę laikydamas pagrindine SESV 101 straipsnio ginama vertybe. Atsižvelgdamas į tai, kad šioje byloje nagrinėjamu labai specifiniu receptinių vaistų prekybos atveju, kai dėl įstatyminio reguliavimo vaistų kainų iš esmės neveikia laisvos pasiūlos ir paklausos sąveika ir jas nustato arba kontroliuoja viešosios valdžios institucijos, negali būti preziumuojama, kad lygiagreti prekyba visais atvejais sumažins vaistų kainas ir taip padidins vartotojų gerovę, Bendrasis Teismas atmetė automatinį *per se* draudimą ir nurodė, kad turi būti patikrintas tokio susitarimo faktinis poveikis konkurencijai. Išanalizavęs susitarimo poveikį konkurencijai, Bendrasis Teismas konstatavo, kad pagal savo poveikį susitarimas vis dėlto riboja konkurenciją ir pažeidžia SESV 101 straipsnio 1 dalį, tačiau kartu pabrėžė, kad Komisijos argumentavimas, kuriuo remdamasi ji atmetė *GlaxoSmithKline* prašymą taikyti individualią išimtį pagal SESV 101 straipsnio 3 dalį, buvo nepakankamas. Teismas nurodė, kad Komisija, vertindama SESV 101 straipsnio 3 dalies taikymo galimybę, turėjo išsamiai išanalizuoti teisinį ir ekonominį farmacijos sektoriaus kontekstą ir įvertinti visus turimus duomenis. Teismo nuomone, Komisija nevertino naudos, kurią gali suteikti lygiagrečios prekybos ribojimai. Ši nauda gali pasireikšti inovacijomis ir didesnėmis investicijomis, geresne farmacijos produktų platinimo sistema ir kitais veiksniais. Kadangi Komisija šių veiksnių nevertino, Bendrasis Teismas Komisijos

sprendimą dalyje, kuria buvo atsisakyta taikyti SESV 101 straipsnio 3 dalį, panaikino ir nurodė tokį vertinimą atlikti iš naujo.

Bendrojo Teismo išvados *GlaxoSmith-Kline* byloje susitarimų, turinčių tikslą riboti konkurenciją, atžvilgiu prilygo tam tikrai revoliucijai. Išvada, kad susitarimas gali būti laikomas turinčiu tikslą riboti konkurenciją tik tokiais atvejais, kai jis iš galutinių vartotojų atima veiksmingos konkurencijos pranašumus, susijusius su aprūpinimu arba kainomis, iš esmės reiškė, kad joks susitarimas (net ir horizontalus!) negali būti automatiškai laikomas pažeidžiančiu SESV 101 straipsnio 1 dalį, neįvertinus jo teisinio ir ekonominio konteksto bei įtakos galutinių vartotojų gerovei. Kitaip tariant, Bendrasis Teismas iš pagrindų paneigė *de facto per se* draudžiamumo buvimą SESV 101 straipsnio apimtyje. Vietoje to jis aiškiu ir novatorišku būdu atliko tai, dėl ko buvo diskutuojama daugybę metų – „protingumo taisyklę“[9] ir susitarimo poveikio analizę pavertė kertiniu Europos Sąjungos konkurencijos taisyklių ir SESV 101 straipsnio taikymo akmeniu [16, p. 247].

Deja, bet apeliaciniame procese Teisingumo Teismas liko ištikimas savo seniesiems precedentams ir nepalaikė Bendrojo Teismo revoliucinio sprendimo [37]. Nors jis paties sprendimo ir nepanaikino, iš esmės pritardamas Bendrojo Teismo pozicijai, kad Komisija neatliko išsamios SESV 101 straipsnio 3 dalies taikymo analizės, tačiau nurodė, kad Bendrasis Teismas suklydo interpretuodamas SESV 101 straipsnio 1 dalį Teisingumo Teismas rėmėsi ankstesne savo praktika ir nurodė, kad lygiagrečios prekybos srityje jis jau yra nusprendęs, jog susitarimai, kuriais siekiama uždrausti ar apriboti lygiagrečią prekybą, iš esmės turi tikslą riboti konkurenciją [37, paragr. 59]. Teisingumo Teismo nuomone, ši taisyklė lygiai taip pat yra taikoma ir farmacijos sektoriui, todėl jis nurodė, kad Bendrojo Teismo padaryta išvada, teigianti, jog jei pripažįstama, kad susitarimas, kuriuo siekiama apriboti lygiagrečią prekybą, turi būti iš esmės laikomas susitarimu, kurio tikslas yra konkurencijos ribojimas, taip yra tik darant prielaidą, jog jis atima iš galutinių vartotojų veiksmingos konkurencijos pranašumus, susijusius su aprūpinimu arba kainomis, nėra pagrįsta nei SESV tekstu, nei teismų praktika. Teisingumo Teismas nurodė, kad iš SESV 101 straipsnio teksto negalima daryti išvados, kad tik susitarimai, kuriais iš vartotojų atimami tam tikri pranašumai, gali turėti antikonkurencinį tikslą. Teisingumo Teismas taip pat pažymėjo, kad ankstesniais savo sprendimais yra konstatavęs, jog SESV 101 straipsniu, kaip ir kitomis SESV tekste išdėstytomis konkurencijos taisyklėmis, siekiama apsaugoti ne tik konkurentų arba vartotojų interesus, bet ir rinkos struktūrą, o kartu ir konkurencijos procesą. Todėl antikonkurencinio susitarimo tikslo konstatavimas negali būti tiesiogiai siejamas su tuo, kad aprūpinimo arba kainų atžvilgiu galutiniai vartotojai praranda veiksmingos konkurencijos pranašumus [37, paragr. 63]. Tuo remdamasis Teisingumo Teismas padarė išvadą, kad Bendrasis Teismas, siedamas antikonkuren-

[9] „Protingumo taisyklės“ (angl. *rule of reason*) doktrinos esmė yra ta, kad kiekvienu konkrečiu atveju yra vertinamas realus ekonominis susitarimo poveikis, jį pripažįstant neteisėtu tik tada, kai susitarimas labiau varžo nei skatina konkurenciją, t. y. jei jo antikonkurencinės savybės nusveria konkurenciją skatinančias savybes.

cinį tikslą su įrodymu, jog susitarimas tam tikru atžvilgiu yra nepalankus galutiniams vartotojams, ir nenuspręsdamas, kad susitarimas pats savaime turi tokį tikslą, padarė teisės klaidą.

Vertinant šį Teisingumo Teismo sprendimą reikia pažymėti, kad jame formuluojamos išvados apsiribojo formaliu sudaryto susitarimo (jo teksto) įvertinimu, nesuteikiant jokios reikšmės teisinei ir ekonominei aplinkai, kurioje šis susitarimas turėjo būti vykdomas. Todėl nenuostabu, kad pripažįstama, jog Teisingumo Teismo sprendimas, rinkos integracijos tikslą atskirai išskirdamas kaip vieną iš pagrindinių kriterijų kvalifikuojant lygiagrečios prekybos ribojimo susitarimus kaip turinčius tikslą riboti konkurenciją, visiškai nesiejant jo su vartotojų gerove, stokoja ekonominio pagrindimo [17, p. 353]. Vėlgi, kaip ir dėl *Syfait* bylos, abejotina, ar toks formalus požiūris dera su platesnio ekonominio požiūrio siekiu šiuolaikinėje konkurencijos teisėje.

3. Lygiagrečios prekybos įtaka Lietuvos vartotojų gerovei

Paskutinio „Eurostat“ ir Tarptautinės ekonominio bendradarbiavimo ir plėtros organizacijos atlikto tyrimo duomenimis, Lietuvoje vaistų kainos yra apie 30 procentų mažesnės nei Europos šalių vidurkis ir vienos iš mažiausių Europos Sąjungoje [15]. Tai reiškia, kad Lietuvos farmacijos rinka yra patraukli vykdyti lygiagretų vaistų eksportą į didelių kainų valstybes (Vokietiją, Daniją ar Norvegiją), tačiau visiškai nėra įdomi kaip lygiagretaus vaistų importo objektas. Iš tiesų, net ir Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba yra pažymėjusi, kad vaistinių preparatų lygiagretaus importo mastas Lietuvoje yra itin menkas [43, paragr. 36]. Šios aplinkybės verčia suabejoti lygiagrečios prekybos teikiama nauda Lietuvos vartotojui. Visų pirma, iš esmės nevykstant vaistų lygiagrečiam importui, vartotojai nepajaučia pagrindinės lygiagrečios prekybos teikiamos naudos – mažesnių vaistų kainų. Antra, Lietuvai esant mažų vaistų kainų valstybe ir dėl to itin patrauklia vaistinių preparatų lygiagrečiam eksportui į didelių kainų valstybes, suaktyvėjus lygiagrečiai prekybai, pačios Lietuvos nacionalinė rinka gali susidurti su vaistų trūkumu ir nepakankamu pacientų poreikio patenkinimu. Būtent su tokiomis problemomis susidūrė Graikija ir Ispanija, kai lygiagretūs prekiautojai suaktyvino lygiagretaus eksporto mastus, kelis kartus padidino įprastų užsakymų skaičių ir gamintojai tiesiog nespėjo aprūpinti ir nacionalinės rinkos, ir lygiagrečių prekiautojų. Trečia, lygiagreti prekyba potencialiai naudingiausia vartotojams, kurių galimybės mokėti yra didesnės, nes ji turi tendenciją derinti kainas šiek tiek sumažinant kainą didelių kainų valstybėse, tačiau kartu sukuriant spaudimą mažų kainų valstybėse prisitaikyti prie didesnės kainos [10, p. 582]. Kitaip tariant, lygiagreti prekyba sukuria poreikį tam tikram vidurkiui, unifikuotai Europos Sąjungos kainai. Tai reiškia, kad vartotojų gerovė mažų kainų valstybėse pablogės, nes jie bus priversti mokėti Europos Sąjungos vidurkį atitinkančią kainą, neatitinkančią jų pragyvenimo lygio. Atsižvelgiant į pirmiau nurodyto vaistų kainų tyrimo rezultatus, Lietuvai tai reikštų, kad vaistų kainos padidėtų mažiausiai 30 procentų. Būtent čia ir pasireiškia kainų diskriminacijos nauda tam tikroms vartotojų grupėms – jei

gamintojai mažiau turtingose šalyse turi galimybes taikyti mažesnes kainas, šiose šalyse gyvenančių vartotojų gerovė didėja, nes jiems užtikrinamos vaistų prieinamumo galimybės. O vaistų kainas šiose šalyse priartinus prie aukšto pragyvenimo lygio valstybių, vartotojai bus priversti mokėti kainas, kurių jie nenori ar net negali mokėti.

Visuotinai sutariama, kad šiuolaikinės konkurencijos teisės pagrindinis tikslas – vartotojų gerovė. Tokios pozicijos laikosi ir Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, savo veiklos prioritetu paskelbusi siekį užtikrinti kuo didesnę vartotojų gerovę [44]. Įvertinus pirmiau išdėstytas aplinkybes, kyla pagrįsta abejonė, ar lygiagrečios prekybos ribojimo *de facto per se* draudžiamumas užtikrina didžiausią Lietuvos vartotojų gerovę, ir ar vis dėlto šiuo atveju vartotojų gerovė nėra paaukojama vidaus rinkos integracijos vardan.

Vartotojų gerovė yra glaudžiai susijusi su ekonominiu efektyvumu, nes aukščiausias gerovės lygis yra užtikrinamas būtent tada, kai ekonomika veikia didžiausiu efektyvumu, gaunant didžiausią naudą iš visuomenės ribotų išteklių [47]. Dalis ekonomistų Komisijos ir Teisingumo Teismo poziciją lygiagrečios prekybos ribojimo srityje mano esant nesuderinamą su šiuolaikine ekonomine teorija [23, p. 229–246; 8, p. 293–304; 19; 7, p. 7; 18]. Ir nors „konkurencijos teisė yra ekonomikos teisė“ [45], kyla klausimas, kiek šiuolaikinėje konkurencijos teisėje priimami sprendimai turi atitikti modernios ir inovatyvios ekonomikos principus. Skambiai platesnį ekonominį požiūrį deklaruojanti konkurencijos teisės reforma mums sufleruoja, kad ekonominės logikos stygiaus laikai jau praeitis. Tačiau realybė rodo ką kitą – kol bendros rinkos sukūrimo ir integracijos tikslas Europos Sąjungos konkurencijos teisėje bus absoliutinamas ir aistringai ginamas net ir tais atvejais, kai ekonominė logika tam priešinasi, efektyvumu ir vartotojų gerove grįstos konkurencijos teisės krypties dar teks palūkėti.

Išvados

Lygiagrečios prekybos ribojimo ir panašios teritorinės apsaugos susitarimai Europos Sąjungos institucijų praktikoje yra laikomi didele kliūtimi vidaus rinkos integracijos procesams, todėl tai automatiškai lemia itin neigiamą jų vertinimą konkurencijos teisės požiūriu. Šiai įsitvirtinusiai pozicijai neturi įtakos net ir labai specifiniai tam tikrų pramonės sričių ypatumai, kurie šiuolaikinės ekonominės ir teisinės teorijos vertinami kaip iš esmės keičiantys tradicinius konkurencijos ir vartotojų gerovės skatinimo procesus.

Nepaisant to, Bendrojo Teismo sprendimas *GlaxoSmithKline* byloje, generalinio advokato išvada *Syfait* byloje bei juos palaikanti akademinė diskusija rodo, kad yra erdvės naujam požiūriui. Ekonominiu mąstymu grindžiama šiuolaikinė konkurencijos teisė negali ignoruoti ekonominių argumentų, tam tikrais atvejais pateisinančių net ir „sunkiųjų“ vertikaliųjų apribojimų naudojimą. Vis dėlto, kol vidaus rinkos integracijos tikslas bus prioritetinis ir užgoš didžiausio efektyvumo ir vartotojų gerovės tikslus, yra sunku tikėtis lankstesnio Europos Sąjungos institucijų požiūrio.

Atlikta analizė rodo, kad lygiagrečios prekybos teikiama nauda Lietuvos vartotojų gerovei yra abejotina. Kita vertus, sunku tikėtis, kad Lietuvos Respublikos konku-

rencijos taryba, nagrinėdama konkrečius lygiagrečios prekybos ribojimo atvejus, nukryptų nuo Europos Komisijos formuojamos konkurencijos praktikos ir politikos. Dėl to tenka tik apgailestauti, nes juk vidaus rinkos integracijos tikslas nefigūruoja jokiuose Lietuvos nacionaliniuose teisės aktuose, tačiau dėl jam Europos Sąjungos lygmeniu suteiktos reikšmės nacionalinės konkurencijos institucijos diskrecija siekti savo veiklos prioriteto – reikšmingai prisidėti prie veiksmingos konkurencijos apsaugos ir taip užtikrinti kuo didesnę vartotojų gerovę, neišvengiamai yra ribojama.

LITERATŪRA

Teisės aktai

1. Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo sutvestinė redakcija. OL, 2010 C 83/01.
2. 1962 m. vasario 6 d. Tarybos reglamentas Nr. 17, įgyvendinantis SESV 101 ir 102 straipsnius. OL, 1962, L 13.
3. 2010 m. balandžio 22 d. Komisijos reglamentas (ES) Nr. 330/2010 dėl Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio 3 dalies taikymo vertikaliųjų susitarimų ir suderintų veiksmų rūšims. OL, 2010 L 102/1.
4. 2001 m. lapkričio 6 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2001/83/EB dėl Bendrijos kodekso, reglamentuojančio žmonėms skirtus vaistus. OL, 2001 L 311/67.
5. Lietuvos Respublikos farmacijos įstatymas. *Valstybės žinios*, 2006, nr. 78-3056.
6. Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministro 2001 m. birželio 5 d. įsakymas Nr. 320 „Dėl Geros vaistų platinimo praktikos taisyklių patvirtinimo“. *Valstybės žinios*, 2001, nr. 50-1762.

Specialioji literatūra

7. BISHOP, S. ; WALKER, M. The *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.
8. DANZON, P. M. The Economics of Parallel Trade. *Pharmacoeconomics*, 1998, 13(3).
9. DESOGUS, C. *Competition and Innovation in the EU Regulation of Pharmaceuticals: The Case of Parallel Trade.* Cambridge: Intersentia, 2011.
10. DREXL, J. Healing With Bananas – How Should Community Competition Law Deal With Restraints On Parallel Trade In Pharmaceuticals? In *Technology and Competition*. Bruxelles: Larcier, 2009.
11. DREXL, J. Real Knowledge Is to Know the Extent of One‘s Own Ignorance: On the Consumer Harm Approach in Innovation-Related Competition Cases. In *Antitrust Law Journal*, 2010, vol. 76 (3).
12. GYSELEN, L. Pharmaceutical Industry and Competition Law (Panel Discussion). In *International Antitrust Law & Policy*. New York: Juris Publishing, Inc., 2010.
13. KYLE, M. K. Parallel Trade In Pharmaceuticals: Firm Responses and Competition Policy. In *International Antitrust Law & Policy*. New York: Juris Publishing, Inc., 2010.
14. KOMNINOS, A.; DAWES, A. EC Competition Law and Parallel Trade in Pharmaceutical Products. In *The Reform of EC Competition Law: New Challenges*. Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
15. KONIJN, P. Pharmaceutical Products – Comparative Price Levels in 33 European Countries. In *Statistics In Focus*. *Economy and Finance*, 45/2007 [interaktyvus. Žiūrėta 2012-10-18]. Prieiga per internetą: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-07-045/EN/KS-SF-07-045-EN.PDF>.
16. LLOREDA, A. M. Parallel Trade in the Pharmaceutical Industry from a Competition Point of View. In *EU Competition Law in Context: Essays in Honour of Virpi Tiili*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
17. LOOZEN, E. The Workings of Article 101 TFEU in Case of an Agreement That Aims to Limit Parallel Trade. *European Competition Law Review,* 2010, 31(9).
18. MOTTA, M., et al. *Hardcore Restrictions under the Block Exemption Regulation on Vertical Agreements: An Economic View. Report of the Economic Advisory Group on Competition Policy at the Directorate General for Competition, European Commission* [interaktyvus. Žiūrėta 2012-10-18]. Prieiga per internetą: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf>.

19. PETIT, N. *The Economics of Parallel Trade – Iconoclast Views on a Dogma of EU Competition Law* [interaktyvus. Žiūrėta 2012-10-18]. Prieiga per internetą: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1661884>.

20. REY, P.; VENIT, J. S. Parallel Trade in Pharmaceuticals: A Policy in Search of Itself. *European Law Review,* 2004, 29(2).

21. REY, P.; VENIT, J. S. Parallel Trade of Prescription Medicines: The Glaxo Dual Pricing Case. In *Cases in European Competition Policy: An Economic Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

22. ŠVIRINAS, D. *Vertikaliųjų susitarimų reglamentavimas konkurencijos teisėje*. Vilnius: Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, 2004.

23. VAN DEN BERGH, R.; CAMESASCA, P. *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective.* 2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2006.

24. VAN KERCKHOVE, M. Recent EU Antitrust Developments in the Pharmaceutical Field: From Parallel Trade to Generic Entry. *The European Antitrust Review*. London: Law Business Research Limited, 2007.

25. WHISH, R.; BAILEY, D. *Competition Law*. 7th ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.

Praktinė medžiaga

Teismų sprendimai

26. Teisingumo Teismo 1966 m. liepos 13 d. sprendimas bylose 56/64 ir 58/64 *Establissements Consten SA & Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission* (1966), ECR 377.

27. Teisingumo Teismo 1978 m. vasario 1 d. sprendimas byloje 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH v. Commission* (1978), ECR 131.

28. Teisingumo Teismo 1978 m. vasario 14 d. sprendimas byloje 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission* (1978), ECR 207.

29. Bendrojo Teismo 2000 m. liepos 6 d. sprendimas T-62/98 *Volkswagen AG v. Commission* (2000), ECR II-2707.

30. Bendrojo Teismo 2000 m. spalio 26 d. sprendimas byloje T-41/96 *Bayer AG (Adalat) v. Commission* (2000), ECR II-3383.

31. Teisingumo Teismo 2004 m. sausio 6 d. sprendimas sujungtose bylose C-2/01 P ir C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimitel-Importeure and Commission of the European Communities v Bayer AG* (2004), ECR I-23.

32. Teisingumo Teismo 2005 m. gegužės 31 d. sprendimas byloje C-53/03 *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (SYFAIT) and Others v. GlaxoSmithKline plc* (2005), ECR I-04609.

33. Teisingumo Teismo 2006 m. balandžio 6 d. sprendimas byloje C-551/03 P *General Motors BV v. Commission* (2006), ECR I-3173.

34. Bendrojo Teismo 2006 m. rugsėjo 27 d. sprendimas byloje T-168/01 *GlaxoSmithKline Services v. Commission* (2006), ECR II-2969.

35. Teisingumo Teismo 2008 m. rugsėjo 16 d. sprendimas sujungtose bylose C-468/06 – C-478/06 *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v. GlaxoSmithKline* (2008), ECR I-07139.

36. Bendrojo Teismo 2009 m. balandžio 30 d. sprendimas byloje T-13/03 *Nintendo Co., Ltd and Nintendo of Europe GmbH v. Commission* (2009), ECR II-00975.

37. Teisingumo Teismo 2009 m. spalio 6 d. sprendimas sujungtose bylose C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ir C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services v. Commission* (2009), ECR I-09291.

Europos Komisijos praktika

38. Europos Komisijos 1996 m. sausio 10 d. sprendimas byloje 96/478/EC, *Bayer AG – Adalat* (1996) OL 1996 L 201.

39. Europos Komisijos komunikatas dėl Bendrosios rinkos farmacijos produktų srityje, KOM (1998) 588 galutinis.

40. Europos Komisijos 1998 m. sausio 28 d. sprendimas byloje 98/273/EC, *Volkswagen AG* (1998) OL, 1998 L 124/60.

41. Europos Komisijos 2001 m. gegužės 8 d. sprendimas byloje 2001/791/EC, *Glaxo Wellcome* (2001) OL, 2001 L 302/1.

42. Europos Komisijos 2002 m. spalio 30 d. sprendimas byloje 2003/675/EC, *Nintendo* (2003), OL 2003 L255/33.

Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos nutarimai

43. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2011 m. liepos 21 d. nutarimas Nr. 1S-137 „Dėl ūkio subjektų, užsiimančių didmenine prekyba vaistais, medicinos prekėmis ir medicinos prietaisais, bei šių ūkio subjektų asociacijos veiksmų atitikties Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymo 5 straipsnio ir Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo 101 straipsnio reikalavimams tyrimo nutraukimo“.

44. Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos 2012 m. liepos 9 d. nutarimas Nr. 1S-89 „Dėl Lietuvos Respublikos konkurencijos tarybos veiklos prioriteto“.

Kita medžiaga

45. Europos Komisijos Konkurencijos direktorato vadovo M. Monti 2000 m. lapkričio 27 d. kalba „The Application of Community Competition Law by the National Courts“ [interaktyvus. Žiūrėta 2012-10-18]. Prieiga per internetą: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/00/466>.

46. Generalinio advokato Jacobs 2004 m. spalio 28 d. išvada byloje C-53/03 *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE* (2005), ECR I-04609.

47. Europos Komisijos Konkurencijos direktorato vadovo P. Lowe 2007 m. kovo 27 d. kalba „Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?“ [interaktyvus. Žiūrėta 2012-10-18]. Prieiga per internetą: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf>.

RESTRICTION OF PARALLEL TRADE IN PHARMACEUTICAL INDUSTRY

Darius Miniotas

S u m m a r y

Since the very creation of the European Union restriction of parallel trade, absolute territorial protection and other vertical restraints of similar effect have been considered as a threat to the integration process of the internal market and therefore treated with extreme harshness. Vertical restraints of such kind have been considered having as their object the restriction of competition by the European Commission and the Court of Justice of the European Union; therefore they were held as automatically infringing Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Much more complicated situation developed in the pharmaceutical industry, where due to the existing specific legal and economic environment treatment of the parallel trade in prescription medicines has been ambiguous. There were significant doubts whether is it reasonable to maintain extremely negative attitude towards restrictions of parallel trade in this industry considering very questionable benefits that parallel trade brings to the final consumer. This position, substantiated by the economic logic, has been supported by the Advocate General and the General Court respectively in *Syfait* and *GlaxoSmithKline* cases. However in both cases the final word belonged to the Court of Justice which refused to acknowledge the peculiarities of the pharmaceutical industry and deprived it of any exclusivity in the course of application of competition rules. Vertical agreements restricting parallel trade continued to be treated as hardcore vertical restraints, restricting competition by their own object.

The article examines these developments in the assessment of restrictions of parallel trade in the pharmaceutical industry. It is discussed whether there is a space for more lenient approach towards such agreements in the EU competition law. It is concluded that the absolute focus towards the EU internal market integration goal prohibits the proper, economically reasoned assessment of such agreements, notwithstanding the fact that the pursuit of the market integration goal in certain cases may not lead to the maximization of the consumer welfare.

Įteikta 2012 m. spalio 19 d.
Priimta publikuoti 2013 m. sausio 17 d.