NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA

F. G. JACOBS

prednesené 28. októbra 2004 [1]

1. V danom konaní predkladá Epitropi Antagonismou (grécka komisia pre hospodársku súťaž) (ďalej len „komisia pre hospodársku súťaž") Súdnemu dvoru otázky, či a za akých okolností môže farmaceutická spoločnosť s dominantným postavením, na účely obmedzenia súbežného obchodovania svojich výrobkov, úplne odmietnuť uspokojiť objednávky, ktoré jej boli predložené farmaceutickými veľkoobchodníkmi.

2. V prvom rade je však potrebné preskúmať prípustnosť návrhu, teda určiť, či grécka komisia pre hospodársku súťaž je súdom v zmysle článku 234 ES, a či je tak príslušná predložiť Súdnemu dvoru prejudiciálne otázky.

Konanie vo veci samej a prejudiciálne otázky

3. Žalobcami v konaní vo veci samej sú grécki farmaceutickí veľkoobchodníci. Žalovanými sú farmaceutická spoločnosť Glaxosmithkline PLC a jej pobočka Glaxosmithkline Aeve (pôvodne Glaxowellcome), ktorá dováža a distribuuje jej výrobky v Grécku (ďalej spoločne len „GSK").

4. Konanie vo veci samej sa týka zásobovania troch patentovaných liekov, Imigranu, Lamictalu a Sereventu, ktorých vlastníkom a výrobcom je GSK (ďalej len „predmetné výrobky").

5. Do novembra 2000 GSK úplne uspokojila objednávky na predmetné výrobky, ktoré jej boli predložené žalobcami a ostatnými farmaceutickými veľkoobchodníkmi. Podstatná časť týchto objednávok bola potom veľkoobchodníkmi vyvezená do ostatných členských štátov Európskej únie, kde boli ceny oveľa vyššie.

6. Od začiatku novembra 2002 však GSK ukončila vykonávanie objednávok od farmaceutických veľkoobchodníkov a namiesto toho oznámila, že nemocnice a lekárne bude zásobovať priamo. Uviedla, že vývoz pred-

1 — Jazyk prednesu: angličtina

metných výrobkov veľkoobchodníkmi viedol ku veľkým nedostatkom na gréckom trhu. Následne obnovila zásobovania veľkoobchodníkom, avšak naďalej odmietala úplne uspokojiť ich objednávky.

7. Toto odmietnutie bolo predmetom konania pred gréckou komisiou pre hospodársku súťaž ako dôsledok žalôb podaných farmaceutickými veľkoobchodníkmi a niekoľkými žalobami podanými GSK na negatívny atest týkajúci sa jej distribučnej politiky.

8. V auguste 2001 prijala komisia pre hospodársku súťaž predbežné opatrenia, ktorými gréckej pobočke GSK uložila povinnosť úplne uspokojiť objednávky, ktoré jej boli predložené, čo táto vykonala do takej miery, do akej bola zásobovaná jej materskou spoločnosťou. Toto zásobovanie prekročilo požiadavky domáceho trhu, ale neuspokojilo oveľa väčšie objednávky, ktoré jej predložili veľkoobchodníci.

9. Po pojednávaní, na ktorom zainteresovaní účastníci ústne uviedli svoje stanoviská a odpovedali na položené otázky, sa komisia pre hospodársku súťaž rozhodla, rozhodnutím z 22. januára 2003, konanie prerušiť a položiť Súdnemu dvoru niekoľko otázok.

10. V návrhu na začatie konania o prejudiciálnej otázke komisia pre hospodársku súťaž uvádza, že všetky členské štáty Európskej únie zasahujú do trhu, aby stanovili ceny farmaceutických výrobkov na svojich územiach. Takto stanovené ceny sa v jednotlivých štátoch líšia, ale v Grécku sú tieto ceny v porovnaní s bežnými cenami kdekoľvek v Európskej únii zhodne na najnižšej úrovni.

11. Komisia pre hospodársku súťaž vychádza z predpokladu, že GSK má dominantné postavenie na príslušnom gréckom trhu v zmysle článku 82 ES, a to pokiaľ ide aspoň o jeden z predmetných výrobkov, Lamictal. Nie je však isté, či sa má odmietnutie GSK úplne uspokojiť objednávky, ktoré jej predložili farmaceutickí veľkoobchodníci, považovať za zneužitie v zmysle tohto článku.

12. Uznáva, že dohoda alebo zhodné konanie, ktoré obmedzuje obchodovanie medzi členskými štátmi, sa považuje za obzvlášť závažné porušenie článku 81 ES a že jej cieľom je obmedzenie hospodárskej súťaže bez toho, aby bolo potrebné skúmať ich účinky na trh, a to za predpokladu, že nejde o pravidlo *de minimis*. Z toho je možné usúdiť, že každá politika spoločnosti s dominantným postavením vedúca k obmedzeniu vývozov bude predstavovať *per se* zneužívajúce správanie.

13. Komisia pre hospodársku súťaž však tiež poznamenáva, že neobmedzené súbežné obchodovanie môže vážne poškodiť finančné a organizačné záujmy farmaceutických výrobcov, keďže znižuje ich príjmy a narušuje ich organizačné usporiadanie v tých štátoch, ktoré sú príjemcami súbežných dovozov. Navyše je pravdepodobné, že zisk zo súbežného obchodovania budú mať skôr tie podniky, ktoré sa zaoberajú týmto obchodovaním, než koneční spotrebitelia predávaných výrobkov. V každom prípade sú skutočnými kupujúcimi väčšiny farmaceutických výrobkov členské štáty, a to prostredníctvom systémov zdravotného poistenia, a pokiaľ by chceli platiť menej, stanovili by podľa toho ceny na svojom vnútroštátnom trhu.

14. Komisia pre hospodársku súťaž si preto kladie otázku, či farmaceutickí výrobcovia s dominantným postavením môžu odôvodniť obmedzenie zásobovania na danom vnútroštátnom trhu tým, že na ochranu svojich legitímnych obchodných záujmov musia obmedziť rozsah súbežných dovozov, a pokiaľ áno, aké skutočnosti treba posúdiť pri určení, či toto odôvodnenie je v danom prípade platné.

15. Komisia pre hospodársku súťaž preto položila Súdnemu dvoru nasledujúce prejudiciálne otázky:

„1. Tvorí odmietnutie podniku s dominantným postavením úplne uspokojiť objednávky veľkoobchodníkov s farmaceutickými výrobkami vyvolané jeho úmyslom obmedziť ich vývoznú činnosť, a tým aj obmedziť škodu spôsobovanú súbežným obchodovaním *ipso facto*, zneužitie v zmysle článku 82 ES? Je odpoveď na túto otázku ovplyvnená skutočnosťou, že súbežné obchodovanie je výnosné obzvlášť pre veľkoobchodníkov z dôvodu rozličných cien, ktoré vyplývajú zo štátneho zásahu v členských štátoch Európskej únie, alebo inak povedané, skutočnosťou, že na trhu s farmaceutickými výrobkami neprevažujú neobmedzené podmienky hospodárskej súťaže, ale prevažuje režim, ktorý je vo veľkom rozsahu regulovaný zásahom štátu? Nakoniec, je povinnosťou vnútroštátneho úradu uplatniť pravidlá hospodárskej súťaže Spoločenstva rovnako na trhy konajúce podľa pravidiel hospodárskej súťaže, ako aj na trhy, na ktorých je takéto konanie ovplyvnené zásahom štátu?

2. Za okolností, že Súdny dvor rozhodne, že obmedzenie súbežného obchodovania z vyššie uvedených dôvodov neznamená zneužitie postavenia vždy, keď je uskutočňované podnikom s dominantným postavením, ako je potom možné hodnotiť prípadné zneužitie? Osobitne:

2.1. Je možné považovať za vhodné kritérium percentuálne vyjadrenie, o ktoré je presiahnutá bežná vnútroštátna spotreba a/alebo strata utrpená podnikom s dominantným postavením v porovnaní s jeho celkovým obratom a celkovými ziskami? V prípade kladnej odpovede, akým spôsobom je možné určiť výšku percentuálneho prekročenia a výšku straty (pri strate ide o percentuálne vyjadrenie vo vzťahu k obratu a celkovým ziskom), ktoré možno považovať za zneužitie?

2.2. Je na mieste zvoliť prístup založený na vyvažovaní záujmov, a ak áno, aké záujmy by sa mali brať do úvahy pri tomto porovnávaní? Zvlášť: a) je odpoveď ovplyvnená skutočnosťou, že chorý konečný spotrebiteľ má zo súbežného obchodovania obmedzenú finančnú výhodu? a b) treba zobrať do úvahy záujmy orgánov sociálneho zabezpečenia pri lacnejších liekoch a ak áno, v akom rozsahu?

2.3. Aké ďalšie kritériá a prístupy sú považované za vhodné v prejednávanej veci?"

16. Rôznymi žalobcami boli podané štyri sady písomných pripomienok: prvú podala Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) a 15 ďalších (ďalej len „prvá skupina žalobcov"); ďalšiu podali Panellinios Syllogos Farmakapothikarion, K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton, Ionas Stroumsas EPE a Farmakapothiki Pharma Group Messinias A.E. (ďalej len „druhá skupina žalobcov"); tretiu podala Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia (ďalej len „tretia skupina žalobcov"); a poslednú sadu podali Interfarm — A. Aggelakou & Sia O.E. a 39 ďalších (ďalej len „štvrtá skupina žalobcov"). Písomné pripomienky takisto podali GSK, Komisia a švédska vláda. Okrem švédskej vlády boli všetci účastníci alebo skupiny účastníkov konania prítomní na pojednávaní, na ktorom predložili návrhy.

Prípustnosť

17. Podľa článku 234 ES, druhý odsek, len „súd členského štátu" môže položiť Súdnemu dvoru prejudiciálne otázky. Z judikatúry Súdneho dvora je zrejmé, že pojem „súd" je jedným z pojmov práva Spoločenstva.

18. Judikatúra Súdneho dvora rozlišuje mnoho kritérií týkajúcich sa prípustnosti, podľa ktorých vie určiť, či určitá entita predstavuje súd v zmysle článku 234, napríklad právny základ orgánu, či ide o stály orgán, či uplatňuje právne predpisy, záväznosť jeho právnych aktov, jeho nezávislosť, kontradiktórnosť jeho konania (*inter partes*),[2] a či jeho konečné rozhodnutie má povahu súdneho rozhodnutia[3].

19. Komisia pre hospodársku súťaž zastáva názor, že spĺňa tieto kritéria. Komisia a GSK zastávajú ten istý názor. Druhá a štvrtá skupina žalobcov vzniesla námietky proti prípustnosti návrhu na začatie prejudiciálneho konania vo svojich písomných návrhoch. Na pojednávaní však druhá skupina žalobcov zmenila svoje stanovisko a uznala, že komisia pre hospodársku súťaž môže položiť prejudiciálne otázky podľa článku 234 ES. Švédska vláda sa k prípustnosti návrhu na začatie prejudiciálneho konania nevyjadrila.

20. Podľa môjho názoru, na základe informácie uvedenej v návrhu na začatie prejudiciálneho konania, komisia pre hospodársku súťaž zjavne spĺňa kritériá, ktoré Súdny dvor v minulosti stanovil na účely určenia, či daný orgán môže byť klasifikovaný ako súd. Komisia pre hospodársku súťaž bola ustanovená ako stály orgán na základe článku 8 zákona č. 703/77 o kontrole monopolov a oligopolov, ako aj o ochrane voľnej hospodárskej súťaže (ďalej len „zákon 703/77") ako orgán príslušný pre vykonanie dozoru nad dodržiavaním ustanovení tohto zákona. Svoje rozhodnutia prijíma na základe predpisov vnútroštátneho práva a práva Spoločenstva v oblasti hospodárskej súťaže. Len táto komisia je oprávnená ukladať sankcie podľa zákona 703/77. Jej jurisdikcia je preto záväzná.

21. Faktory, ktoré boli zatiaľ posudzované, aj keď sú pravdepodobne potrebnými vlastnosťami každého súdu, sa použijú rovnako aj na správny orgán poverený dozorom nad uplatňovaním práva. Prvkom, ktorý viac charakterizuje súd, je pojednávanie pred komisiou pre hospodársku súťaž, počas ktorého môžu byť žalobcovia a žalovaní právne zastúpení a sú im poskytnuté procesné práva podobné

2 — Pozri najmä rozsudok zo 17. septembra 1997, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft, C-54/96, Zb. s. I-4961, bod 23 a tam citovanú judikatúru; rozsudok z 21. marca 2000, Gabalfrisa a i., C-110/98 až C-147/98, Zb. s. I-1577, bod 33, a rozsudok z 30. mája 2002, Schmid, C-516/99, Zb. s. I-4573, bod 34.

3 — Pozri uznesenie z 18. júna 1980, Borker, 138/80, Zb. s. 1975, bod 4, a rozsudok z 19. októbra 1995, Job Centre, C-111/94, Zb. s. I-3361, bod 9, a rozsudok z 15. januára 2002, Lutz GmbH a i., C-182/00, Zb. s. I-547, body 15 a 16.

tým, ktoré majú účastníci v rámci súdneho konania. Tieto záruky poskytujú do určitej miery rozhodovaciemu procesu pred komisiou pre hospodársku súťaž potrebný charakter kontradiktórnosti konania.

22. Napriek už uvedeným vlastnostiam komisie pre hospodársku súťaž sa mi zdá, že na účely určenia, či jej štruktúra a zloženia zodpovedajú štruktúre a zloženiu súdu a osobitne, či poskytuje štrukturálne záruky nezávislosti, ktoré ju charakterizujú, je potrebná podrobnejšia analýza.

23. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že komisia pre hospodársku súťaž je zložená z deviatich členov, menovaných ministrom rozvoja na obdobie troch rokov. Štyria členovia sú určení ministrom zo zoznamov troch kandidátov predložených obchodnými a priemyselnými organizáciami. Ďalšími členmi sú zástupca legislatívnej rady štátu alebo iný vyšší súdny úradník; dvaja vysokoškolskí profesori, z toho jeden právnik a jeden ekonóm, ako aj dve uznávané osobnosti, ktoré disponujú požadovanými skúsenosťami z danej oblasti. Z členov komisie pre hospodársku súťaž vymenuje minister jej predsedu.

24. Článok 8 ods. 1 zákona 703/77 výslovne označuje komisiu pre hospodársku súťaž za orgán, „ktorý koná nezávisle", a upresňuje, že jej členovia „sú osobne a funkčne nezávislí" a „pri výkone svojich činností sa riadia právnymi predpismi a svojím svedomím". Tak ako to komisia pre hospodársku súťaž vysvetľuje, nezávislosť jej členov je ďalej zaručená tým, že jej členom je zakázané zapájať sa do akejkoľvek profesionálnej činnosti týkajúcej sa predmetu činností komisie.

25. Súčasťou komisie pre hospodársku súťaž je kancelária, ktorej úlohou je preskúmať prípady podané komisii a predložiť jej písomné návrhy ich riešenia. Podľa návrhu na začatie prejudiciálneho konania predseda koordinuje a riadi činnosť kancelárie ako vedúci v hierarchii pri výkone disciplinárnej právomoci. Komisia pre hospodársku súťaž však uvádza, že je od svojej kancelárie funkčne oddelená, a uvádza, že ani predseda, ani ostatní členovia komisie neovplyvňujú návrhy kancelárie.

26. Mám dve špecifické pochybnosti týkajúce sa opísanej štruktúry a zloženia komisie pre hospodársku súťaž. Po prvé, podľa môjho názoru, ak chceme stanoviť, či určitý orgán má povahu súdu, je potrebné vziať do úvahy, koľko z jeho členov je právnikov alebo sudcov. V prípade gréckej komisie pre hospodársku súťaž, tak ako to vysvetľuje návrh na začatie prejudiciálneho konania, pravidlá stanovujú, že z celkového počtu deviatich členov len dvaja musia byť právnici:

jeden z nich vysokoškolský profesor a druhý buď aktívny alebo bývalý člen legislatívnej rady štátu, alebo bývalý sudca občianskeho alebo správneho súdu. Zjavne neexistuje záruka, že predseda bude mať právnické vzdelanie. Podľa môjho názoru vzbudzuje relatívne obmedzený počet miest v komisii pre hospodársku súťaž, ktoré sú vyhradené právnikom, určitú pochybnosť o jej označení ako súdu.

27. Po druhé, pokiaľ ide o nezávislosť komisie pre hospodársku súťaž, moja pochybnosť sa týka vyššie uvedeného štrukturálneho prepojenia medzi komisiou a jej kanceláriou.[4]

28. Z rozsudku Súdneho dvora vo veci Gabalfrisa[5] vyplýva, že funkčné rozdelenie medzi súdom a správnym orgánom predstavuje nezávislosť súdu. V danom prípade Súdny dvor pripustil návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal španielsky krajský orgán zodpovedný za prerokovanie daňových reklamácií, čiastočne na tom základe, že medzi jeho funkciami a funkciami daňového úradu, ktorého oddelenia prijali rozhodnutie, ktoré je predmetom návrhu, existuje funkčný rozdiel.[6] V danom prípade je možné považovať funkciu komisie a kancelárie za rozdielnu, v zmysle rozsudku vo veci Gabalfrisa, za podmienky, že preskúmanie údajného porušenia zákona 703/77 kanceláriou je oddelené od adjudikatórnej úlohy komisie pre hospodársku súťaž.

29. Podľa môjho názoru daný problém úzko súvisí s otázkou, či konanie pred komisiou pre hospodársku súťaž je možné kvalifikovať ako kontradiktórne. Len vtedy, ak je kancelária do určitej miery oddelená od komisie pre hospodársku súťaž, možno ju považovať za tretiu stranu nezávislú od strany, ktorá je vyšetrovaná, ako aj od komisie pre hospodársku súťaž ako sudcu.

30. Hoci návrh na začatie prejudiciálneho konania uvádza, že predseda v praxi nezasahuje do vyšetrovaní uskutočňovaných kanceláriou, má nad ňou určité právomoci. Návrh neuvádza žiadne pravidlá alebo iné opatrenia pre zabezpečenie nezávislosti kancelárie pri vyšetrovaní.

31. So zreteľom na obidve moje pochybnosti je podľa môjho názoru postavenie gréckej komisie pre hospodársku súťaž jemne vyvážené. Tento orgán sa mi zdá svojím posta-

4 — V bode 25.

5 — Citovaný v poznámke pod čiarou 2.

6 — Body 39 a 40 rozsudku.

venim hraničiť medzi súdom a správnym orgánom, s tým, že má určité vlastnosti súdu.

32. Po celkovom zvážení sa však domnievam, že má dostatočné vlastnosti súdu na to, aby ju bolo možné označiť za súd podľa článku 234 ES.

33. Pokiaľ ide o právnickú odbornosť tohto orgánu, poznamenávam, že okrem dvoch miest osobitne určených pre právnikov sú ďalšie dve miesta určené dvom uznávaným osobnostiam, ktoré disponujú žiadanými skúsenosťami z ekonomiky a oblasti politiky hospodárskej súťaže na vnútroštátnej úrovni a na úrovni Spoločenstva. Predstavitelia tohto orgánu sú v návrhu na začatie prejudiciálneho konania takisto označení ako uznávané osobnosti, ktoré disponujú skúsenosťami z oblasti práva hospodárskej súťaže. Berúc do úvahy aj skutočnosť, že členovia komisie pre hospodársku súťaž sú povinní pri výkone svojich povinností dodržiavať právne predpisy, zastávam názor, že obmedzený počet miest vyhradených pre právnikov a sudcov nepostačuje na to, aby sa nepripustilo označenie orgánu ako súdu. V každom prípade sa dá predpokladať, že súd rozhodujúci v zložitej technickej oblasti, akou je právo hospodárskej súťaže, kde je popri právnej odbornosti potrebná aj ekonomická a obchodná analýza, bude mať vo svojich orgánoch menej osôb s čisto právnickým vzdelaním.

34. Pokiaľ ide o štrukturálne prepojenia medzi komisiou pre hospodársku súťaž a jej kanceláriou, domnievam sa, že tieto prepojenia nie sú také výrazné, aby prevážili ostatné prvky, ktoré tieto orgán charakterizujú ako súd. Po prvé, nepovažujem za pravdepodobné, že výkon disciplinárnej právomoci predsedu nad kanceláriou ovplyvňuje výkon akéhokoľvek vyšetrovania. Po druhé sa mi zdá, a to aj za predpokladu, že by bol prijatý opačný názor, že vyšetrovanie, ktoré prebieha pred komisiou pre hospodársku súťaž, dostatočne vylučuje riziko porušenia funkčného oddelenia komisie pre hospodársku súťaž a kancelárie, pretože sa zdá, že dáva všetkým stranám dostatočný priestor na to, aby sa vyjadrili, a tým zabezpečuje nestrannosť konečného rozhodnutia.

35. Poznamenávam, že Súdny dvor už predtým pripustil návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal orgán pre hospodársku súťaž, španielsky Tribunal de Defensa de la Competencia (Súdny dvor na ochranu hospodárskej súťaže).[7] Tento orgán má mnoho spoločných znakov s gréckou komisiou pre hospodársku súťaž. Išlo takisto o stály orgán, ktorý bol založený na základe práva a ktorý bol zodpovedný za uplatnenie pravidiel hospodárskej súťaže v rámci sporného konania. Rozhodoval tiež po prijatí správy, v danom prípade od samostatného orgánu.[8]

7 — Rozsudok zo 16. júla 1992, Asociación Española de Banca Privada a i., C-67/91, Zb. s. I-4785.

8 — Postup, ktorým samostatný vyšetrujúci orgán podal návrh, je uvedený v zápisnici z pojednávania na s. 4790.

36. V druhej a štvrtej skupine žalobcov som nenašiel nič, čo by mohlo spochybniť prípustnosť návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

37. Títo žalobcovia po prvé uvádzajú, že aj napriek tomu, že článok 8 ods. 1 zákona 703/77 spomína nezávislosť komisie pre hospodársku súťaže, nepatrí tento orgán medzi päť nezávislých orgánov výslovne stanovených v gréckej ústave od jej zmeny v roku 2001. V dôsledku toho nemá komisia pre hospodársku súťaž ústavné záruky priznané týmto orgánom. Jej členovia nie sú menovaní osobitným konaním určeným ústavou. Jej procesné pravidlá tiež nie sú zakotvené v právnych predpisoch; namiesto toho majú skôr formu medziministerského rozhodnutia.

38. Po druhé tvrdia, že procesné pravidlá komisie pre hospodársku súťaž nie sú momentálne v súlade so základnými právnymi zásadami, pretože zainteresovaným osobám neumožňujú vstúpiť do konania ako vedľajší účastník v konaní pred komisiou.

39. Po tretie, žalobcovia tvrdia, že komisia pre hospodársku súťaž nerozhodla vo veci ich sťažnosti v lehote šiestich mesiacov, ktorá je stanovená platnou právnou úpravou.

40. Žiadne z týchto tvrdení žalobcov nepovažujem za presvedčivé. Skutočnosť, že komisia pre hospodársku súťaž nie je podľa gréckeho ústavného práva nezávislým orgánom, nemení nič ani na skutočnosti, že právne predpisy potvrdzujú jej nezávislosť, ani na zárukách určených na zabezpečenie tejto nezávislosti v praxi.

41. Po ďalšie sa mi zdá, že súdy môžu v rôznej miere umožniť tretiemu účastníkovi, aby vstúpil do konania ako vedľajší účastník, bez toho, aby bolo ohrozené ich postavenie ako súdu. V každom prípade sa zdá, že sa žalobcovia mohli primerane zúčastniť konania pred komisiou pre hospodársku súťaž tým, že podali svoje sťažnosti.

42. Nakoniec, nie je podľa mňa možné považovať akékoľvek prieťahy v konaní za poškodzujúce súdnu povahu orgánu rozhodujúceho vo veci, aj keď samozrejme môžu ovplyvniť kvalitu vydaného rozsudku.

43. Osobitné vlastnosti gréckej komisie pre hospodársku súťaž som preskúmal v takom

rozsahu, ako je to uvedené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania. Môže však byť užitočné v krátkosti preskúmať prípustnosť návrhu na začatie prejudiciálneho konania z hľadiska používania pravidiel hospodárskej súťaže a osobitne nariadenia č. 1/2003, ktoré zaviedlo s platnosťou od 1. mája 2004 systém decentralizovaného uplatňovania pravidiel Spoločenstva v oblasti hospodárskej súťaže. [9]

44. Po prvé je potrebné poznamenať, že nariadenie č. 1/2003 priznáva členským štátom možnosť poveriť úlohami týkajúcimi sa hospodárskej súťaže orgán, ktorý je súdom [10], a obsahuje ustanovenia, ktoré majú za cieľ zabezpečiť nezávislosť týchto orgánov [11].

45. Po druhé, je tu podľa môjho názoru niekoľko praktických dôvodov pre uznanie prípustnosti návrhov predložených týmito orgánmi. Z dôvodu hospodárnosti konania je vhodné predložiť návrh čo najskôr a vyhnúť sa tak nutnosti následného konania pred odvolacím súdom na účel podania prejudiciálnej otázky. Je takisto prinajmenšom preukázateľné, že špecializovaný orgán hospodárskej súťaže s určitými vlastnosťami súdu môže identifikovať problémy týkajúce sa práva hospodárskej súťaže Spoločenstva lepšie ako všeobecný súd poverený následnou kontrolou rozhodnutí vyššie uvedeného orgánu. S decentralizáciou práva hospodárskej súťaže Spoločenstva by možnosť vnútroštátneho orgánu hospodárskej súťaže, ktorého štruktúra je porovnateľná so súdnou štruktúrou, predkladať Súdnemu dvoru prejudiciálne otázky znamenala dodatočnú záruku jednotnosti práva Spoločenstva. Navyše je teraz isté, že vnútroštátne orgány hospodárskej súťaže majú právomoc a sú povinné neuplatňovať vnútroštátne právne predpisy, ktoré si vyžadujú alebo ktoré zjednodušujú správanie sa, ktoré je v rozpore s článkom 81 ods. 1 ES, alebo ktoré posilňujú účinky takéhoto správania sa, osobitne pokiaľ ide o dohody o stanovení cien a rozdelení trhu. [12] Táto možnosť by takisto vyžadovala preukázanie určitej pružnosti v posudzovaní prípustnosti prejudiciálnych otázok podaných týmito orgánmi na ten účel, aby predtým, ako sa prestanú používať vnútroštátne právne predpisy, neexistovali žiadne pochybnosti, pokiaľ ide o príslušné pravidlá Spoločenstva.

46. Podľa môjho názoru tieto praktické úvahy potvrdzujú opodstatnenosť môjho predchádzajúceho záveru, podľa ktorého je potrebné považovať tento návrh za prípustný. Následne teda môžem skúmať obsah otázok položených gréckou komisiou pre hospodársku súťaž.

9 — Nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy, Ú. v. L 1, 2003, s. 1; Mim. vyd. 08/02, s. 205.

10 — Článok 35 a odôvodnenie č. 35.

11 — Pozri osobitne článok 35 ods. 4.

12 — Rozsudok z 9. septembra 2003, CIF, C-198/01, Zb. s. I-8055.

O veci samej

47. V úvode poznamenávam, že niektoré z predložených vyjadrení sa týkajú definície trhu a dominantného postavenia. Položené otázky však vychádzajú z predpokladu, že na predmetných trhoch existuje dominantné postavenie. Komisia pre hospodársku súťaž rozhodla, že existuje dominantné postavenie, pokiaľ ide o jeden z predmetných výrobkov, Lamictal, a nepožiadala Súdny dvor o to, aby sa vyjadril ku kritériu týkajúcemu sa definície trhu, alebo aby zhodnotil existenciu dominantného postavenia. V mojich návrhoch preto budem skúmať len otázku skutočne položenú komisiou pre hospodársku súťaž, a to otázku zneužitia dominantného postavenia podľa článku 82 ES.

48. V tomto zmysle chce komisia pre hospodársku súťaž predovšetkým vedieť, či farmaceutická spoločnosť s dominantným postavením musí byť vždy považovaná za spoločnosť zneužívajúcu svoje dominantné postavenie v zmysle článku 82 ES len z toho dôvodu, že úplne neuspokojuje predložené objednávky na ten účel, aby tak obmedzila vývoznú činnosť svojich zákazníkov. Po druhé, pokiaľ to tak nie je, komisia pre hospodársku súťaž sa pýta, aké faktory je potrebné vziať do úvahy pre určenie, či je táto spoločnosť zodpovedná za takéto správanie.

49. Európska komisia tvrdí, že takéto obmedzenie zásobovania predstavuje zneužitie vtedy, ak podnik s dominantným postavením nepodá primerané a postačujúce objektívne odôvodnenie svojho správania. Európska komisia zastáva názor, že žiadny z faktorov uvedených gréckou komisiou pre hospodársku súťaž nie je pre takéto odôvodnenie relevantný.

50. Európska komisia opiera svoj záver čiastočne o to, že predmetné správanie je svojou povahou protisúťažné. Podnik s dominantným postavením podľa nej zneužíva svoje postavenie vtedy, ak odmieta zásobovanie svojich výrobkov alebo služieb s cieľom obmedziť alebo vylúčiť skutočných alebo možných konkurentov na danom trhu a posilniť svoje postavenie na trhu. Vzhľadom na to, že každý pokus výrobcu obmedziť zásobovanie na účely obmedzenia súbežného obchodovania je obyčajne zameraný na obmedzenie hospodárskej súťaže pri dovoze v rámci značky, musí byť toto obmedzenie považované za zneužitie postavenia. Komisia sa čiastočne opiera aj o skutočnosť, že predmetné správanie má za cieľ rozdelenie trhu. Súdny dvor zhodne vykladal články 81 a 82 ES ako články zakazujúce správanie, ktorého cieľom je rozdelenie spoločného trhu.

51. Žalobcovia a švédska vláda s Komisiou v podstate súhlasia.

52. GSK tvrdí, že obmedzenie zásobovania farmaceutickou spoločnosťou s dominantným postavením na trhu na účel obmedzenia súbežného obchodovania nepredstavuje zneužitie postavenia v zmysle článku 82 ES. Toto obmedzenie nepredstavuje výnimočné okolnosti, za ktorých je odmietnutie zásobovania považované za zneužitie postavenia. Pri posúdení tohto obmedzenia v jeho vlastnom hospodárskom a právnom kontexte a za osobitných podmienok v oblasti farmaceutického priemyslu v Európe je možné nepovažovať takéto obmedzenie za zneužitie, ale skôr za primerané opatrenie podniku na ochranu jeho legitímnych obchodných záujmov.

Je možné považovať predmetné správanie samo osebe za zneužitie?

53. Pokiaľ ide o prvú časť prvej prejudiciálnej otázky, je podľa mňa správne, tak ako tvrdí Komisia a GSK, že farmaceutická spoločnosť s dominantným postavením nutne nezneužíva svoje postavenie na trhu tým, že odmieta úplne uspokojiť objednávky predložené veľkoobchodníkmi s farmaceutickými výrobkami, aj keď sa tým snaží obmedziť súbežné obchodovania. Tento záver jasne vyplýva z judikatúry Súdneho dvora týkajúcej sa zlučiteľnosti odmietnuť zásobovanie s článkom 82 ES. Podľa tejto judikatúry, tak ako to uvádza nižšie spomenutá analýza — ktorá musí byť dosť podrobná — každá povinnosť podľa článku 82 ES môže byť uložená len po dôkladnom preskúmaní skutkového a hospodárskeho kontextu a aj potom len v rámci určitých úzkych medzí.

54. Rozsudok vo veci Commercial Solvents po prvýkrát potvrdil, že podnik s dominantným postavením môže byť za určitých okolností povinný zásobovať svojich existujúcich zákazníkov.[13] Prípad sa týkal odmietnutia spoločnosti Commercial Solvents naďalej zásobovať tretiu stranu, spoločnosť Zoja, surovinami potrebnými pre výrobu derivátu, ktoré mohla získať len od spoločnosti Commercial Solvents. Odmietnutie sa zakladalo na rozhodnutí spoločnosti Commercial Solvents vstúpiť do hospodárskej súťaže so spoločnosťou Zoja na odvodenom trhu s týmito derivátmi. Súdny dvor rozhodol, že spoločnosť s dominantným postavením na trhu so surovinami, ktorá si vyhradí túto surovinu na výrobu vlastných derivátov a odmieta jeho zásobovanie zákazníkovi, ktorý je výrobcom tohto derivátu, zneužíva svoje dominantné postavenie, avšak len za podmienky, že týmto „riskuje úplne obmedzenie hospodárskej súťaže zo strany tohto zákazníka".[14]

55. Vo veci United Brands[15] prestala spoločnosť, ktorá mala dominantné postavenie

13 — Rozsudok zo 6. marca 1974, Istituto Chemioterapico Italiano a Commercial Solvents/Komisia, 6/73, Zb. s. 223.

14 — Bod 25 rozsudku.

15 — Rozsudok zo 14. februára 1978, 27/76, Zb. s. 207.

v pestovaní banánov (ďalej len „UBC"), s ktorými obchodovala pod značkou Chiquita, zásobovať distribútora, ktorý mal takisto sklad na dozrievanie banánov, po tom, čo tento distribútor v dôsledku nezhody so spoločnosťou s dominantným postavením začal propagovať predaj banánov od konkurenčného pestovateľa a menej sa venoval procesu dozrievania banánov spoločnosti UBC. Súdny dvor rozhodol, že „je potrebné od začiatku potvrdiť, že podnik s dominantným postavením na trhu v distribúcii výrobku — ktorého značka je medzi spotrebiteľmi prestížna — nemôže prestať so zásobovaním pre dlhodobého zákazníka, ktorý rešpektuje obchodné pravidlá, ak jeho objednávky nie sú niečím nezvyčajné". [16]

56. Súdny dvor uviedol, že takéto správanie je nezlučiteľné s článkom 82 ES „keďže odmietnutie predaja by obmedzilo trhy na škodu spotrebiteľov a predstavovalo by diskrimináciu, ktorá by mohla viesť až k odstráneniu obchodného partnera z daného trhu". [17] Súdny dvor však takisto rozhodol, že aj spoločnosť s dominantným postavením musí mať právo prijať také rozumné opatrenia, ktoré sú podľa nej potrebné na ochranu jej obchodných záujmov, pod podmienkou, že jej správanie bude primerané hrozbe a že jeho cieľom nebude posilnenie alebo zneužitie jej dominantného postavenia. [18]

57. Vec BP [19] sa týkala obmedzenia zásobovania ropnou spoločnosťou s dominantným postavením v období ropnej krízy v rokoch 1973 a 1974. BP napadla rozhodnutie Komisie, podľa ktorého zneužila svoje dominantné postavenie tým, že podstatným spôsobom obmedzila zásobovanie jednému zákazníkovi, a to v ďaleko väčšom rozsahu ako iným zákazníkom bez toho, aby na to mala objektívne dôvody. Komisia zastávala názor, že spoločnosť s dominantným postavením mala spravodlivo rozdeliť dostupné množstvo svojho výrobku medzi všetkých svojich zákazníkov, s výnimkou osobitostí alebo rozdielností v ich obchodnej situácii. V prípade všeobecnej krízy zásobovania sa má podľa Komisie obrátiť v prvom rade na svojich stálych zákazníkov a obmedzenie zásobovania pre kupujúcich v čase nedostatku by sa malo uskutočňovať na základe referenčného obdobia pred krízou. Komisia navrhla, že vhodným bude jeden rok.

58. Generálny advokát Warner zastával názor, že také definovanie zneužitia dominantného postavenia, aké zastáva Komisia, nie je v praxi použiteľné z dôvodu ťažkosti určiť navrhované referenčné obdobie a zistiť, či rozdiely v postavení zákazníkov môžu odôvodniť rozdielnosti v ich zaobchádzaní. [20] Súdny dvor rozhodol, že BP nezneužila svoje

16 — Bod 182 rozsudku.
17 — Bod 183 rozsudku.
18 — Body 189 a 190 rozsudku.
19 — Rozsudok z 29. júna 1978, 77/77, Zb. s. 1513.
20 — Strana 1539, druhý stĺpec.

dominantné postavenie. Dotknutý zákazník prestal byť pravidelným zákazníkom v roku, ktorý predchádzal kríze. Pretože bol v čase vzniku krízy príležitostným zákazníkom, nemohol od BP očakávať, že s ním bude zaobchádzať rovnakým spôsobom ako so svojimi stálymi zákazníkmi.[21] Súdny dvor mal takisto pochybnosti o tom, či je možné referenčné obdobie uplatniť prinajmenšom v prípade, keď sa počas tohto obdobia ukončili vzťahy so zákazníkom.[22] Nakoniec, Súdny dvor zdôraznil, že dotknutý zákazník bol schopný prekonať ťažkosti, ktoré spôsobila kríza.[23] Neutrpel preto zrejmú, okamžitú a závažnú ujmu svojho postavenia na trhu a ani nebol vystavený riziku svojho zániku.[24]

59. Podstata sporu vo veci Telemarketing[25] spočívala v žalobe podanej na belgický súd s cieľom zabrániť televíznej spoločnosti odmietnuť predávať reklamný čas spoločnosti, ktorá bola konkurentom televíznej spoločnosti na odvodenom trhu pre telefónny marketing. Televízna spoločnosť takisto odmietla predať reklamný čas tím inzerentom reklám, ktorí vyzývali na telefonovanie, pokiaľ použité telefónne číslo nebolo číslom jej vlastnej obsluhy telefónneho marketingu.

60. Súdny dvor v odpovedi na prejudiciálnu otázku položenú vnútroštátnym súdom rozhodol, že ku zneužitiu v zmysle článku 82 ES dôjde vtedy, ak si podnik s dominantným postavením na určitom trhu vyhradí, bez toho, aby to bolo objektívne nevyhnutné, pre seba alebo pre svoju dcérsku spoločnosť inú činnosť, ktorá by mohla byť uskutočnená iným podnikom ako súčasť jeho činnosti na susednom alebo oddelenom trhu, pričom hrozí úplné odstránenie hospodárskej súťaže zo strany tohto podniku. Súdny dvor uviedol, že v takomto prípade je služba, ktorú odopiera spoločnosť s dominantným postavením, nevyhnutná pre činnosť druhej spoločnosti.[26]

61. Všetky doteraz uvedené prípady sa týkali odmietnutia zásobovania existujúcemu zákazníkovi. V mnohých ďalších prípadoch posudzoval Súdny dvor odmietnutie umožniť tretej strane použiť jej duševné vlastníctvo alebo hmotnú infraštruktúru po prvýkrát.

62. Vo veci Volvo/Veng[27] Súdny dvor rozhodol, že k zneužitiu dominantného postavenia zo strany výrobcu automobilov, ktorý je majiteľom zapísaného vzoru na časti karosérie svojich automobilov, neprišlo, keď tento výrobca odmietol poskytnúť tretím osobám licenciu na výrobu týchto častí s cieľom používať ich ako náhradné diely.

21 — Body 28, 29, 32 a 33 rozsudku.

22 — Bod 30 rozsudku.

23 — Bod 42 rozsudku.

24 — Bod 20 rozsudku.

25 — Rozsudok z 3. októbra 1985, CBEM/CLT a IPB („Telemarketing"), 311/84, Zb. s. 3261.

26 — Body 25 až 27 a výroková časť rozsudku.

27 — Rozsudok z 5. októbra 1988, C-238/87, Zb. s. 6211.

Súdny dvor uviedol, že právo majiteľa chráneného vzoru zabrániť tretím osobám vyrábať, predávať alebo dovážať bez jeho súhlasu výrobky, ktoré obsahujú patentovaný vzor, je jeho výlučným právom. Odmietnutie udeliť licenciu tak samo osebe nepredstavuje zneužitie dominantného postavenia. Výkon tohto výlučného práva však môže predstavovať zneužitie napríklad vtedy, ak podnik s dominantným postavením svojvoľne odmieta zásobovať náhradnými dielmi nezávislých opravárov, ak stanoví neprimerane vysoké ceny náhradných dielov, alebo ak sa rozhodne ukončiť výrobu náhradných dielov na určitý model automobilu, ktorý je ešte stále v rozsiahlom obehu. [28]

63. Následne vo veci Magill [29] Súdny dvor potvrdil rozsudok Súdu prvého stupňa, ktorým bola zamietnutá žaloba o neplatnosť rozhodnutia Komisie, v ktorom Komisia vytýkala írskym televíznym spoločnostiam, že zneužívali svoje dominantné postavenie, ktoré mali na trhu svojich televíznych programov, a to tým, že sa dovolávali svojich autorských práv na tieto programy, aby tak zabránili tretím osobám vydávať týždenný televízny program, ktorý by konkuroval televíznym programom vydávaným jednotlivými televíznymi spoločnosťami. Súdny dvor usúdil, že nasledujúce okolnosti postačovali na to, aby sa rozhodlo, že išlo o zneužitie dominantného postavenia. Po prvé, odmietnutie televíznych spoločností používať informácie týkajúce sa ich programov, ktoré boli základom pre vypracovanie kompletného týždenného prehľadu programov, zabraňovalo vytvoreniu nového výrobku, ktorý televízne spoločnosti neponúkali a po ktorom existoval potenciálny dopyt zo strany spotrebiteľov. Takéto odmietnutie predstavovalo zneužitie v zmysle článku 82 písm. b) ES. [30] Po druhé, takéto odmietnutie nebolo odôvodnené. [31] Po tretie, televízne spoločnosti si svojím správaním vyhradili pre seba sekundárny trh týždenného prehľadu programov a úplne tak vylúčili hospodársku súťaž na tomto trhu, keďže odmietali prístup ku základnej informácii, ktorá bola prvotným materiálom nevyhnutným pre vytvorenie takéhoto prehľadu. [32]

64. Ďalším prípadom odmietnutia zásobovania bola vec Bronner. [33] Súdny dvor mal rozhodnúť, či došlo k zneužitiu dominantného postavenia podľa článku 82 ES v prípade, ak skupina nakladateľov novín, ktorá má podstatný podiel na trhu dennej tlače, odmietne vydavateľovi konkurenčných novín prístup ku jej službe donášky do domu, alebo mu ju umožní len v tom prípade, keď si tento vydavateľ zakúpi od nej určitú doplnkovú službu. Súdny dvor uviedol, že vo svojich rozsudkoch vo veciach Commercial Solvents a Telemarketing rozhodol, že odmietnutie zásobovať konkurenta tovarmi alebo službami, ktoré sú nevyhnutné pre

28 — Body 8 a 9 rozsudku.

29 — Rozsudok zo 6. apríla 1995, RTE a ITP/Komisia, C-241/91 P a C-242/91 P, Zb. s. I-743.

30 — Body 53 a 54 rozsudku.

31 — Bod 55 rozsudku.

32 — Bod 56 rozsudku.

33 — Rozsudok z 26. novembra 1998, C-7/97, Zb. s. I-7791.

výkon činnosti tohto konkurenta, predstavuje zneužitie len vtedy, ak dané správanie môže spôsobiť úplné odstránenie hospodárskej súťaže zo strany konkurenta.[34] Súdny dvor následne pripomenul rozsudok vo veci Magill a zdôraznil, že aj za predpokladu, že by táto judikatúra týkajúca sa výkonu práva duševného vlastníctva bola uplatniteľná v prípade výkonu vlastníckych práv akéhokoľvek druhu, bolo by pre určenie, že ide o zneužitie, stále potrebné nielen to, aby odmietnutie služby donášky do domu úplne odstránilo hospodársku súťaž na trhu dennej tlače zo strany subjektu požadujúceho službu, a takéto odmietnutie by nebolo objektívne odôvodnené, ale takisto, aby bola služba sama osebe nevyhnutnou pre výkon činnosti tejto osoby v tom zmysle, že neexistuje žiadna skutočná alebo potenciálna náhrada systému donášky do domu.[35] V danom prípade to tak v skutočnosti nebolo.[36]

65. Nakoniec, v nedávnom prípade IMS Health[37] Súdny dvor znova preskúmal okolnosti, za ktorých odmietnutie zo strany podniku s dominantným postavením udeliť licenciu pre používanie jeho duševného vlastníctva môže predstavovať zneužitie tohto postavenia podľa článku 82 ES. Na základe rozsudku vo veci Magill Súdny dvor rozhodol, že na to, aby odmietnutie podniku, ktorý vlastní autorské práva prístupu k výrobku alebo službe, ktoré sú nevyhnutné pre určitú činnosť, mohlo byť považované za zneužitie postačuje, aby boli súčasne splnené tri podmienky, a to, že toto odmietnutie je prekážkou vzniku nového výrobku, po ktorom existuje potenciálny dopyt zo strany spotrebiteľov, že toto odmietnutie nie je odôvodnené, a že môže úplne vylúčiť hospodársku súťaž na sekundárnom trhu.[38]

66. Myslím si, že nasledujúce závery je možné vyvodiť z judikatúry a praxe Spoločenstva. Po prvé, je zrejmé, že podnik s dominantným postavením na trhu bude pri určitej príležitosti povinný dodávať svoje výrobky alebo služby. Je to tak napríklad vtedy, ak by prerušenie zásobovania vážne poškodilo hospodársku súťaž medzi týmto podnikom a zákazníkom na odvodenom trhu alebo medzi podnikom a jeho skutočnými alebo potenciálnymi konkurentmi na predmetnom trhu. Existuje takisto niekoľko okolností, za ktorých je podnik s dominantným postavením po prvýkrát povinný povoliť prístup do svojich zariadení alebo udeliť licenciu na používanie práv duševného vlastníctva tretím osobám. Na tieto účely je potrebné preukázať existenciu výnimočného ohrozenia hospodárskej súťaže.

67. Po druhé, je takisto zrejmé, že povinnosť zásobovania, ktorú článok 82 ES ukladá podniku s dominantným postavením, je obmedzená za rôznych okolností. Tak, ako

34 — Bod 38.

35 — Bod 41 rozsudku.

36 — Body 42 až 44 rozsudku.

37 — Rozsudok z 29. apríla 2004, C-418/01, Zb. s. I-5039.

38 — Bod 38 rozsudku.

rozhodol Súdny dvor vo veci United Brands, podnik s dominantným postavením nie je povinný uspokojiť objednávky, ktoré sú niečím nezvyčajné, a môže prijať také opatrenia, ktoré primeraným spôsobom chránia jeho obchodné záujmy. Podobne, vo vyššie uvedenej veci BP, spoločnosť s dominantným postavením úspešne pred Súdnym dvorom obhájila svoju obchodnú politiku, na základe ktorej rozlišovala svojich zákazníkov pri rozdeľovaní zásobovania v období nedostatku výrobku na trhu. Súdny dvor takisto zhodne obmedzoval povinnosti podnikov s dominantným postavením tým, že im pripustil uplatniť ich objektívne odôvodnenie.

68. Po tretie, faktory, ktoré umožňujú určiť, či správanie sa podniku, ktorý odmieta zásobovanie, je zneužitím, vo veľkej miere závisia od konkrétneho hospodárskeho alebo právneho kontextu jednotlivého prípadu. Európska komisia sa týmto spôsobom nedávno vyjadrila v rozhodnutí Microsoft.[39] Podobné stanovisko zaujal aj Najvyšší súd USA.[40]

69. So zreteľom na túto analýzu zastávam názor, že na prvú položenú otázku je potrebné odpovedať záporne: farmaceutická spoločnosť s dominantným postavením, ktorá obmedzuje zásobovanie svojich výrobkov, nevyhnutne nezneužíva svoje dominantné postavenie v zmysle článku 82 ES len z toho dôvodu, že sa takto snaží obmedziť súbežné obchodovanie.

70. Podobne ako Komisia, aj ja zastávam názor, že úmysel obmedziť súbežné obchodovanie je jednou z okolností, ktoré by obyčajne odmietnutie zásobovania zo strany podniku s dominantným postavením predstavovalo protiprávne správanie. Cieľom tohto správania je obyčajne vylúčenie konkurenta dominantnej spoločnosti z trhu v členskom štáte dovozu. Aj za predpokladu, že nie je možné vo všetkých prípadoch preukázať dostatočný dopad na hospodársku súťaž, je možné na podporu tohto záveru uviesť, že cieľom tohto správania je rozdelenie trhu.

71. V danom prípade, hoci sa predpokladá, a zrejme aj uznáva, úmysel spoločnosti GSK rozdeliť si trh, rozdelenie trhu nie je jej hlavným cieľom, ale skôr, vzhľadom na vlastnosti trhu, nevyhnutným dôsledkom jej úsilia ochrániť to, čo je podľa nej jej legitímnym obchodným záujmom, a to odmietnutím úplne uspokojiť objednávky, ktoré jej boli predložené. Otázka úmyslu by preto nemala odvrátiť pozornosť od základnej otázky, ktorou je zistiť, či predmetné

39 — Rozhodnutie Komisie z 24. marca 2004 o uplatnení článku 82 Zmluvy ES (vec COMP/C-3/37.792 Microsoft). Komisia uviedla svoje stanovisko v bode 555 rozhodnutia, podľa ktorého „prístup, ktorý by obhajoval existenciu taxatívneho výpočtu výnimočných okolností a ktorý by viedol Komisiu k tomu, aby *a limine* nebrala ohľad na iné okolnosti výnimočnej povahy, ktoré je inak potrebné vziať do úvahy pri posúdení odmietnutia zásobovania, nie je nijako presvedčivý". [*neoficiálny preklad*]

40 — Vo veci Verizon Communications Inc./Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, týkajúcej sa odmietnutia zásobovania podľa antitrustového zákona USA, sudca J. Scalia, ktorý zaslal návrh Najvyššiemu súdu, uviedol, že „antitrustová analýza musí vždy prihliadať na osobitnú štruktúru a situáciu daného odvetvia. Časť tejto pozornosti týkajúca sa hospodárskeho kontextu umožňuje pochopiť význam právnej úpravy".

odmietnutie je so zreteľom na celkové okolnosti odôvodnené.

72. V každom prípade, tak ako tvrdí Komisia, je zrejmé, že judikatúra Spoločenstva umožňuje podnikom s dominantným postavením preukázať, že ich správanie je objektívne odôvodnené, a to aj vtedy, ak je na prvý pohľad zneužitím tohto postavenia, pričom teraz sa sústredím práve na túto otázku objektívnej odôvodnenosti. Doplnil by som, že dvojstupňová analýza, ktorá je dôsledkom rozlišovania medzi zneužitím a jeho objektívnym odôvodnením, je podľa môjho názoru do určitej miery umelá. Článok 82 ES, na rozdiel od článku 81 ES, neobsahuje žiadne výslovne ustanovenie, ktoré by určovalo výnimku určitého druhu správania, ktoré by predstavovalo zakázané správanie uvedené v tomto článku. Samotná skutočnosť, že používa pojem „zneužívanie", totiž naznačuje, že už bol vyslovený negatívny záver, v porovnaní s neutrálnejšou terminológiou „vylučovanie, obmedzovanie alebo skresľovanie hospodárskej súťaže" uvedenou v článku 81 ES. Je preto podľa môjho názoru vhodnejšie tvrdiť, že niektoré druhy správania podniku s dominantným postavením nespadajú v žiadnom prípade do kategórie zneužívania tohto postavenia. Avšak vzhľadom na to, že Komisia na základe predchádzajúcej judikatúry Spoločenstva skúmala vo svojich vyjadreniach objektívne odôvodnenie správania, môže byť užitočné venovať sa tejto otázke.

Je predmetné správanie objektívne odôvodnené?

73. Vzhľadom na negatívnu odpoveď na prvú časť položenej otázky, ktorú som navrhol, je nevyhnutné takisto posúdiť, či rôzne faktory určené komisiou pre hospodársku súťaž sú relevantné pre posúdenie, či správanie takého typu, aký je predmetom daného konania, môže byť objektívne odôvodnené, a to: skutočnosťou, že v európskom farmaceutickom sektore neprevažujú podmienky čistej hospodárskej súťaže; percentuálnym podielom, o ktorý presiahne zásobovanie podniku s dominantným postavením vnútroštátnu spotrebu; dopadom súbežného obchodovania na obrat alebo zisky podniku s dominantným postavením; a mierou, v akej má chorý konečný spotrebiteľ a kupujúci daného výrobku prospech zo súbežného obchodovania.

74. Na prvý pohľad je ťažké odmietnuť tvrdenie Európskej komisie, podľa ktorého môže byť obmedzenie zásobovania s cieľom obmedziť súbežné obchodovanie odôvodnené len za veľmi obmedzených okolností. Vo väčšine prípadov má súbežné obchodovanie zrejmé výhody: takéto obchodovanie podporuje hospodársku súťaž v rámci značky a znižuje ceny v krajine dovozu v prospech spotrebiteľov v tomto štáte. Po bližšom preskúmaní osobitého kontextu európskeho farmaceutického sektora však nie som presvedčený, či možnosti odôvodnenia sú obmedzené do takej miery, ako to tvrdí Komisia.

75. Niekoľko vlastností tohto sektora uvedených gréckou komisiou pre hospodársku súťaž sa mi naozaj zdá relevantnými na účely posúdenia zodpovednosti farmaceutickej

spoločnosti s dominantným postavením, ktorá obmedzila svoje zásobovanie na účel obmedziť súbežné obchodovanie.

76. Faktormi, ktoré je potrebné vziať do úvahy, sú v prvom rade všadeprítomná právna úprava cien a distribúcie v sektore; po druhé, pravdepodobný dopad neobmedzeného súbežného obchodovania na farmaceutické spoločnosti so zreteľom na hospodárenie sektora; a po tretie, dôsledky tohto obchodovania na spotrebiteľov a kupujúcich farmaceutické výrobky.

Právna úprava cien a distribúcie v európskom farmaceutickom sektore

77. Podľa môjho názoru nie je možné pri posúdení predmetného správania odignorovať všadeprítomnú a rôznorodú právnu úpravu, ktorej je farmaceutický sektor podriadený tak na vnútroštátnej úrovni, ako aj na úrovni Spoločenstva, a ktorá tento sektor podľa môjho názoru odlišuje od všetkých ostatných sektorov, v rámci ktorých sú výrobky ľahko obchodovateľné.

78. Členské štáty zasahujú, aby obmedzili ceny farmaceutických výrobkov na svojich územiach. Cieľom týchto zásahov je chrániť rozpočty zdravotných poisťovní, ktoré hradia väčšinu nákladov na tieto výrobky. Štáty zasahujú do rôznej miery a rôznymi spôsobmi, aby stanovili alebo ovplyvnili cenu farmaceutických výrobkov. Niektoré štáty sú pripravené pripustiť predaj farmaceutických výrobkov za vyššie ceny ako iné štáty. Týmto spôsobom, či už výslovne alebo konkludentne, uznávajú potrebu ponechať farmaceutickým spoločnostiam dostatočný zisk na to, aby ich motivovali ku výskumu a vývoju nových farmaceutických výrobkov. V dôsledku toho sú ceny farmaceutických výrobkov v niektorých členských štátoch väčšie ako v ostatných štátoch. Práve tento rozdiel v cenách medzi členskými štátmi tvorí príležitosť pre súbežné obchodovanie. V nedávnom oznámení, zverejnenom pred posledným rozšírením Európskej únie, Komisia predpovedala, že rozšírenie bude mať za následok ďalší nárast týchto rozdielov.[41]

79. Úprava cien členskými štátmi je len čiastočne harmonizovaná právom Spoločenstva.[42] Vo svojom oznámení z roku 1998 o jednotnom trhu s farmaceutickými výrobkami[43] [*neoficiálny preklad*] dospela Komisia k záveru, že zavedenie európskeho centrali-

41 — Oznámenie Komisie Rade, Európskemu parlamentu, Hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov, „Silnejší európsky farmaceutický priemysel v prospech pacienta — výzva na konanie" [*neoficiálny preklad*], KOM (2003) 383, konečné znenie, bod 14.

42 — Podľa smernice Rady 89/105/EHS z 21. decembra 1988 o transparentnosti opatrení upravujúcich stanovenie cien humánnych liekov a ich zaraďovanie do vnútroštátnych systémov zdravotného poistenia, Ú. v. ES L 40, 1989, s. 8, Mim. vyd. 05/001, s. 345, členské štáty sú povinné zabezpečiť, aby rozhodnutia o stanovení cien a o náhrade boli uskutočnené transparentne a nediskriminačne a v rámci stanovených lehôt.

43 — KOM (1998) 588, konečné znenie.

zovaného systému stanovenia cien liekov je nežiaduce a v súčasnosti nerealizovateľné. Poznamenala, že „by bolo veľmi ťažké stanoviť primeranú výšku ceny pre celé Spoločenstvo: nízke ceny by totiž mali okamžitý pozitívny dopad s ohľadom na ciele udržania kontroly nad výdavkami spojenými so zdravotnou starostlivosťou (prinajmenšom v členských štátoch, v ktorých sú ceny momentálne vysoké), ale mali by za následok stále zníženie európskeho príspevku na investície do výskumu a vývoja vo farmaceutickej oblasti na svetovej úrovni, čo by mohlo viesť ku zníženiu investícií v európskom hospodárstve. Vysoké ceny by obmedzili prístup spotrebiteľov a platiteľov ku starostlivosti v tých krajinách, kde si vzhľadom na hospodárske a sociálne podmienky nemôžu takéto vysoké ceny dovoliť." [44] Komisia namiesto toho navrhla rôzne opatrenia s cieľom obmedziť deštrukciu vnútorného trhu, ktorá by vyplynula z úpravy cien farmaceutických výrobkov členskými štátmi.

80. Druhým relevantným prvkom, ktorý ukazuje, že v európskom farmaceutickom priemysle neprevažujú bežné pravidlá hospodárskej súťaže, je vysoký stupeň úpravy distribúcie farmaceutických výrobkov na vnútroštátnej úrovni, ako aj na úrovni Spoločenstva. Podľa pravidiel Spoločenstva týkajúcich sa humánnych liekov musia členské štáty zaviesť systém autorizácie pre tých, ktorí sú zapojení do tejto aktivity ako veľkoobchodníci s liekmi. Táto autorizácia je podmienená splnením rôznych minimálnych požiadaviek. [45]

81. V mnohých členských štátoch majú farmaceutické spoločnosti a veľkoobchodníci na účely zabezpečenia dostupnosti liekov na základe vnútroštátneho práva rôzne ďalšie povinnosti. Napríklad, tak ako to grécka komisia pre hospodársku súťaž vysvetľuje vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania, grécke právo ukladá niektorým žalobcom ako povinnú službu vo verejnom záujme povinnosť nepretržite disponovať rozmanitou zásobou farmaceutických výrobkov príslušných pre pokrytie potrieb na určitom území a pre rýchle zabezpečenie požadovaných dodávok na celom tomto území.

82. Článok 81, druhý odsek smernice 2001/83/EHS, ktorým sa stanovuje zákonník Spoločenstva o humánnych liekoch, taktiež ukladá nasledujúcu povinnosť pre výrobcov a distribútorov farmaceutických výrobkov:

„Držiteľ povolenia na uvedenie na trh pre liek a distribútori príslušného lieku, skutočne uvedeného na trh v členskom štáte, v rámci svojich zodpovedností zabezpečia primerané a plynulé dodávky tohto lieku do lekární

44 — Bod 11.

45 — Príslušné ustanovenia sú obsiahnuté v hlave VII smernice Európskeho parlamentu a Rady 2001/83/ES zo 6. novembra 2001, ktorou sa stanovuje zákonník spoločenstva o humánnych liekoch, Ú. v. ES L 311, s. 67; Mim. vyd. 13/027, s. 69, zmenenej a doplnenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2004/27/ES z 31. marca 2004, Ú. v. EÚ L 136, 2004, s. 34; Mim. vyd. 13/034, s. 262.

a osobám, oprávneným vydávať lieky, tak, aby boli dostatočným množstvom zabezpečené potreby pacientov v príslušnom členskom štáte."

83. Vnútroštátna právna úprava a právna úprava európskeho farmaceutického sektora na úrovni Spoločenstva je podľa môjho názoru relevantná pri analýze daného správania v niekoľkých ohľadoch.

84. Po prvé, takáto právna úprava ozrejmuje primeranosť a proporcionalitu obmedzenia zásobovania. Keď sa farmaceutické spoločnosti snažia zabrániť súbežnému obchodovaniu, nesnažia sa tým udržať rozdiel svojich vlastných cien, ale skôr predísť dôsledkom, ktoré by nastali všeobecným použitím príliš nízkych cien, ktoré im boli stanovené v niektorých členských štátoch v rámci Spoločenstva.

85. Ani samotné obmedzenie zásobovania nezabráni veľkoobchodníkom vo vývoze výrobkov, ktoré mu boli dodané. Takéto obmedzenie obyčajne nezabráni súbežnému obchodovaniu, pokiaľ medzi členskými štátmi existujú rozdiely v cene. Akékoľvek množstvo dodané do členského štátu, v ktorom sú nízke ceny, bude vyvezené a podnik nebude mať žiadny záujem o zásobovanie v tomto štáte. To, čo vo farmaceutickom priemysle bráni veľkoobchodníkom vo vývoze predmetných výrobkov, je zrejmá povinnosť verejnej služby, podľa ktorej sú povinní mať dostatočné zásoby na to, aby pokryli dopyt na vnútroštátnom trhu. Rozdelenie trhu spojené s obmedzením zásobovania vyplýva z opatrení vnútroštátnych orgánov v štáte vývozu.

86. Po druhé, vzhľadom na to, že farmaceutické spoločnosti s dominantným postavením sú morálne a právne povinné udržiavať zásobovanie v členských štátoch, je pochybné, či by bolo primerané a proporcionálne žiadať od nich, aby v tých členských štátoch, kde sú nízke ceny, zásobovali veľkoobchodníkov, ktorí majú v úmysle predmetné výrobky vyvážať. Nie je jasné, či farmaceutická spoločnosť môže stiahnuť výrobok z trhu v členskom štáte, v ktorom mu bola uložená povinnosť používať nízke ceny. Podľa môjho názoru môžu takémuto stiahnutiu brániť dve právne prekážky. Na jednej strane môže byť podnik s dominantným postavením obmedzený článkom 82 ES, a to pokiaľ ide o okolnosti, za ktorých môže ukončiť existujúci obchodný vzťah, prinajmenšom v prípade jeho ukončenia bez rozumnej výpovednej doby. Na druhej strane článok 81 smernice 2001/83 vyžaduje od farmaceutických spoločností, aby v rámci svojej zodpovednosti zabezpečili primerané a plynulé dodávky povoleného lieku, ktorý je skutočne uvedený na trh v členskom štáte, lekárňam a osobám, ktoré sú oprávnené vydávať lieky tak, aby boli pokryté potreby pacientov v danom členskom štáte. Ešte stále je potrebné vypracovať presné parametre tejto povinnosti, hoci sa zdá, že táto povinnosť bude schopná obmedziť možnosť farmaceutickej spoločnosti

stiahnuť z trhu v určitom členskom štáte výrobok, ktorý už bol na tento trhu uvedený.

87. Po tretie, právna úprava distribúcie farmaceutických výrobkov v Európe je založená na vnútroštátnej oddelenej schéme, ktorá pre zabezpečenie dostatočného zásobovania na území každého členského štátu ukladá farmaceutickým spoločnostiam aj veľkoobchodníkom povinnosti a ktorá bola osobitne posilnená príslušnými právnymi predpismi Spoločenstva. Aktivity obchodníkov, ktorí sa zaoberajú súbežným obchodovaním, idú naprieč touto schémou, a ohrozujú tak v štáte dovozu, ako aj v štáte vývozu opatrenia, ktoré sú farmaceutické výrobcovia a veľkoobchodníci povinní prijímať na účely splnenia svojej povinnosti verejnej služby podľa vnútroštátneho práva a práva Spoločenstva. Rozhodnutie farmaceutickej spoločnosti s dominantným postavením obmedziť množstvo zásobovania pre tých, ktorí majú v úmysle zúčastniť sa súbežného obchodovania, je podľa môjho názoru potrebné posúdiť so zreteľom na tieto povinnosti.

88. Nakoniec, tak ako to vysvetlím nižšie, vzhľadom na skutočnosti, že členské štáty prijali na svojich územiach veľmi rozdielne cenové úrovne pre farmaceutické výrobky a že oni samotní sú hlavnými kupujúcimi farmaceutických výrobkov, nie je isté, či súbežné obchodovanie je v skutočnosti výhodné pre tých, ktorí tieto výrobky kupujú.

Hospodárske vlastnosti inovácie vo farmaceutickom priemysle

89. Podľa môjho názoru je takisto relevantné posúdiť niektoré hospodárske faktory, ktoré ovplyvňujú obchodnú politiku farmaceutických spoločností. Inovácia je dôležitým parametrom hospodárskej súťaže vo farmaceutickom sektore.[46] Pre výskum a vývoj nového farmaceutického výrobku je obyčajne typická potreba významných investícií.[47] Výroba farmaceutického výrobku je obyčajne charakterizovaná vysokými fixnými nákladmi (výskum a vývoj nového výrobku) a relatívne nízkymi premenlivými nákladmi (vlastná výroba výrobku).[48] Rozhodnutie farmaceutickej spoločnosti, či investuje do vývoja nového farmaceutického výrobku, bude samozrejme záležať na tom, či výrobca očakáva, že dosiahne dostatočný zisk na to, aby pokryl náklady investície. Len čo sa investícia uskutoční, jej náklady klesajú. Pre farmaceutickú spoločnosť je preto logické zásobovať svojimi výrobkami tie trhy, na ktorých je cena určená nad premenlivé náklady. Samotná skutočnosť, že výrobok je uvedený na určitý trh za určitú cenu neznamená, že farmaceutická spoločnosť je schopná pokryť svoje celkové náklady, ak by táto cena bola všeobecne aplikovaná vo

46 — Rozhodnutie Komisie z 8. mája 2001 týkajúce sa konania podľa článku 81 ES (Glaxo Wellcome) [*neoficiálny preklad*], Ú. v. ES L 302, s. 1, bod 155.

47 — V správe pripravenej pre Generálne riaditeľstvo Európskej komisie pre podnikanie, „Globálna konkurencieschopnosť v liekoch — Európska perspektíva" [*neoficiálny preklad*], A. Gambardella, L. Orsenigo a F. Pammolli na strane 38 uvádzajú, že „projekt výskumu a vývoja nového lieku môže trvať 8-12 rokov s nákladmi v rozpätí 350-650 miliónov USD".

48 — Pozri tamtiež, poznámka 1 na strane 3, kde autori uvádzajú, že „výroba v tomto sektore nie je taká významná ako výskum a vývoj a uvedenie na trh, ktoré predstavujú prevažnú časť investícií".

všetkých štátoch Spoločenstva. Túto otázku by bolo možné preskúmať vtedy, keby vnútroštátny súd mohol určiť, či cena stanovená dominantným podnikom v určitom členskom štáte mu umožňuje pokryť jeho fixné a premenlivé náklady a dosiahnuť primeraný zisk.

90. Tieto faktory nám do určitej miery ukazujú možné následky toho, keby farmaceutickým spoločnostiam s dominantným postavením bolo zakázané obmedzenie zásobovania s cieľom obmedzenia súbežného obchodovania.

91. Takýto zákaz by výrobcov viedol k tomu, aby neumiestňovali na trh výrobky, prostredníctvom ktorých by mohli získať dominantné postavenie v členských štátoch, v ktorých sú ceny stanovené na nízkej úrovni. Tak ako som už uviedol vyššie, morálne a právne povinnosti by farmaceutickým spoločnostiam sťažovali stiahnutie takých výrobkov, ktoré sú už v týchto štátoch umiestnené na trh. Je pravdepodobnejšie, že by skôr zdržali umiestnenie nových výrobkov na trh v týchto štátoch. Dôsledkom toho by bolo v rámci celého Spoločenstva zníženie úrovne výroby farmaceutických výrobkov a spokojnosti spotrebiteľa, ktorú niektoré tieto výrobky predstavujú.

92. Podobne by sa aj rokovanie o cenách v tých členských štátoch, v ktorých sú ceny nízke, stalo určite ťažším. V týchto štátoch by dochádzalo k výraznému tlaku na zvýšenie cien, ak by sa tieto ceny prostredníctvom súbežného obchodovania zovšeobecnili pre ďalšie štáty Spoločenstva. Takéto zvýšenie cien by opäť znížilo výrobu a spokojnosť spotrebiteľa v tých štátoch, v ktorých by k takému zvýšeniu došlo. Navyše by to spôsobilo prerozdelenie zdrojov od spotrebiteľov v členských štátoch s nízkymi cenami do členských štátov, v ktorých sú ceny vysoké.

93. Ak by členské štáty, v ktorých sú ceny nízke, boli schopné odolávať tlaku na zvýšenie cien a ak by farmaceutické spoločnosti nesťahovali svoje výrobky alebo nezdržovali ich umiestnenie na trh, znížili by sa príjmy za tie výrobky, pri ktorých sa zistilo dominantné postavenie podniku. Farmaceutická spoločnosť by tak nebola motivovaná investovať do výskumu a vývoja, pretože by mohla očakávať menšie zisky počas obdobia patentovej ochrany.

94. Komisia tvrdí, že farmaceutické spoločnosti majú možnosť rozhodnúť sa, či umiestnia výrobok na trh za určenú cenu, a v prípade, že sa takto rozhodnú, je potrebné predpokladať, že táto cena je z obchodného hľadiska realizovateľná. Tak ako bolo vysve-

tlené vyššie,[49] tento záver zachádza podľa môjho názoru príliš ďaleko. Spoločnosť môže prijať cenu určenú v jednom členskom štáte, aj keď jej táto cena neumožní celkom pokryť fixné náklady spojené s vývojom určitého farmaceutického výrobku, pod tou podmienkou, že táto cena pokryje premenlivé náklady na výrobu a že nebude zavedená vo všetkých štátoch v rámci Spoločenstva, čo by obmedzilo dosiahnutie zisku spoločnosti v ostatných členských štátoch.

95. Z toho vyplýva, že je v celku prijateľné, aby farmaceutické spoločnosti s dominantným postavením, pokiaľ nemôžu rozhodovať o zvýšení ceny v členských štátoch, v ktorých sú ceny nízke, reagovali na povinnosť zásobovať veľkoobchodníkov zaoberajúcich sa súbežným obchodovaním v danom štáte, stiahnutím existujúcich výrobkov z trhu v tomto štáte v prípade, že tak môžu urobiť, a zdržiavaním umiestnenia nových výrobkov na takýto trh. Rozdiely medzi cenami budú nahradené väčším rozdelením trhu, pričom sa rozpätie výrobkov bude v jednotlivých štátoch od seba odlišovať.

Dôsledky súbežného obchodovania pre spotrebiteľov a pre kupujúcich v členskom štáte dovozu

96. Nakoniec si myslím, že je dôležité skúmať účinok, ktorý má súbežné obchodovanie na spotrebiteľov a kupujúcich v členskom štáte dovozu. Zvyčajne majú zo súbežného obchodovania prospech tí, ktorí si môžu kúpiť výrobky za nižšie ceny na trhu, pre ktorý je súbežné obchodovanie určené. Tento prospech sa však vzhľadom na špecifické vlastnosti európskeho farmaceutického priemyslu zdá pochybný.

97. Súbežné obchodovanie s farmaceutickými výrobkami nemá nutne za následok cenovú konkurenciu rozpoznateľnú pre konečných spotrebiteľov týchto výrobkov. V mnohých členských štátoch prispievajú pacienti len nízkou paušálnou čiastkou na cenu farmaceutických výrobkov, ktoré im boli predpísané. Zvyšok nákupnej ceny výrobku pokrýva systém zdravotných poisťovní. V týchto štátoch tak súbežné obchodovanie nepredstavuje žiadnu výhodu pre konečných spotrebiteľov liekov, ktoré sú takto predávané.

98. Súbežné obchodovanie nemá takisto vždy za následok cenovú konkurenciu v prospech verejných orgánov, ktoré v skutočnosti výrobky kupujú, alebo v prospech daňových poplatníkov, ktorí platia príspevky týmto orgánom. V niektorých štátoch majú napríklad lekárnici právo použiť na výrobky, ktoré sú predmetom súbežného obchodovania, také ceny, ktoré sú používané pri prvom umiestnení predmetného výrobku na trh v danom štáte. V dôsledku toho je rozdiel medzi cenami, ktorý viedol k súbežnému obchodo-

49 — Body 89 až 93.

vaniu, úplne pohltený ziskom, ktorý dosiahli tí, ktorí sa zúčastnili distribučného reťazca. Ako reakciu na to zaviedli niektoré členské štáty systém čiastočného späťvzatia na účely získania časti zisku od lekárnikov. Komisia vo svojom oznámení z roku 1998 uznala, že „pokiaľ súbežné obchodovanie nemôže s cenami pracovať dynamicky, je neúčinné, pretože najväčšia, i keď nie celá, časť finančného zisku pripadá obchodníkovi zaoberajúcemu sa súbežným obchodovaním, skôr ako systému zdravotnej starostlivosti alebo pacientovi" [*neoficiálny preklad*]. [50]

99. V každom prípade, vzhľadom na to, že verejné orgány nielen nakupujú farmaceutické výrobky, ale že takisto zohrávajú významnú úlohu pri určovaní ich cien, nie je možné predpokladať, že jediným záujmom kupujúceho v členskom štáte, v ktorom sú vysoké ceny, je získať ceny nižšie. Je možné predpokladať, že ak by si štát naozaj želal nižšie ceny, snažil by sa skôr o ich priame zníženie. Takáto cenová súťaž, vyplývajúca zo súbežného obchodovania, môže preto pôsobiť proti záujmom kupujúceho.

Závery týkajúce sa možnosti objektívneho odôvodnenia

100. Vzhľadom na všetky vyššie uvedené faktory si myslím, že je možné odôvodniť obmedzenie zásobovania zo strany farmaceutickej spoločnosti s dominantným postavením na účel obmedzenia súbežného obchodovania, ako primerané a proporcionálne opatrenie, ktorého cieľom je chrániť obchodné záujmy tejto spoločnosti. Cieľom tohto obmedzenia nie je udržanie cenovej nerovnosti, ktorú táto spoločnosť spôsobila, a ani priamo neobmedzuje trh, pre ktorý sú prekážkou skôr povinnosti verejnej služby uložené zo strany členských štátov. Nútiť spoločnosť, aby uspokojila všetky objednávky určené pre vývoz, ktoré sú jej predložené, by pre túto spoločnosť predstavovalo v mnohých prípadoch neprimeranú záťaž, vzhľadom na morálne a právne povinnosti udržať zásobovanie vo všetkých členských štátoch. Vzhľadom na špecifické hospodárske vlastnosti farmaceutického priemyslu by požiadavka zásobovania nemusela nevyhnutne podporiť ani voľný pohyb, ani hospodársku súťaž a mohla by farmaceutické spoločnosti odradiť od inovácie. Navyše nie je možné predpokladať, že súbežné obchodovanie bude predstavovať skutočné výhody pre konečných spotrebiteľov farmaceutických výrobkov alebo pre členské štáty, ktoré sú hlavnými kupujúcimi týchto výrobkov.

101. K tomuto záveru je však podľa môjho názoru možné dospieť, len pokiaľ ide o farmaceutický priemysel za súčasných podmienok a pre špecifický druh správania, ktoré je predmetom daného konania.

50 — Oznámenie Komisie o jednotnom trhu s farmaceutickými výrobkami, citované vyššie v poznámke pod čiarou 43, s. 4.

102. Myslím si, že je veľmi nepravdepodobné, aby akýkoľvek iný sektor spĺňal vlastnosti, ktoré ma viedli k záveru, že obmedzenie zásobovania na účely obmedzenia súbežného obchodovania považujem za odôvodnené vo vzťahu ku farmaceutickým výrobkom. Takisto, ak by sa zmenil hospodársky a právny kontext farmaceutického sektora v Európe, bolo by zrejme nutné znova prehodnotiť, či obmedzenie zásobovania v členskom štáte, v ktorom sú nízke ceny, je primerané a proporcionálne.

103. Zastávam taktiež názor, že správanie sa farmaceutickej spoločnosti s dominantným postavením, ktoré by jasne a priamo rozdeľovalo spoločný trh, by nebolo možné takýmto spôsobom odôvodniť. Primeranosť obmedzenia zásobovania vyplýva čiastočne zo skutočnosti, že toto obmedzenie pôsobí na rozdelenie trhu vo farmaceutickom sektore len vo veľmi malom rozsahu.

104. Nakoniec je potrebné poznamenať, že vyššie uvedená analýza nevylučuje možnosť, že obmedzenie zásobovania zo strany farmaceutickej spoločnosti s dominantným postavením by mohlo byť v rozpore s judikatúrou Súdneho dvora týkajúcou sa odmietnutia zásobovania, ak by negatívne dôsledky tohto obmedzenia na hospodársku súťaž nevyplývali zo skutočnosti, že obmedzuje súbežné obchodovanie.

Návrh

105. Vzhľadom na vyššie uvedené dôvody zastávam názor, že Súdny dvor by mal na položené prejudiciálne otázky odpovedať takto:

„1. Farmaceutická spoločnosť s dominantným postavením nezneužíva nevyhnutne toto postavenie, ak odmieta úplne uspokojiť objednávky veľkoobchodníkov

s farmaceutickými výrobkami len z toho dôvodu, že sa tým snaží obmedziť súbežné obchodovanie.

2. Takéto odmietnutie je možné objektívne odôvodniť a nepredstavuje zneužitie, ak rozdiel ceny, ktorý má za následok súbežné obchodovanie, je výsledkom zásahu členského štátu vývozu, ktorý stanovil ceny nižšie, ako sú bežné ceny kdekoľvek v Spoločenstve, a to so zreteľom na vlastnosti európskeho farmaceutického sektora v danom stave jeho vývoja a osobitne na:

— všadeprítomnosť a rôznorodosť štátnych zásahov pri stanovení cien farmaceutických výrobkov, ktoré sú zodpovedné za rozdiely v cene medzi členskými štátmi,

— právnu úpravu Spoločenstva a vnútroštátnu právnu úpravu distribúcie farmaceutických výrobkov, ktorá ukladá farmaceutickým spoločnostiam a veľkoobchodníkom povinnosti a ktorá je v jednotlivých členských štátoch na účely zabezpečenia dostupnosti primeraných zásob týchto výrobkov odlišná,

— možné negatívne dôsledky súbežného obchodovania na hospodársku súťaž, spoločný trh a na motiváciu k inovácii, vzhľadom na hospodárske vlastnosti farmaceutického priemyslu,

— skutočnosť, že zo súbežného obchodovania nemusia mať vždy prospech koneční spotrebitelia farmaceutických výrobkov a že nie je možné predpokladať, že verejné orgány členských štátov, ktoré sú hlavnými kupujúcimi týchto výrobkov, budú mať prospech z nižších cien, pretože práve tieto štáty sú zodpovedné za stanovenie cien na svojich územiach."