NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
prednesené 1. apríla 2008 [1]

Obsah

I — Úvod ..... I - 7145

II — Právny rámec ..... I - 7146

A — Právo Spoločenstva ..... I - 7146

B — Vnútroštátna právna úprava ..... I - 7148

III — Skutkové okolnosti sporov vo veci samej a prejudiciálne otázky ..... I - 7148

IV — Konanie pred Súdnym dvorom ..... I - 7151

V — Analýza prejudiciálnych otázok ..... I - 7152

A — Úvodné aspekty ..... I - 7152

1. Výhrady k formulácii otázok ..... I - 7152

a) Dominantné postavenie ..... I - 7152

b) Uspokojenie objednávok „v plnom rozsahu“ ..... I - 7153

2. Poňatie otázok ..... I - 7153

B — Zneužitie dominantného postavenia per se v článku 82 ES (prvá prejudiciálna otázka) ..... I - 7154

1. Odmietnutie zásobovania ako akt zneužitia postavenia ..... I - 7154

a) Judikatúra Spoločenstva ..... I - 7154

b) Zámer ako priťažujúca okolnosť ..... I - 7156

1 — Jazyk prednes: španielčina.

2. Uznanie zneužitia *per se* v rámci článku 82 ES: metodologický problém .. I - 7158

a) Judikatúra Súdneho dvora ..... I - 7158

b) Neprimeranosť zneužití *per se* vzhľadom na článok 82 ES ..... I - 7159

i) Kritériá právnej povahy ..... I - 7159

ii) Kritériá ekonomickej povahy ..... I - 7161

3. Navrhovaná odpoveď na prvú prejudiciálnu otázku ..... I - 7162

C — Prvky, ktoré odôvodňujú postup, ktorý je za normálnych okolností zneužitím dominantného postavenia (druhá prejudiciálna otázka) ..... I - 7162

1. Podmienky nedokonalého trhuf ..... I - 7163

a) Základné črty trhu ..... I - 7163

b) Preskúmanie týchto odôvodnení ..... I - 7164

i) Určovanie cien členskými štátmi ..... I - 7165

ii) Povinnosť zásobovania ..... I - 7166

2. Ochrana legitímnych obchodných záujmov ..... I - 7167

a) Preskúmanie judikatúry ..... I - 7167

b) Uvedené dôvody ..... I - 7168

3. Pozitívna hospodárska bilancia ..... I - 7171

4. Navrhovaná odpoveď na druhú prejudiciálnu otázku ..... I - 7172

VI — Návrh ..... I - 7173

I — Úvod

1. Ako keby išlo o bumerang, Súdnemu dvoru sa znovu predkladajú na posúdenie prejudiciálne otázky, ktoré pred pár rokmi [2] vyhlásil za neprípustné. Grécky súdny orgán Trimeles Efeteio Athinon (odvolací súd v Aténach) kladie niektoré základné otázky

2 — Rozsudok z 31. mája 2005, Syfait a i., C-53/03, Zb. s. I-4609.

týkajúce sa práva Spoločenstva v oblasti hospodárskej súťaže spojené so zneužitím dominantného postavenia, ktoré je zakázané v článku 82 ES, a so súbežnými dovozmi liekov z Gréckej republiky do iných členských štátov, kde je náhrada výdavkov za lieky vydaná na lekársky predpis podstatne vyššia ako v Grécku.

2. Príčina zamietnutia návrhu na začatie prejudiciálneho konania nebola prekážkou toho, aby generálny advokát určený pre uvedenú vec vypracoval návrhy [3], na ktoré sa účastníci konania v spore prejednávanom na vnútroštátnom súde odvolávajú v širokej miere, pričom sa tieto návrhy stali takmer centrálnym bodom diskusie.

3. Tento postoj vo mne vyvoláva sklamanie, pretože sa cítim ako Avellaneda, ktorý píše druhú časť cudzieho románu, čo by mi vyslúžilo určitú kritiku, akej adresátom bol aj uvedený autor, hoci situácia nie je porovnateľná: ja musím vypracovať tieto návrhy a plním si svoje pracovné povinnosti v dobrej viere a bez najmenšieho pocitu zatrpknutosti, ktorý, ako sa zdá, priviedol Avellanedu k plagiátorstvu. [4]

II — Právny rámec

A — *Právo Spoločenstva*

4. Zmluva ES obsahuje dve ustanovenia týkajúce sa hospodárskej súťaže, ktoré sú nevyhnutné pre fungovanie vnútorného trhu. Zatiaľ čo článok 81 ES zakazuje kartelové dohody medzi konkurujúcimi si podnikmi, prvý odsek článku 82 ES zakazuje zneužívanie dominantného postavenia jedným alebo viacerými podnikmi na uvedenom trhu alebo jeho podstatnej časti. V jeho druhom odseku sa demonštratívne uvádzajú niektoré typické príklady tohto nedovoleného správania.

3 — Návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Jacobs 28. októbra 2004 vo veci Syfait, už citovanej, a v ktorých sa vyslovuje za prípustnosť prejudiciálnych otázok.

4 — Pod pseudonymom Alonso Fernández de Avellaneda uverejnil v roku 1614 pravdepodobne neznámy kňaz menom Alonso Fernández Zapata „Druhý diel Dômyselného rytiera Don Quijote de La Mancha“, čím pochopiteľne vyvolal hnev Cervantesa, ktorý v skutočnom pokračovaní svojho románu napadol nevydarenú imitáciu. Literárna kvalita imitácie je veľmi vzdialená kvalite diela, ktoré chcel napodobniť. Z tohto dôvodu ho GARCÍA SALINEROV, F.: Introducción crítica sobre la obra y su autor. In: *Alonso Fernández de Avellaneda, El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha*, Ed. Castalia, Madrid, 2005, s. 24, označil za „knihu výsmechov bez pikaresknej dômyselnosti, ktorej vznik má svoj pôvod pravdepodobne v osobnej nevraživosti“.

5. V kontexte skutkových okolností sporu vo veci samej sú relevantné aj niektoré predpisy sekundárneho práva. Smernica 89/105/EHS [5] obsahuje opatrenia smerujúce k harmonizácii metód určovania cien liekov. Jej článok 2 ods. 1 a 2 upresňujú:

„Nasledujúce ustanovenia sa uplatňujú, ak je predaj lieku povolený až po tom, ako príslušné orgány príslušného členského štátu schválili jeho cenu:

1. Členské štáty zabezpečia, aby rozhodnutie o cene, ktorú možno žiadať za príslušný liek, prijal a oznámil žiadateľovi do 90 dní od prijatia žiadosti, ktorú podáva, v súlade s požiadavkami predpísanými v príslušnom členskom štáte držiteľ povolenia na predaj. Žiadateľ poskytne príslušným orgánom dostatočné informácie.... Príslušné orgány... prijmú konečné rozhodnutie do 90 dní... Ak v horeuvedenej lehote alebo lehotách takéto rozhodnutie neexistuje, potom je žiadateľ oprávnený predávať výrobok za navrhnutú cenu.

2. Ak sa príslušné orgány rozhodnú nepovoliť predaj príslušného lieku za cenu, ktorú navrhuje žiadateľ, potom je súčasťou takéhoto rozhodnutia aj uvedenie dôvodov, založených na objektívnych a overiteľných kritériách...“.

6. Pre prípadný dopad rozsudku Súdneho dvora *pro futuro* je vhodné uviesť druhý odsek článku 81 smernice 2001/83/ES [6], ktorou bola zrušená smernica 92/25/EHS [7], hoci sa na skutkové okolnosti prejednávané pred vnútroštátnym súdom nevzťahuje *ratione temporis*. Podľa tohto ustanovenia:

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

7. Tretí odsek článku 81 trvá na tom, že opatrenia na realizáciu tohto článku musia

5 — Smernica Rady 89/105/EHS z 21. decembra 1988 o transparentnosti opatrení upravujúcich stanovovanie 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).

6 — Smernica 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) v znení zmenenom a doplnenom 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).

7 — Smernica Rady 92/25/EHS z 31. marca 1992 o veľkodistribúcii humánnych liekov [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 113, s. 1).

byť odôvodnené ochranou verejného zdravia a mali by byť primerané cieľu takejto ochrany, „a to v súlade s pravidlami zmluvy, predovšetkým s tými, ktoré sa týkajú voľného pohybu tovaru a konkurencie“.

B — *Vnútroštátna právna úprava*

8. Článok 2 zákona č. 703/1977 o kontrole monopolov a oligopolov a ochrane voľnej hospodárskej súťaže (ďalej len „grécky zákon o ochrane hospodárskej súťaže“) sa v podstate zhoduje s článkom 82 ES.

9. Podľa článku 29 ods. 2 zákona č. 1316/1983, ktorým bol zmenený a doplnený článok 8 legislatívneho dekrétu č. 96/1973, držitelia povolenia na uvedenie lieku na trh musia zabezpečiť pravidelné zásobovanie trhu liekom, ktorý vyrábajú alebo dovážajú.

10. Grécka právna úprava tiež podmieňuje činnosť veľkoobchodníkov s týmito výrobkami získaním povolenia a prevzatím záväzku zabezpečenia primeraného zásobovania určitého územia.

III — Skutkové okolnosti sporov vo veci samej a prejudiciálne otázky

11. Spoločnosť GlaxoSmithKline plc zaoberajúca sa výskumom a výrobou liekov so sídlom v Spojenom kráľovstve distribuuje a spravuje skladové zásoby svojich výrobkov v Grécku prostredníctvom svojej dcérskej spoločnosti GSK AEVE (ďalej sa uvádzajú obidva podniky spoločne ako „GSK“), ktorá má od materskej spoločnosti povolenie na ich predaj na gréckom území. Distribuuje tovar s ochrannými známkami Imigran, ktorý je určený na migrénu, Lamictal, ktorý je určený na epilepsiu, a Serevent, ktorý je určený na astmu, pričom všetky tieto lieky sa vydávajú na lekársky predpis a majiteľom patentu je GSK.

12. Odvolateľky v sporoch vo veci samej nakupovali ako veľkoobchodníci — sprostredkovatelia počas niekoľkých rokov uvedené farmaceutické špeciality v rôznych formátoch a následne zásobovali grécky trh, ako aj trhy iných krajín, a to najmä trhy Nemecka a Spojeného kráľovstva.

13. Koncom októbra 2000 spoločnosť GSK, odvolávajúc sa na nedostatok uvedených troch liekov, zmenila svoj systém distribúcie v Grécku. Od 6. novembra 2000 prestala vybavovať objednávky odvolateliek a začala zásobovať nemocnice a lekárne týmito liekmi prostredníctvom spoločnosti Farmacenter AE.

14. Keď sa vo februári 2001 obnovilo riadne zásobovanie, GSK začala znova dodávať Imigran, Lamictal a Serevent veľkoobchodníkom, ale v obmedzenom množstve, pričom však skončila svoju spoluprácu so spoločnosťou Farmacenter AE. Toto konanie GSK vyvolalo nespokojnosť odvolateliek, ktoré podali dva návrhy na začatie správneho a občianskoprávneho konania.

15. Spoločnosť GSK podala návrh na začatie správneho konania, v ktorom požiadala Epitropi Antagonismou (grécka komisia pre hospodársku súťaž) o vydanie negatívneho atestu, čo sa týka zmeny svojej politiky distribúcie liekov. Zároveň odvolateľky v konaniach vo veci samej, niektoré grécke združenia farmaceutov a ďalšie veľkosklady podali na základe tých istých skutočností návrh s cieľom dosiahnuť určenie, že GSK zneužila dominantné postavenie v zmysle článku 2 gréckeho zákona o ochrane hospodárskej súťaže a článku 82 ES.

16. V rozhodnutí o nariadení predbežných opatrení Epitropi Antagonismou uložila GSK povinnosť uspokojovať objednávky týkajúce sa dotknutých troch výrobkov až do prijatia konečného rozhodnutia. Keďže mal regulačný orgán pre voľnú hospodársku súťaž na gréckom trhu pochybnosti o výklade vnútroštátneho práva vo svetle práva Spoločenstva, prerušil konania a položil Súdnemu dvoru prejudiciálne otázky týkajúce sa výkladu článku 82 ES, ktoré boli zapísané do registra kancelárie Súdneho dvora pod číslom C-53/03.

17. Súdny dvor sa v rozsudku nezaoberal vecou samou, pretože vyhlásil, že nemá právomoc odpovedať na otázky položené rozhodnutím orgánu, ktorý nemá charakter súdneho orgánu v zmysle článku 234 ES. [8] Epitropi Antagonismou však rozhodla o sťažnostiach odvolateliek z 1. septembra 2006, a to tak, že GSK má dominantné postavenie iba vo vzťahu k výrobku Lamictal, pretože pacienti s epilepsiou majú ťažkosti prispôsobiť sa iným podobným liekom, a že podnikateľská skupina GSK porušila článok 2 gréckeho zákona o ochrane hospodárskej súťaže iba v období medzi novembrom 2000 a februárom 2001, ale nie v neskoršom období, pričom neporušila článok 82 ES.

18. Odvolateľky napadli platnosť rozhodnutia na Dioikitiko Efeteio Athinon (správny odvolací súd v Aténach), ktorý vo veci zatiaľ nevydal rozsudok.

19. Občianskoprávne konanie sa začalo na základe žalôb súčasných odvolateliek pred Protodikeio Athinon (prvostupňový súd

8 — Súdny dvor sa tak odklonil od rozsudku z 21. marca 2000, Gabalfrisa a i. (C-110/98 až C-147/98, Zb. s. I-1577), ktorý som vždy považoval za nesprávny, a viac sa priblížil k téze, ktorú obhajujem od mojich návrhov vo veci De Coster (rozsudok z 29. novembra 2001, C-17/00, Zb. s. I-9445). K stavu tejto diskusie pozri moje návrhy z 22. novembra 2007 vo veci Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt, C-393/06, vec v konaní.

v Aténach), ktoré podali 30. apríla 2001 [9] a 30. októbra 2001 [10], ako aj 5. marca 2002 [11] a 11. novembra 2002. [12]

20. Odvolateľky tvrdili, že prerušenie dodávok zo strany GSK a predaj prostredníctvom Farmacenter predstavujú akty nekalej hospodárskej súťaže a zneužitie dominantného postavenia spoločnosti GSK na trhu uvedených troch výrobkov. Vo svojich návrhoch žiadali pokračovanie v zásobovaní na základe priemerných mesačných množstiev, ktoré im GSK dodávala v období medzi 1. januárom 2000 a 31. októbrom 2000 navýšené o 20 %, ako aj náhradu spôsobených škôd a ušlý zisk.

21. S výnimkou požiadavky náhrady ušlého zisku, ktorú vyhlásil za neprípustnú, prvostupňový súd v Aténach rozhodol o uvedených žalobách v období medzi januárom 2003 a októbrom 2003. Zamietol ich ako nedôvodné, pretože sa nazdával, že odmietnutie zásobovania bolo odôvodnené, čím zamietol aj obvinenia týkajúce sa zneužívania dominantného postavenia zo strany GSK.

22. Odvolateľky vo vnútroštátnom konaní podali odvolanie proti týmto rozsudkom na Trimeles Efeteio Athinon (odvolací súd v Aténach), ktorý po tom, ako nedostal odpoveď od Súdneho dvora na otázky, ktoré položil Epitropi Antagonismou v už citovanej veci C-53/03, prerušil odvolacie konanie a položil Súdnemu dvoru rovnaké prejudiciálne otázky: [13]

„1. Predstavuje 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 obzvlášť výnosné pre veľkoobchodníkov z dôvodu rozdielov v cenách, ktoré v členských štátoch Európskej únie vyplývajú zo štátnych zásahov, alebo inak povedané skutočnosťou, že na trhu s farmaceutickými výrobkami neprevažujú podmienky neobmedzenej hospodárskej súťaže, ale prevažuje režim, ktorý je do veľkej miery regulovaný zásahmi štátu? A nakoniec je povinnosťou vnútroštátneho úradu uplatniť pravidlá hospodárskej súťaže Spoločenstva rovnako na trhy fungujúce podľa pravidiel hospodárskej súťaže, ako aj na trhy, na ktorých je hospodárska súťaž narušená zásahmi štátu?

9 — Veci C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 a C-478/06.

10 — Vec C-473/06.

11 — Vec C-477/06.

12 — Veci C-469/06 a C-471/06.

13 — Uvádzajú sa otázky položené vo veciach C-474/06 až C-478/06, pretože v predchádzajúcich veciach (C-468/06 až C-473/06) sa nesprávne odkazovalo na „vnútroštátny orgán na ochranu hospodárskej súťaže“ namiesto na „vnútroštátny súdny orgán“, pravdepodobne preto, že boli doslovne opísané otázky, ktoré Súdnemu dvoru zaslala Epitroipi Antagonismou, ako uvádzajú odvolateľky vo svojich pripomienkach vo veciach C-469/06 až C-476/06.

2. V prípade, že Súdny dvor rozhodne, že obmedzenie súbežného obchodovania z vyššie uvedených dôvodov neznamená zneužitie postavenia vždy, keď je uskutočňované podnikom s dominantným postavením, ako sa potom posudzuje prípadné zneužitie? Osobitne:

2.1. Je možné považovať za vhodné kritérium percentuálny pomer, o ktorý je presiahnutá bežná vnútroštátna spotreba a/alebo stratu utrpenú 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 —, za hranicou ktorých je možné hovoriť o zneužití postavenia?

2.2. Je namieste zvoliť prístup založený na vyvažovaní záujmov, a ak áno, aké záujmy by sa mali brať do úvahy pri tomto porovnávaní?

a) Je odpoveď ovplyvnená skutočnosťou, že pacient — konečný spotrebiteľ má zo súbežného obchodovania obmedzenú finančnú výhodu?

b) Treba zobrať do úvahy záujem orgánov sociálneho zabezpečenia na získaní lacnejších liekov, a ak áno, v akom rozsahu?

2.3. Aké ďalšie kritériá a prístupy by boli vhodné v prejednávanej veci?“

IV — Konanie pred Súdnym dvorom

23. Všetky návrhy na začatie prejudiciálneho konania boli doručené do kancelárie Súdneho dvora 21. novembra 2006. Uznesením z 29. januára 2007 predseda Súdneho dvora spojil podľa článku 43 rokovacieho poriadku tieto veci so zreteľom na objektívnu súvislosť, ktorá medzi nimi existuje.

24. Spoločnosti Sot. Lelos kai Sia EE (vec C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton a iní (veci C-469/06 až C-476/06) a Kokkoris D. Tsanas K. EPE a iní (veci C-477/06 a C-478/06), teda odvolateľky v konaniach vo veci samej, ako aj GSK, poľská vláda a Komisia Európskych spoločenstiev predložili písomné pripomienky v lehote stanovenej v článku 23 Štatútu Súdneho dvora.

25. Na pojednávaní, ktoré sa konalo 29. januára 2008, vystúpili zástupcovia Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton a iní, Kokkoris D. Tsanas K. EPE a iní, GSK, Talianskej republiky, ktorá nepredložila písomné pripomienky, Poľskej republiky a Komisie Európskych spoločenstiev, aby ústne predniesli svoje tvrdenia a odpovedali na otázky, ktoré im položil Súdny dvor.

V — Analýza prejudiciálnych otázok

A — *Úvodné aspekty*

1. Výhrady k formulácii otázok

a) Dominantné postavenie

26. Predtým som už odkázal na rozhodnutie gréckeho úradu na ochranu hospodárskej súťaže z 1. septembra 2006, ktorý konštatoval silné dominantné postavenie GSK, pokiaľ ide o liek Lamictal, nie však pokiaľ ide o lieky Imigran a Serevent. GSK však v bode 5 svojich písomných pripomienok popiera takéto postavenie, pričom sa opiera o dva hlavné argumenty: nemožnosť konať bez zohľadnenia svojich konkurentov a myšlienku, že relevantným trhom nie je terapeutický trh, ale trh všetkých liekov na lekársky predpis v Európe.

27. Existuje ustálená judikatúra o jasnej deľbe funkcií medzi vnútroštátnymi súdnymi orgánmi a Súdnym dvorom v konaní podľa článku 234 ES, pričom posúdenie skutkových okolností prináleží vnútroštátnemu súdu. [14]

28. Keďže posúdenie postavenia podniku na konkrétnom trhu a určenie relevantného trhu je vecou zisťovania skutkových okolností, jej vykonanie prináleží vnútroštátnemu súdu, pričom Súdny dvor sa nesmie k týmto skutočnostiam vyjadrovať.

29. Trimeles Efeteio Athinon teda musí zistiť, či je splnená požiadavka *sine qua non* na uplatnenie článku 82 ES a v prípade zápornej odpovede zamietnuť odvolania, ktoré boli na tomto súde podané.

14 — Rozsudky z 15. novembra 1979, Denkavit Futtermittel, 36/79, Zb. s. 3439, bod 12; z 5. októbra 1999, Lirussi a Bizzaro, C-175/98 a C-177/98, Zb. s. I-6881, bod 37; z 22. júna 2000, Fornasar a i., C-318/98, Zb. s. I-4785, bod 31, a z 21. júna 2007, Omni Metal Service, C-259/05, Zb. s. I-4945, bod 17.

30. Rozhodnutie Epitropi Antagonismou však bolo v Grécku napadnuté v správnom konaní, a preto na vyriešenie pochybností vnútroštátneho súdu treba vychádzať z predpokladu, že GSK je v dominantnom postavení.

b) Uspokojenie objednávok „v plnom rozsahu“

31. Vo svojom písomnom vyjadrení spoločnosť Lélos kai Sia EE, ktorá podala odvolanie v spore vo veci samej, napáda znenie prvej prejudiciálnej otázky, pretože sa v nej používa pojem „uspokojiť objednávky v plnom rozsahu“, ktorý vedie k pochybeniu, keďže prenáša diskusiu z kontextu, v ktorom vznikla, do viac teoretickej roviny, v ktorej by bolo potrebné posúdiť odôvodnenosť každej objednávky zadanej GSK, a to aj keby bola nadmerná a neprimeraná.

32. Hoci s menšou naliehavosťou, ostatné odvolateľky taktiež odkazujú na potrebu zasadiť spor do podmienok, v ktorých vznikol a v ktorých sa prejednáva v gréckych konaniach, pretože GSK má tendenciu zveličovať návrhy gréckych veľkoobchodníkov a svoje tvrdenia štruktúrovať tak, ako keby išlo o uspokojenie akejkoľvek objednávky bez ohľadu na jej neprimeranosť.

33. Súhlasím so súbežnými dovozcami v otázke potreby začleniť spor do podmienok, v ktorých vznikol, t. j. do podmienok zásobovania týchto podnikov zo strany spoločnosti GSK spornými liekmi v priemernom mesačnom množstve za rok 2000 navýšenom o 20 %, ako vyplýva z vnútroštátneho uznesenia, ktorým bol podaný návrh na začatie prejudiciálneho konania, pretože jednak v konaniach začatých na základe článku 234 ES vnútroštátny súd uviedol skutkové okolnosti sporu, do ktorých Súdny dvor nemôže zasahovať, jednak by odchýlenie od tohto skutkového stavu znížilo užitočnosť odpovede Súdneho dvora.

2. Poňatie otázok

34. Na účely lepšieho pochopenia tohto sporu je vhodné využiť právomoc, ktorú uznala judikatúra [15], preformulovať prejudiciálne otázky položené Trimeles Efeteio Athinon, keďže predmetom prvej otázky je zistiť, či zastavenie dodávok zo strany GSK, odôvodnené úmyslom obmedziť súbežné obchodovanie, predstavuje zneužitie dominantného postavenia *per se*, ktorého cieľom je výlučne likvidácia iných konkurentov na trhu veľkoobchodnej distribúcie.

15 — Napríklad v rozsudkoch z 23. novembra 1977, Enka, 38/77, Zb. s. 2203; z 1. apríla 1993, Hewlett-Packard-France, C-250/91, Zb. s. I-1819, a z 10. mája 2001, Agorà a Excelsior, C-223/99 a C-260/99, Zb. s. I-3605.

35. Otázky, ktoré uvedený súd ďalej dodáva, sa však týkajú celého radu skutočností spadajúcich do oblasti prípadného odôvodnenia zneužitia, a preto by bolo logickejšie presunúť ich do druhej prejudiciálnej otázky, ktorá sa týka správnych kritérií na posúdenie protiprávnosti postupu GSK. Okrem toho písomné pripomienky predložené v tomto prejudiciálnom konaní boli z veľkej časti inšpirované návrhmi, ktoré predniesol generálny advokát Jacobs vo veci Syfait, ktoré sa taktiež obšírne zaoberajú dôvodmi, na základe ktorých sa možno zbaviť obvinenia zo zneužitia postavenia.

36. Tento spôsob poňatia otázok rovnako umožňuje vysloviť sa k doktrinálnej diskusii, ktorá je v určitom zmysle aktuálna, a to k existencii zneužívajúcich postupov *per se*, a prehĺbiť úvahy o možných odôvodneniach týchto postupov.

B — *Zneužitie dominantného postavenia per se v článku 82 ES (prvá prejudiciálna otázka)*

37. V pôvodných konaniach sa spoločnosti GSK vytýka zastavenie predaja liekov Imigram, Lamictal a Serevent veľkoobchodníkom z dôvodu ich údajného nedostatku. Taktiež sa jej vytýka, že pokračovala v zásobovaní týchto súťažiteľov, ale objem dodávok prispôsobovala potrebám gréckeho trhu, aby zabránila ich opätovnému vývozu do iných európskych krajín, najmä do Nemecka a Spojeného kráľovstva.

38. Pred samotným posúdením, či je možné takýto postup kvalifikovať ako zneužitie „samo osebe“ (*per se*), je potrebné sa stručne zoznámiť s tým, ako judikatúra Spoločenstva pristupuje k téme odmietnutia zásobovania, ako aj s vplyvom zjavného úmyslu zablokovať súbežné obchodovanie ako priťažujúcou okolnosťou pri hodnotení takéhoto konania. Keď bude vyriešená táto neznáma, čo sa týka existencie zneužitia, bude možné analýzu zamerať na jeho kvalifikovanie ako zneužitia *per se*.

1. Odmietnutie zásobovania ako akt zneužitia postavenia

a) Judikatúra Spoločenstva

39. Skutkové okolnosti malého počtu rozsudkov, ktoré Súdny dvor vydal v tejto oblasti, vzbudzujú pochybnosti o ich uplatniteľnosti na prejednávaný spor, v ktorom veľkosklady obchodujúce s predmetnými tromi liekmi musia čeliť odmietnutiu zásobovania zo strany ich jediného dodávateľa — podniku, ktorý je držiteľom výrobných patentov a ktorý bol vždy ich konkurentom pri obchodovaní s týmito liekmi. Napriek tomu je však vhodné pripomenúť niektoré najvýznamnejšie rozsudky týkajúce sa článku 82 ES.

40. Vo veci Commercial Solvents/Komisia [16] prerušila uvedená spoločnosť dodávky aminobutanolu pre taliansku spoločnosť Zoja, ktorá vyrábala etambutol, derivát tejto suroviny, pričom tieto dve spoločnosti si na trhu konkurovali. Rozsudok určil, že zastavenie dodávok je v rozpore s článkom 82 ES, pretože dominantné postavenie, ktoré mala spoločnosť Commercial Solvents v oblasti výroby tejto látky a ktoré jej umožňovalo kontrolovať zásobovanie výrobcov derivátov, ju neoprávňovalo vylúčiť svojich predchádzajúcich klientov zo súťaže len z toho dôvodu, že sama začala vyrábať uvedené deriváty. [17]

41. Medzi predmetnou vecou a rozsudkom Commercial Solvents sú zjavné paralely, pretože GSK v zásade taktiež prerušila zásobovanie gréckych veľkoobchodníkov svojimi prípravkami s cieľom preorganizovať predaj troch sporných liekov prostredníctvom svojho vlastného výhradného distribútora v krajine. Asi po troch mesiacoch GSK obnovila dodávky, ale ich množstvo obmedzila na dopyt vnútroštátneho trhu Gréckej republiky.

42. V rozsudku vo veci United Brands/Komisia, ktorá sa týka banánov „Chiquita“ [18], bolo určené, že spoločnosť United Brands porušila právo hospodárskej súťaže Spoločenstva tým, že zastavila predaj banánov dánskej spoločnosti Olesen, ktorá sa zaoberá ich dozrievaním a distribúciou, z dôvodu jej účasti na reklamnej kampani konkurujúcej spoločnosti Dole.

43. V tomto prípade Súdny dvor vyhlásil, že podnik s dominantným postavením v oblasti distribúcie určitého výrobku nemôže prestať zásobovať dlhodobého zákazníka, ktorý „rešpektuje obchodné pravidlá, ak jeho objednávky nie sú niečím nezvyčajné“. [19]

44. Je potrebné upozorniť na podobnosť veci United Brands s prejednávaným prípadom, pokiaľ ide o dominantné postavenie podniku, ako aj pokiaľ ide o dodržiavanie obchodných zvyklostí — alebo plnenie zmlúv — konkurujúcimi veľkoobchodníkmi. Naopak, odlišné problémy v konaniach vo veci samej súvisia s úrovňou dodávok požadovaných odvolateľkami pred Trimeles Efeteio Athinon a s tým, či bude považovaná za obvyklú alebo nadmernú. V rozsudku United Brands nebol posledný uvedený aspekt prejednávaný, a preto sa Súdny dvor nazdával, že objednávky Olesen boli obvyklé. Povahu týchto objednávok však treba analyzovať na pozadí možných odôvodnení odmietnutia uspokojiť všetky objednávky spoločností, ktoré sa zaoberajú súbežným obchodovaním, a preto nie je nutné hĺbkovo skúmať tento aspekt.

16 — Rozsudok zo 6. marca 1974, 6/73 a 7/73, Zb. s. 223.

17 — Rozsudok Commercial Solvents, už citovaný v poznámke pod čiarou 16, body 25 a 26.

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

19 — Rozsudok United Brands, už citovaný v poznámke pod čiarou 18, bod 182.

45. V iných veciach sa Súdny dvor vyslovil o tomto odmietnutí, ale v kontexte skutkových okolností, ktoré boli príliš odlišné od okolností v tejto veci, alebo v rámci veľmi odlišného právneho kontextu. V prvom prípade treba spomenúť rozsudok CBEM [20], ktorý na trh služieb rozšíril zákaz pre podniky s dominantným postavením, aby si pre seba alebo pre inú spoločnosť podnikateľskej skupiny vyhradili trh pomocnej činnosti, ktorú poskytuje tretia spoločnosť na podobnom, ale predsa odlišnom trhu. V druhom prípade ide o veci, v ktorých išlo o prístup k nevyhnutnému zariadeniu (*essential facility*), ako v rozsudku Bronner [21], alebo o veci týkajúce sa zamietnutia licencie na práva duševného alebo priemyselného vlastníctva, ako tomu bolo v rozsudkoch Magill [22] a IMS Health [23], ktoré sú veľmi odlišné od okolností tejto prejudiciálnej otázky.

46. Z rozsudkov Commercial Solvents a United Brands vyplýva, že konanie podniku s dominantným postavením, ktorý sa vyhýba zásobovaniu tovarom, najmä keď neexistuje alternatívny tovar, ako tomu je v prípade Lamictalu, a ktorý si pre seba vyhradzuje trh so súbežným obchodovaním, je zneužitím postavenia v zmysle článku 82 ES. Ešte je potrebné zistiť, či zámer vylúčiť toto súbežné obchodovanie umožňuje kvalifikovať toto zneužitie ako zneužitie *per se* v zmysle práva hospodárskej súťaže Spoločenstva.

20 — Rozsudok z 3. októbra 1985, 311/84, Zb. s. 3261, známy ako rozsudok „Telemarketing“.

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

22 — Rozsudok zo 6. apríla 1995, RTE a ITP/Komisia, nazývaný „Magill“, C-241/91 P a C-242/91 P, Zb. s. I-743.

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

b) Zámer ako priťažujúca okolnosť

47. Judikatúra Spoločenstva zastáva od samého počiatku názor, že koncept „zneužitia“ v zmysle článku 82 ES je objektívny pojem, ktorý je viazaný na činnosť podnikov s dominantným postavením [24], a preto ho nemôžu ovplyvniť žiadne odkazy na dôvody, ktoré ich viedli k tomuto spôsobu konania. [25] Zneužitie si taktiež nevyžaduje zavinenie ako podmienku uplatnenia článku 82 ES. [26]

48. Je však potrebné vziať do úvahy dva dôležité aspekty, ktoré upresňujú vyššie uvedené tvrdenia.

49. Na jednej strane nie je možné úplne vylúčiť, že subjektívne prvky porušenia práva sú často známkou toho, že sledovaný cieľ je v rozpore s hospodárskou súťažou, a že dokonca samy predstavujú konanie, ktoré je zneužitím postavenia. [27]

24 — Rozsudky z 13. februára 1979, Hoffmann-La Roche/Komisia, 85/76, Zb. s. 461, bod 91; z 9. novembra 1983, Michelin/Komisia, 322/81, Zb. s. 3461, bod 70, a z 3. júla 1991, AKZO/Komisia, C-62/86, Zb. s. I-3359, bod 69.

25 — Prakticky jednotná myšlienka v doktríne; SCHRÖTER, H.: Artikel 82. In: SCHRÖTER, H., JACOB, T., MEDERER, W.: *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht.* Baden-Baden: Ed. Nomos, 2003, s. 905.

26 — Rozsudok z 21. februára 1973, Europemballage a Continental Can/Komisia, 6/72, Zb. s. 215, body 25 až 27 (ďalej len „Continental Can“).

27 — GLEISS, A., HIRSCH, M.: *Kommentar zum EWG-Kartellrecht.* 3. vydanie, Heidelberg: Ed. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1978, s. 347.

50. Na druhej strane Súdny dvor potvrdil tézu Súdu prvého stupňa, podľa ktorej s ohľadom na rozdiel medzi článkami 81 ods. 1 ES a článkom 8 ES, ktorý neobsahuje žiadnu zmienku o protisúťažnom účinku predmetného postupu, na účely preukázania existencie porušenia článku 82 ES postačuje preukázať, že posudzované zneužitie zo strany dominantného podniku smeruje k obmedzeniu hospodárskej súťaže, alebo inými slovami, že môže vyvolať takýto účinok. [28]

51. Z tohto dôvodu čím viac sa podnik s dominantným postavením snaží obmedziť voľnú hospodársku súťaž na trhu, tým väčší význam nadobúda domnienka o konaní, ktoré je zneužitím dominantného postavenia. Predmetný spor sa odohráva v tomto kontexte. Dokonca ani spoločnosť GSK nepoprela, že v skutočnosti mala v úmysle zlikvidovať súbežné vývozy troch sporných liekov z Grécka do iných krajín Spoločenstva, ktoré uskutočňovali veľkoobchodníci.

52. Navyše, keďže tieto prekážky v oblasti objemu predaja ostatných distribútorov obmedzujú trh jej konkurentov v zmysle článku 82 ods. 2 písm. b) ES, vzniká veľmi silná domnienka, že tento postup, a teda aj ním sledovaný cieľ porušujú prvý odsek tohto ustanovenia. [29]

53. Je zrejmé, že úmysel GSK je v rozpore s cieľmi Zmluvy, pretože sa dotýka slobody obchodovania medzi členskými štátmi spôsobom, ktorý by mohol poškodiť naplnenie cieľov jednotného trhu tak, ako je chápaný v judikatúre a článku 3 ods. 1 písm. g), pretože nepochybne izoluje vnútroštátne trhy a mení štruktúru hospodárskej súťaže na spoločnom trhu. [30]

54. Predchádzajúce úvahy potvrdzujú, že spoločnosť GSK závažne porušila Zmluvu a že toto porušenie by mohlo byť kvalifikované ako zneužitie *per se*, pretože okrem likvidácie súbežného obchodovania jej konkurentov — gréckych veľkoobchodníkov nie je známy žiadny iný hospodársky dôvod. [31] Mám však metodologické pochybnosti, čo sa týka odstupňovania konania podnikov s dominantným postavením, a preto je potrebné pristúpiť k jeho hlbšej analýze.

28 — Rozsudok z 15. marca 2007, British Airways/Komisia, C-95/04 P, Zb. s. I-2331, bod 30, v súvislosti s rozsudkami Súdu prvého stupňa z 30. septembra 2003, Michelin/Komisia, T-203/01, Zb. s. II-4071, bod 239, a zo 17. decembra 2003, British Airways plc./Komisia, T-219/99, Zb. s. II-5917, bod 293.

29 — SCHRÖTER, H.: c. d., s. 959.

30 — Rozsudky z 31. mája 1979, Hugin/Komisia, 22/78, Zb. s. 1869, bod 17, a z 11. decembra 1980, L'Oréal, 31/80, Zb. s. 3775, bod 27.

31 — Táto téza nachádza určitú odozvu v doktríne; KOENIG, CH., ENGELMANN, CH.: Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC — Commentary on the Opinion of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*. In: *E.C.L.R.*, č. 6/2005, s. 341.

2. Uznanie zneužitia *per se* v rámci článku 82 ES: metodologický problém

55. Pred vymenovaním argumentov proti konceptu zneužitia *per se* je potrebné pripomenúť vývoj tohto konceptu v judikatúre Spoločenstva.

a) Judikatúra Súdneho dvora

56. Súdny dvor doteraz identifikoval tri typy konania, ktoré nutne vedú k zneužitiu dominantného postavenia na trhu, ak sú uskutočňované podnikmi s dominantným postavením, pričom nepripúšťajú dôkaz o opaku, ktorý by takéto konanie mohol odôvodniť.

57. Súdny dvor sa tak vyslovil k povinnosti výhradného zásobovania, ktorú odberateľom ukladá spoločnosť s dominantným postavením, či už táto povinnosť bola stanovená bez ďalších podmienok, alebo ako protiplnenie za poskytnutie zliav. [32]

58. Vernostné zľavy predstavujú druhý typ konania, o ktorom sa predpokladá, že je vždy zneužitím dominantného postavenia, pretože na rozdiel od množstevných zliav, ktoré sú viazané výlučne na množstvo nákupov uskutočnených u zainteresovaného výrobcu, cieľom vernostných zliav je zabrániť prostredníctvom poskytnutia finančných výhod zásobovaniu klientov zo strany ostatných konkurujúcich výrobcov. [33]

59. Tretí postup, ktorý je *per se* považovaný za zneužitie dominantného postavenia, sa týka predátorských cien. Súdny dvor sa nazdáva, že ceny nižšie ako priemer variabilných nákladov (tie, ktoré sa menia na základe vyrobeného množstva), vzhľadom na to, že nespočívajú na žiadnom hospodárskom odôvodnení, preukazujú samotnú snahu o likvidáciu konkurenta, a preto sa považujú za zneužívajúce. [34] Naopak, ceny nižšie ako priemer celkových nákladov (tie, ktoré zahŕňajú fixné a variabilné náklady), ale vyššie ako priemer variabilných nákladov sa považujú za zneužívajúce, ak sú stanovené v rámci plánu, ktorého cieľom je likvidácia konkurujúceho podniku. [35]

60. Odôvodnenie týchto rozsudkov vylúčilo akúkoľvek možnosť podniku s dominantným

32 — Rozsudok Hoffmann La Roche, už citovaný v poznámke pod čiarou 24, bod 89.

33 — Rozsudky zo 16. decembra 1975, Suiker Unie a i., 40/73 až 48/73, 50/73, 54/73 až 56/73, 111/73, 113/73 a 114/73, Zb. s. 1663, a z 9. novembra 1983, Michelin, už citovaný v poznámke pod čiarou 24, bod 71.

34 — Rozsudok AKZO, už citovaný v poznámke pod čiarou 24, bod 71, a rozsudok zo 14. novembra 1996, Tetra Pak/Komisia, C-333/94 P, Zb. s. I-5951, bod 41.

35 — Rozsudok AKZO, už citovaný v poznámke pod čiarou 24, bod 72.

postavením vyviniť sa.[36] Novšia judikatúra však v oblasti vernostných zliav nepreberá myšlienku, že tieto zľavy sú nevyhnutne zneužívajúce. Pokiaľ ide o zľavy viazané na dosiahnutie individuálnych cieľov predaja v oblasti komerčnej leteckej prepravy pasažierov poskytnutých cestovným kanceláriám zo strany podniku v dominantnom postavení na anglosaskom trhu leteckej prepravy, Súdny dvor umožnil podniku, aby predložil hospodárske odôvodnenie systému prémií, ktoré so sebou prinášali likvidáciu konkurencie.[37]

61. Súdny dvor teda toleruje niektoré postupy podnikov s dominantným postavením, a to aj v oblastiach, v ktorých sa zdalo, že akceptuje prípadné zneužitie *per se*, takže sa v skutočnosti riadi svojou klasickou judikatúrou, ktorá sa ustálila mimo rámca rozhodnutí, ktoré zaviedli kategóriu postupov automaticky považovaných za zneužitie dominantného postavenia.[38] Okrem individuálnych ukazovateľov vzťahujúcich sa na okolnosti každého konkrétneho prípadu však neurčil žiadne všeobecné kritériá, ktoré by umožnili vylúčiť zaradenie možného zneužitia *per se* pod článok Zmluvy týkajúci sa zneužitia dominantného postavenia. Bolo by preto vhodné poskytnúť takéto kritériá.

36 — LOEWENTHAL, P.-J.: The Defence of „Objective Justification" in the Application of Article 82 EC. In: *World Competition*, 2005, č. 28(4), s. 470.

37 — Rozsudok z 15. marca 2007, British Airways/Komisia, C-95/04 P, Zb. s. I-2331, bod 69.

38 — Rozsudok Tetra Pak, už citovaný v poznámke pod čiarou 24, bod 37; rozsudky z 15. decembra 1994, DLG, C-250/92, Zb. s. I-5641, bod 52; a z 13. novembra 1975, General Motors/Komisia, 26/75, Zb. s. 1367, body 20 a 22.

b) Neprimeranosť zneužití *per se* vzhľadom na článok 82 ES

62. Článok 82 ES nie je prispôsobený normatívnym požiadavkám zneužitia dominantného postavenia *per se*, a to tak z právnych, ako aj ekonomických dôvodov.

i) Kritériá právnej povahy

63. Tu treba uviesť štruktúru článku 82 ES, najmä v porovnaní so štruktúrou predchádzajúceho článku v Zmluve.

64. Článok 81 ES je tvorený tromi odsekmi, ktoré upravujú zásadu zákazu kartelových dohôd, neplatnosť ako následok nedodržania zákazu uvedeného v odseku 1 a možnosť udelenia výnimky za predpokladu, že nebola získaná uplatnením niektorého nariadenia o blokových výnimkách prijatého podľa článku 83 ods. 2 písm. b) ES v súvislosti s odsekom 1.

65. Príklady *kartelových dohôd* uvedených v článku 81 ods. 1 písm. a) až e) ES sa tradične

porovnávajú s porušeniami *per se* uvedenými v tomto ustanovení, a preto nespadajú pod kategórie blokových výnimiek uvedených v odseku 3. [39] Aj keď s mnohými ťažkosťami, nie sú tieto dohody celkom zakázané, pretože môžu byť ponechané v platnosti vďaka individuálnej výnimke, ak dotknuté subjekty preukážu, že ich dohody spĺňajú požiadavky článku 81 ods. 3 ES. V tomto kontexte Najvyšší súd Spojených štátov nedávno zmenil svoju doktrínu, pokiaľ ide o určovanie minimálnych cien ďalšieho predaja (*Resale price maintenance*) vo vertikálnych dohodách prostredníctvom ich podrobenia *rule of reason* [40], čím sa odklonil od prísnosti svojej ustálenej judikatúry, ktorá tento postup považovala za nezákonný *per se*, pretože bol v rozpore so sekciou 1 Sherman Act od rozsudku vydaného v roku 1911, ktorým sa vytvoril precedens. [41]

66. Skrátka, samotné ustanovenie ponúka podnikom rôzne možnosti napadnutia akejkoľvek klasifikácie ustanovení ich dohôd ako porušenia *per se*. Uvedené neplatí pre podniky s dominantným postavením v zmysle príslušného článku Zmluvy.

67. Vzhľadom na to, že znenie článku 82 ES neobsahuje žiadny odsek, ktorý by stanovoval výnimky pre niektoré zneužitia, analýza týchto postupov si vyžaduje dialektickú diskusiu subjektov, ktoré majú dominantné postavenie na určitom trhu s orgánmi na ochranu hospodárskej súťaže na vnútroštátnej úrovni alebo na úrovni Spoločenstva a so subjektmi, na ktoré majú uvedené postupy vplyv.

68. Každý účastník tohto rétorického sporu predkladá dôkazy svojich tvrdení v súlade s tradičným latinským príslovím *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

69. Pri takomto prístupe, ak by niektoré postupy vždy vytvárali právne domnienky o zneužití, podniky s dominantným postavením by boli zbavené práva na obranu, pretože, ako som uviedol, štruktúra článku 82 ES nepripúšťa žiadnu výnimku. Týmto spôsobom by po preukázaní zneužitia bolo potrebné konštatovať porušenie okrem prípadov, kde existuje dostatok indícií, že k porušeniu nedošlo.

39 — V tomto zmysle článok 4 je venovaný „čiernym klauzulám" nariadenia Komisie (ES) č. 2790/1999 z 22. decembra 1999 o uplatňovaní článku 81 ods. 3 Zmluvy na kategórie vertikálnych dohôd a zosúladených postupov (Ú. v. ES L 336, s. 21; Mim. vyd. 08/001, s. 364).

40 — Rozsudok z 28. júna 2007, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc (č. 06-480); LLORENTE, C.: La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin. In: *Gertrude Ryan Law Observatory. Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi, č. 736*, s. 2 a nasl.

41 — Rozsudok z 3. apríla 1911, Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co. (220 U.S. 373).

70. Okrem toho príklady uvedené v článku 82 ods. 2 písm. a) až d) ES nepredstavujú zákonné domnienky na rozdiel od príkladov uvedených v článku 81 ods. 1 písm. a) až e) ES. Všetko ostatné je možné chápať ako domnienky *iuris tantum*, ktoré uľahčujú dôkazné bremeno spočívajúce na tých, ktorí sa na ne odvolávajú z dôvodu hospodárskej logiky, na ktorej sa zakladajú, [42] pričom však nikdy nemôžu nahradiť dialektickú diskusiu, na ktorú som sa odvolával v predchádzajúcich bodoch. Tak ako kartelové dohody *per se* uvedené v článku 81 ES nachádzajú svoju obhajobu v odseku 3 tohto ustanovenia, taktiež musí zostať otvorená možnosť zosúladenia niektorých konaní, ktoré sú zneužitím dominantného postavenia, v rámci článku 82 ES prostredníctvom objektívneho odôvodnenia.

ii) Kritériá ekonomickej povahy

71. V prvom rade by akceptovanie existencie zneužitia dominantného postavenia *per se* bolo v rozpore s teóriou potreby preskúmania každého prípadu podľa parametrov hospodárskeho a právneho kontextu, v ktorom došlo k predmetnému zneužitiu.

72. V druhom rade by tento prístup *per se* bol nadmerne formálny z čisto hospodárskeho hľadiska, proti čomu sa ozvali veľmi kvalifikované hlasy, ktoré uprednostňujú prístup stanovený v článku 82 ES, orientovaný na dopady každého zneužitia, zohľadňujúc osobitné okolnosti prostredníctvom analýzy zásluh [43] (*rule of reason*). [44]

73. Uprednostniť zaužívané a formalistické názory v oblasti zneužitia dominantného postavenia by zakrylo skutočnosť, že niekedy môže byť takéto postavenie v prospech spotrebiteľa. [45] Je tomu tak v prípade, že sila jedného z operátorov znižuje úroveň hospodárskej súťaže na relevantnom trhu, keďže, ako to už bolo správne kritizované, článok 82 ES neobsahuje žiadne ustanovenie, ktoré by tomuto operátorovi umožňovalo brániť sa proti tvrdeniam o zneužívaní tým, že preukáže hospodársku efektívnosť svojho konania. [46]

74. Po tretie a nakoniec, ak je, ako bolo uvedené, možné rozdeliť prípady uplatnenia článku 82 ES do dvoch kategórií — tie, ktoré spôsobujú ujmu spotrebiteľom (zneužitie

42 — O používaní faktických domnienok pozri PAULIS, E.: The burden of proof in Article 82 cases. In: HAWK, B. E.: *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute.* New York: Ed. Juris Publishing, Inc., 2007, s. 470.

43 — Preberám preklad anglosaského výrazu „rule of reason" do španielčiny od ARRUÑADA, B.: Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia. In: BENEYTO PÉREZ, J. M. (ed.) a MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (koordinátor): *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia.* Barcelona: Ed. Bosch, 2002, s. 53.

44 — Report by the EAGCP „An Economic Approach to Article 82", z júla 2005 je k dispozícii na http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies /eagcp_july_21_05.pdf, s. 5 a 6.

45 — JACQUEMIN, A. P.: The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community. In: GREAVES, R. (koordinátorka): *Competition Law.* Ed. Aldershot (Spojené kráľovstvo):Ashgate/Dartmouth, 2003, s. 214, upozorňuje na riziko, ktoré so sebou prináša pravidlo zneužití *per se*, a to aj nad rámec dominantného postavenia.

46 — PELKMANS, J.: *European Integration — Methods an Economic Analysis*. Ed. Longman, Londýn, 1997, s. 194.

na úkor spotrebiteľov), a tie, ktoré škodia súčasným alebo potenciálnym konkurentom (zneužitie vylúčením)[47], takže akýkoľvek protisúťažný postup podniku s dominantným postavením môže predstavovať zneužitie,[48] a keďže neexistuje hierarchia uvedených dvoch aspektov článku 82 ES,[49] bolo by vhodné brániť dominantný podnik na základe dosiahnutých hospodárskych výsledkov.

75. Relevantné údaje na vytvorenie príslušných záverov je možné získať iba porovnaním pozitívnych a negatívnych dôsledkov pre spotrebiteľa a ostatných subjektov pôsobiacich na tom istom trhu.

47 — Diskusný dokument Európskej komisie nazvaný „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" sa zaoberá iba zneužitím vylúčením. Tento dokument je k dispozícii na stránke http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Tento postup sa nevyhol kritike: DÍEZ ESTELLA, F.: El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE? In: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, č. 242, máj 2006, s. 24.

48 — HILDEBRAND, D.: *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules,* Ed. Kluwer, Haag, 1998, s. 62.

49 — Neexistenciu cieľa, ktorého ochrana by bola výslovne sledovaná článkom 82 ES, kritizoval WHISH, R.: Rethinking Article 82 CE. In: *Concurences: revue des droits de la concurrence,* č. 4/2005, s. 18, ktorý prirovnal uvedenú neexistenciu cieľa k ponechaniu článku 82 „ako lode bez vesiel". Naopak SCHRÖTER, H.: c. d., s. 813 z rozsudkov Hoffmann-La Roche, Michelin a L'Oréal, už citovaných, dedukuje, že cieľom predmetného ustanovenia je predovšetkým chrániť hospodársku súťaž ako inštitúciu, pričom sa táto ochrana bezprostredne prejaví ako prínos pre súťažiteľov, obchodných partnerov dominantného podniku a spotrebiteľov.

3. Navrhovaná odpoveď na prvú prejudiciálnu otázku

76. Z uvedeného vyplýva, že koncept zneužívania dominantného postavenia *per se* nie je v súlade s článkom 82 ES, a preto nie je možné odpovedať kladne na prvú otázku položenú Trimeles Efeteio Athinon. Odporúčam teda Súdnemu dvoru, aby jednoznačne určil, že článok 82 ES neumožňuje obviniť podniky s dominantným postavením zo zneužívaných postupov *per se*, a to ani vtedy, keď okolnosti prípadu nevyvolávajú žiadne pochybnosti, čo sa týka zámeru alebo protisúťažného účinku takéhoto postupu.

77. V súlade s riešením prvej otázky treba preskúmať druhú otázku, ktorá sa týka prípadného objektívneho odôvodnenia týchto postupov.

C — *Prvky, ktoré odôvodňujú postup, ktorý je za normálnych okolností zneužitím dominantného postavenia (druhá prejudiciálna otázka)*

78. Predovšetkým chcem pripomenúť, že ako som už uviedol, jedna časť prejudiciálnej otázky sa nachádza v odpovedi na druhú

otázku z dôvodu ich prepojenia s výnimkami z postupov typizovaných v článku 82 ES. Podľa môjho názoru sa vnútroštátny súd pýta práve na kritériá, ktoré by kompenzovali v zásade negatívne hodnotenie podniku s dominantným postavením.

79. Existujú tri dôvody, na ktoré sa podniky s dominantným postavením môžu odvolávať, keď sú obvinené zo zneužitia dominantného postavenia: dôvody súvisiace s trhom, na ktorom pôsobia, [50] legitímna ochrana svojich obchodných záujmov a preukázanie pozitívnej hospodárskej bilancie. V ďalšej časti tieto dôvody preskúmam jeden po druhom, pričom stále budem mať na zreteli skutkové okolnosti uvedené pred vnútroštátnym súdom.

1. Podmienky nedokonalého trhuf

80. Spoločnosť GSK trvala na tom, že vnútroštátna právna úprava jej zabránila rozvinúť svoju obchodnú činnosť v bežných podmienkach hospodárskej súťaže. Odvoláva sa pri tom na dva aspekty, ktoré vysvetľujú obmedzenie súbežných vývozov gréckych veľkoobchodníkov: stanovenie maximálnych cien liekov, čo je obvyklý postup vo všetkých členských štátoch, a povinnosť mať skladové zásoby tovaru v objeme, ktorý kedykoľvek postačuje na uspokojenie vnútroštátneho dopytu.

81. Odvolateľky v spore vo veci samej, poľská vláda a Komisia odmietajú takúto analýzu, aj keď s istými nuansami. Skôr ako pristúpim k preskúmaniu odôvodnení, je vhodné uviesť osobitné črty relevantného trhu.

a) Základné črty trhu

82. Ako už bolo správne uvedené, európsky farmaceutický trh chápaný ako obchodovanie a distribúcia výrobkov s patentovou ochranou alebo bez nej sa charakterizuje nízkym stupňom harmonizácie z dôvodu štátnych zásahov v oblasti cien a verejných systémov preplácania výdavkov za lieky

50 — Vo svojom už citovanom diskusnom dokumente (bod 80) Komisia vyžaduje, aby postup podniku bol nevyhnutný z dôvodu bezpečnosti alebo verejného zdravia. Tento „únikový východ" pre dominantné podniky sa mi zdá príliš malý, a preto navrhujem stanoviť širšiu možnosť odôvodnenia uvedeného postupu, ktorá by však bola viazaná na trh.

pacientov, čo znižuje význam zaplatenej ceny v očiach konečného spotrebiteľa. [51]

83. Účastníci, ktorí predložili pripomienky k tomuto návrhu na začatie prejudiciálneho konania, sa zhodujú v tom, že všetky členské štáty určujú ceny, ktoré môžu výrobné podniky v tomto sektore žiadať od pacientov, a stanovujú sumu, ktorú preplácajú jednotlivé orgány sociálneho zabezpečenia, čím obmedzujú verejné výdavky na zdravotníctvo. Taktiež sa zhodujú na tom, že existujú obrovské rozdiely v predajných cenách medzi členskými štátmi. Popri tomto štátnom režime financovania existuje tiež úplne súkromný režim, v ktorom farmaceutické spoločnosti voľne určujú ceny liekov. Mám dojem, že existuje určitý konsenzus o tom, že tento posledný model má veľmi obmedzený percentuálny podiel, hoci sa mení v závislosti od jednotlivých krajín.

84. Nakoniec treba zdôrazniť ďalšiu typickú črtu tohto trhu, ktorou sú početné priemyselné patenty liekov. Napriek tomu, že tento aspekt neodráža ich kontrolu zo strany verejných orgánov, má určitý význam, pretože majitelia týchto práv priemyselného vlastníctva dosahujú dominantné postavenie jednoduchším spôsobom, pretože tieto monopoly sa zvyčajne zakladajú na zákonných a dočasných prekážkach vstupu na trh. [52]

85. Za týchto okolností spoločnosť GSK uvádza, že cenové obmedzenia stanovené členskými štátmi, ako aj povinnosť spravovania zásob spôsobom primeraným vnútroštátnemu dopytu, ju obmedzujú v takej miere, že jediným spôsobom konsolidácie jej obchodnej činnosti bolo postaviť gréckym veľkoobchodníkom do cesty prekážky, ktoré im sťažia možnosti súbežného vývozu do krajín, v ktorých je preplácaná suma za liek omnoho vyššia ako suma, ktorú získajú v Gréckej republike.

b) Preskúmanie týchto odôvodnení

86. Napriek tomu, že judikatúra Spoločenstva nepripúšťa žiadne odôvodnenie založené na špecifikách regulácie určitého trhu, myslím si, že je možné predpokladať, že by tak urobila v závislosti od vplyvu kontroly trhu zo strany štátu. GSK uviedla dva základné faktory: cenové zásahy a povinnosť zásobovania.

51 — MYHRE, J. W.: The pharmaceutical sector — Article 81 EC and Article 82 EC — Imperfect tools for an imperfect market? In: JOHANSSON, M., WAHL, N., BERNITZ, U. (ed.): *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons.* Brusel: Ed. Bruylant, 2006, s. 378.

52 — PELKMANS, J.: c. d., s. 193.

i) Určovanie cien členskými štátmi

87. Čo sa týka politiky členských štátov v oblasti preplácania výdavkov pacientov za lieky orgánmi sociálneho zabezpečenia, rozsudok Merck a Beecham [53] uznal, že určovanie cien môže viesť k narušeniu hospodárskej súťaže medzi členskými štátmi, pričom však upresnil, že toto narušenie hospodárskej súťaže, ku ktorej dochádza z dôvodu zásahu štátu, neodôvodňuje výnimku zo zásady voľného pohybu tovaru. [54]

88. Napriek tomu, že nie je možné sa odvolávať na zákaz stanovený v článku 28 ES voči podnikom, povinnosť neklásť prekážky cieľom Zmluvy, najmä zásade voľného obchodu medzi členskými štátmi, sa od podnikov vyžaduje prostredníctvom článkov 81 ES a 82 ES, v ktorých sa vyhlasujú za nezlučiteľné so Zmluvou také postupy, ktoré vytvárajú umelú izoláciu vnútroštátnych trhov a zmeny hospodárskej súťaže. [55] Bolo by teda vhodné uviesť doktrínu Súdneho dvora o voľnom pohybe tovaru, aspoň pokiaľ ide o delenie vnútroštátnych trhov.

89. V každom prípade prísnosť cenovej politiky je relativizovaná v článku 2 ods. 1 a 2 smernice 89/105 [56], ktorá platí pre všetky typy štátnych zásahov. [57] Z uvedeného odseku 2 jasne vyplýva, že výrobcovia liekov sa zúčastňujú na diskusiách s orgánmi zodpovednými za určovanie cien, ktoré musia pri zamietnutí predaja lieku za cenu navrhovanú žiadateľom uviesť dôvody založené na „objektívnych a overiteľných kritériách“. V odseku 1 sa dokonca stanovuje domnienka udelenia povolenia v prípade, ak sa správny orgán nevyjadrí, pretože ak neexistuje rozhodnutie členského štátu do 90 dní po predložení žiadosti, potom je žiadateľ oprávnený predávať výrobok za navrhnutú cenu.

90. Napriek tomu, že rokovania môžu byť veľmi komplikované, netreba zabúdať na pozíciu farmaceutických podnikov, osobitne keď sú majiteľmi nových patentov, ktoré vo všeobecnosti predstavujú pokrok pre pacienta, ktorému sa pomocou týchto liekov poskytuje lekárska starostlivosť. Tento údaj je významný, pretože členský štát, ktorý musí dbať o kvalitnú zdravotnú starostlivosť pacienta, nemá záujem nedisponovať najlepšími prostriedkami, ktoré trh prináša, ak ich môže získať za primeranú cenu. [58]

53 — Rozsudok z 5. decembra 1996, Merck a Beecham, C-267/95 a C-268/95, Zb. s. I-6285, bod 47.

54 — Tamže.

55 — Rozsudok z 31. mája 1979, Hugin/Komisia, 22/78, Zb. s. 1869, bod 17.

56 — Opísané v bode 5 týchto návrhov.

57 — Článok 1 ods. 1 smernice 89/105.

58 — Druhé a tretie odôvodnenie smernice 89/105.

91. Pripúšťam, že behom času sa výhoda majiteľa farmaceutického patentu oslabuje, pričom je prinútený znížiť ceny, na ktorých sa pôvodne dohodol so zdravotníckymi orgánmi. Tento vývoj však nie je neobvyklý, pretože závisí od ponuky zastupiteľných a terapeuticky účinnejších výrobkov iných výrobcov, ktoré mu vďaka pokroku vo výskume postupne uberajú podiel na trhu.

ii) Povinnosť zásobovania

94. Druhý faktor regulácie trhu, ktorý podľa spoločnosti GSK narušuje riadnu obchodnú činnosť v Grécku a odôvodňuje obmedzenie súbežného obchodovania, sa týka povinnosti stáleho zásobovania gréckeho trhu v dostatočnej miere. Ďalej uvádza, že splnenie tejto úlohy jej bráni uspokojiť požadované objednávky veľkoobchodníkov.

92. Okrem toho dohodnuté ceny by nemali dosiahnuť úroveň, ktorá by viedla spoločnosti pôsobiace v tomto sektore k predaju za cenu nižšiu, ako sú výrobné náklady.

95. Dosah tejto povinnosti si vyžaduje určité upresnenia, pretože niektoré odvolateľky v spore vo veci samej tvrdia, že sú taktiež povinné zásobovať trh, pričom sa odvolávajú na článok 81 ods. 2 smernice 2001/83/ES uvedený v bode 6 týchto návrhov. Nie je teda známy žiadny dôvod, prečo by sa spoločnosť GSK mala pri svojej obhajobe odvolávať na túto povinnosť.

93. Napriek tomu, že trh farmaceutických výrobkov nefunguje v režime bežnej hospodárskej súťaže, systém cenovej regulácie sa nenachádza úplne mimo vplyvu výrobcov, ktorí rokujú o cenách so zdravotníckymi orgánmi členských štátov, pričom využívajú určitú váhu na trhu, na ktorom sa ľahko prispôsobujú zmenám zdravotníckej politiky, aspoň pokiaľ ide o oblasť liekov.

96. Potreby pacientov členského štátu nepochybne neprechádzajú náhlymi zmenami, okrem prípadov vzniku epidémií alebo pandémií, a preto štatistiky týkajúce sa pacientov trpiacich určitou chorobou sú dôveryhodné a týmto podnikom poskytujú možnosť predvídať vývoj, aby sa mohli prispôsobiť trhu.

97. Z uvedeného vyplýva, že záruka zásobovania neumožňuje spoločnosti GSK odôvodniť obmedzenie dodávok jej gréckym konkurentom.

98. Keďže oba dôvody, ktoré spoločnosť GSK uviedla na svoju obhajobu, boli zamietnuté, treba vylúčiť myšlienku, že v tejto veci existovali objektívne príčiny súvisiace s verejnými zásahmi na trhu, ktoré by odôvodnili jej správanie.

2. Ochrana legitímnych obchodných záujmov

a) Preskúmanie judikatúry

99. Z predbežnej analýzy judikatúry vyplýva, že táto kategória objektívnych odôvodnení je jedinou kategóriou, ktorá bola doteraz vytvorená, pričom došlo k obmedzeniu vnútornej dialektiky článku 82 ES na konania, ktoré sú zneužitím dominantného postavenia a postupov vytvorených na ochranu legitímnych obchodných záujmov. [59]

100. Odmietnutie uspokojiť objednávky gréckych veľkoobchodníkov v plnom rozsahu je porovnateľné s odmietnutím zásobovania, hoci iba sčasti, a preto sa sústredím na málo početné rozhodnutia Súdneho dvora v tejto oblasti.

101. Rozsudok United Brands uznal ochranu legitímnych obchodných záujmov ako nástroj na vyvrátenie podozrenia, že podniky zneužívajú svoje dominantné postavenie, čím sa týmto podnikom umožnilo uskutočniť primerané akty na zabezpečenie takejto ochrany za predpokladu, že sa medzi útokmi ohrozujúcimi záujmy dominantných spoločností a reakciou na ne zachová nevyhnutná proporcionalita. [60]

102. Pre americkú nadnárodnú spoločnosť obchodujúcu s banánmi však zavedenie tejto

59 — VAN BAEL, I., BELLIS, J.-F.: *Competition Law of the European Community*, 4ª ed., Haag: Kluwer, 2005, s. 907.

60 — Rozsudok United Brands, už citovaný v poznámke pod čiarou 18, body 189 a 190.

zásady nebolo relevantné, pretože rozsudok neuznal, že existovali podmienky na legitimnú ochranu, pričom vychádzal práve z neexistencie proporcionality odmietnutia uspokojiť objednávky jej klienta a konkurenta, spoločnosti Olesen. [61]

103. V inej veci Súdny dvor skúmal odmietnutie dodávok v dobe nedostatku tovaru počas ropnej krízy [62] v 70. rokoch minulého storočia a umožnil podniku BP uplatniť voči príležitostnému kupcovi, holandskému družstvu ABG, vyššie percento zníženia dodávok ako u svojich obvyklých klientov, aby sa vyhol tomu, že títo klienti budú poškodení v relatívne vyššej miere. [63]

104. Mimo judikatúry Spoločenstva boli zavedené ďalšie odôvodnenia v iných oblastiach. Napríklad Komisia pripúšťa, aby dominantný výrobca upravil svoje obchodné vzťahy, ak zákazník zmení svoju politiku s cieľom viac propagovať konkurenčnú značku. [64]

61 — Bod 191 a nasl. rozsudku United Brands, už citovaný v poznámke pod čiarou 18.

62 — Rozsudok z 29. júna 1978, BP/Komisia, 77/77, Zb. s. 1513 („ropná kríza“).

63 — Tamže, body 32 a 33.

64 — Rozhodnutie Komisie 87/500/EHS z 29. júla 1987 o postupoch stanovených v článku 82 Zmluvy ES (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: predbežné opatrenia) (Ú. v. ES L 286, s. 36, bod 19).

105. V doktríne sa pripúšťajú ďalšie odôvodnenia, akým je napríklad nevhodný obchodný partner, t. j. taký, ktorému hrozí úpadok, ktorý systematicky neplní svoje zmluvné záväzky alebo ktorý poškodzuje dobré meno alebo kvalitu tovaru dodávateľa [65]. V týchto prípadoch je rozumné rešpektovať želanie každého dominantného podniku odmietnuť tieto objednávky.

b) Uvedené dôvody

106. Tvrdenia uvedené spoločnosťou GSK v pripomienkach predložených Súdnemu dvoru, ktoré sa týkali zníženia obratu z dôvodu straty podielu na trhu v prospech veľkoobchodníkov a jej vplyv na návratnosť investícií v oblasti výskumu a vývoja (ďalej len „V+V“), smerujú k ochrane legitímnych záujmov.

107. Tak spoločnosť GSK, ako aj právna doktrína sa odvolávajú na enormné náklady investícií do V+V na účely uvedenia lieku na trh. Dodávajú, že obdobie medzi získaním patentu na účinnú látku a jej terapeutickou

65 — VAN BAEL, I., BELLIS, J.-F.: c. d., s. 957.

použiteľnosťou dosahuje v priemere dvanásť alebo trinásť rokov, a preto je obdobie, počas ktorého predaj lieku prináša zisk, obmedzené na sedem alebo osem rokov. [66]

108. Uvádzajú, že za týchto okolností súbežné obchodovanie a výroba generických liekov na konci obdobia ochrany, ktorú im prináša titul priemyselného vlastníctva, znižujú návratnosť výdavkov v oblasti V+V.

109. Medzi prípadnou škodou spôsobenou na investíciách v oblasti V+V a súbežným obchodovaním nie je vidno žiadnu príčinnú súvislosť, keďže: v prvom rade GSK a spomínaní autori právnej doktríny neposkytli žiadnu informáciu o tom, z čoho vyplýva obdobie, počas ktorého patent neprináša zisk. Táto dlhá doba vyplýva z vlastnej štruktúry nákladov farmaceutických spoločností. V každom prípade tým, že považujú obdobie, počas ktorého je patent ziskový, za veľmi krátke, odhaľujú pocity tých, ktorí využívajú svoje práva len počas obmedzeného obdobia. Odvážim sa dokonca predpokladať, že existuje viacero sektorov, v ktorých dochádza k niečomu podobnému s týmto druhom duševného vlastníctva.

110. Po druhé, aj keby bolo logické nazdávať sa, že iba hospodársky úspech patentu zaručuje získanie ďalších prostriedkov na pokračovanie výskumu, politika v oblasti V+V vo farmaceutickom odvetví je kľúčová pre akúkoľvek činnosť. V tomto hospodárskom odvetví iba nekonečný výskum prevratných liekov umožňuje prežitie na veľmi konkurenčnom, globalizovanom a lukratívnom trhu. Bez dobre zostavenej obchodnej politiky sa však aj tie najdokonalejšie vynálezy vystavujú nebezpečenstvu, že zostanú nepovšimnuté. Z uvedeného vyplýva, že každý podnik, ktorý vykonáva výskum, musí hľadať najvhodnejšie cesty, ako sa dostať k spotrebiteľovi a presvedčiť ho.

111. Spoločnosť GSK si mohla voľne zvoliť formu distribúcie svojho tovaru v Európe. Zvolila si stratégiu, ktorá zahŕňala gréckych veľkoobchodníkov, pretože ju považovala za hospodársky užitočnejšiu a prospešnejšiu. Mohla uprednostniť vertikálne integrovaný systém distribúcie svojich liekov tak, ako to

66 — KRAPF, E.: *Parallelimporte von Arzheimitteln und europäisches Kartellrecht — eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels,* Aachen: Ed. Shaker, 2006, s. 107 a 108.

chcela uskutočniť v novembri 2000. Hoci môže zmeniť svoje dodávateľské schémy dodržiavajúc obchodné zvyklosti, v tomto prípade sa jej vytýka, že potrestala veľkoobchodníkov za lepšie využitie podmienok na trhu tým, že im bránila v ich vývoznej činnosti.

112. Po tretie treba uviesť, že porovnanie údajov, ktoré poskytuje právnická literatúra uvedená v bode 107 týchto návrhov a podľa ktorých sa v rokoch 1998 až 2003 podiel súbežných dovozcov na trhu zvýšil z 1,8 % na 6,8 %,[67] vyvoláva pocit, že skutočný boj spočíva v opätovnom získaní marží, ktoré dosiahli konkurenti veľkých farmaceutických spoločností.

113. Za týchto okolností sa mi zdá, že argumentácia založená na odradzujúcom účinku, ktorý vyvoláva strata príjmov z dôvodu súbežného dovozu patentovaných liekov, je klamlivá, pretože sa iba pokúša zviesť verejnú mienku, ktorá si uvedomuje životnú dôležitosť skratky V+V pre konkurencieschopnosť, pričom presúva scenár rivality medzi podnikmi na scénu politiky podpory výskumu — odvetvia, ktoré Európska únia pridala medzi svoje činnosti od okamihu, keď Jednotný európsky akt začlenil do Zmluvy ES hlavu XVIII s nadpisom „Výskum a technologický rozvoj“.

114. V tomto kontexte Európska únia ponúka podnikom vhodné prostredie tým, že ich vedie k znižovaniu nákladov na V+V pomocou blokových výnimiek pre horizontálne dohody tohto druhu,[68] pričom si je vedomá, že spolupráca v tejto oblasti a spoločné využívanie výsledkov podporuje technický a hospodársky pokrok a prispieva k väčšiemu šíreniu poznatkov. Okrem toho uvedená spolupráca umožňuje vyhnúť sa duplicite v oblasti V+V, stimuluje pokrok prostredníctvom výmeny komplementárnych poznatkov a podporuje väčšiu racionalizáciu výroby výrobkov alebo uplatňovania metód vyplývajúcich z V+V.[69]

115. Z uvedeného vyplýva, že aj keby bolo možné ospravedlniť tento postup, bolo by potrebné vyhlásiť ho za neprimeraný, pretože

67 — KRAPF, E.: c. d., s. 2.

68 — Nariadenie Komisie (ES) č. 2659/2000 z 29. novembra 2000 o uplatňovaní článku 81 ods. 3 Zmluvy na kategórie dohôd o výskume a vývoji (Ú. v. ES L 304, s. 7; Mim. vyd. 08/002, s. 19).

69 — Desiate odôvodnenie nariadenia č. 2659/2000.

spôsobuje odstránenie konkurencie v oblasti distribúcie v rámci Európy tým, že priškrcuje súbežné dovozy z Grécka.

úhradu liečebných nákladov. Spoločnosť GSK porovnáva tento údaj s obrovským ziskom veľkoobchodníkov z predaja tovaru v krajinách, v ktorých je cena hradená zo zdravotného poistenia vyššia ako v Grécku, a vyjadruje poľutovanie nad tým, že jej samotnej unikajú veľké sumy.

3. Pozitívna hospodárska bilancia

116. Posledné odôvodnenie dominantných podnikov sa týka hospodárskej efektívnosti údajne zneužívacieho postupu (*efficiency defence*). Diskusný dokument Komisie o použití článku 82 ES jej priznáva miesto v rámci činnosti Komisie [70], čím reaguje na doktrínu, ktorej chýbala. [71]

118. Okrem opisu „hrôz“ spôsobených súbežným obchodovaním, spoločnosť GSK neuvádza žiadny pozitívny aspekt vyplývajúci z obmedzenia dodávok liekov veľkoobchodníkom, s výnimkou opätovného získania výnosov. Ako správne poznamenala poľská vláda, uvedené skutočnosti nie sú relevantné pre hodnotenie postupu ako zneužívajúceho, ani pre jeho odôvodnenie.

117. Z vyjadrení spoločnosti GSK odvodzujem, že by bolo potrebné do tejto rubriky zaradiť jej tvrdenia o negatívnych dopadoch súbežného obchodovania s liekmi vydávanými len na lekársky predpis. Tvrdí, že neprospieva ani pacientom, ani orgánom sociálneho zabezpečenia, ktoré zabezpečujú

119. Aj keby sme pripustili, aby podniky v dominantnom postavení mali možnosť preukázať hospodársku odôvodnenosť svojho zneužívajúceho postupu, spoločnosť GSK nepreukázala žiadnu skutočnosť, ktorá by mohla nakloniť misky váh v jej prospech, a to aj napriek tomu, že kritériá týkajúce sa blahobytu pacienta a zníženia verejných výdavkov na zdravotníctvo si v spore vo veci samej

70 — Európska komisia, c. d., body 84 až 91.

71 — LOEWENTHAL, P.-J.: c. d., s. 464 a 465.

zasluhujú osobitnú pozornosť. Nie je preto potrebné overiť proporcionalitu, ktorá by bola záverečným krokom analýzy, ak by bolo prijaté nejaké odôvodnenie.

4. Navrhovaná odpoveď na druhú prejudiciálnu otázku

120. S ohľadom na uvedené úvahy odporúčam Súdnemu dvoru, aby na druhú prejudiciálnu otázku odpovedal v tom zmysle, že zníženie dodávok veľkoobchodníkom zo strany podniku v dominantnom postavení na množstvo, ktoré pokrýva dopyt na vnútroštátnom trhu, s cieľom ukončiť súbežné dovozy týchto veľkoobchodníkov do iných členských štátov, v zásade predstavuje zneužitie dominantného postavenia podľa článku 82 ES.

121. Podnik, ktorý je podozrivý zo zneužívania svojho dominantného postavenia, však môže predložiť náležité dokumenty na objektívne odôvodnenie svojho prístupu, najmä:

— skutočnosti týkajúce sa regulácie trhu, ktoré ho nútia k takémuto postupu vzhľadom na to, že akákoľvek ich zmena je mimo jeho pôsobnosti, pričom v prejednávanom prípade nie je možné odvolať sa na určovanie cien liekov a povinnosť udržiavať zásoby pre dodávky pacientom,

— dôkazy, že tak konal iba z dôvodu ochrany svojich legitímnych obchodných záujmov, medzi ktoré v prejednávanom prípade nepatrí vplyv na inovačné zámery,

— a hospodárske výhody vytýkaného konania.

122. Po preskúmaní dôvodnosti odôvodnenia netreba zabudnúť na previerku proporcionality, t. j. preskúmanie nevyhnutnosti a primeranosti predmetného postupu.

VI — Návrh

123. Vo svetle predchádzajúcich úvah a odchylne od už uvedených návrhov, ktoré predniesol generálny advokát Jacobs vo veci Syfait, navrhujem Súdnemu dvoru, aby odpovedal na prejudiciálne otázky položené Trimeles Efeteio Athinon takto:

1. Článok 82 ES neumožňuje obviniť podniky s dominantným postavením zo zneužívacích postupov *per se*, a to ani vtedy, keď okolnosti prípadu nevyvolávajú žiadne pochybnosti, čo sa týka zámeru alebo protisúťažného účinku, ktorý tieto postupy spôsobujú.

2. Podnik s dominantným postavením, ktorý odmieta uspokojiť objednávky veľkoobchodníkov s farmaceutickými výrobkami v plnom rozsahu s cieľom obmedziť ich vývoznú činnosť a obmedziť škodu spôsobovanú súbežným obchodovaním sa dopúšťa zneužitia v zmysle článku 82 ES. Tento podnik však môže predložiť náležité dôkazy na objektívne odôvodnenie svojho prístupu, najmä:

   — skutočnosti týkajúce sa regulácie trhu, ktoré ho nútia k takémuto postupu vzhľadom na to, že akákoľvek ich zmena je mimo jeho pôsobnosti, pričom sa v prejednávanom prípade nie je možné odvolať sa na určovanie cien liekov a povinnosť udržiavať zásoby pre dodávky pacientom,

   — dôkazy, že tak konal iba z dôvodu ochrany svojich legitímnych obchodných záujmov, medzi ktoré v prejednávanom prípade nepatrí vplyv na inovačné zámery,

   — a hospodárske výhody vytýkaného konania.