

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

F. G. JACOBSE

přednesené dne 28. října 2004¹

1. V projednávané věci se Řecká komise pro hospodářskou soutěž (Epitropi Antagonismou, dále též „Komise pro hospodářskou soutěž“) obrací na Soudní dvůr s otázkou, zda a za jakých okolností může farmaceutická společnost s dominantním postavením ve snaze omezit paralelní obchod se svými výrobky odmítnout uspokojit v plné míře objednávky od velkoobchodníků s farmaceutickými výrobky.

2. V první řadě je však třeba zkoumat přípustnost předběžné otázky, tedy určit, zda Komise pro hospodářskou soutěž je soudem ve smyslu článku 234 ES, a tudíž zda je způsobilá podávat Soudnímu dvoru žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce.

Vnitrostátní soudní řízení a předložené otázky

3. Stěžovatelky v původním řízení jsou řecké společnosti zabývající se velkoobchodem, které obchodují s farmaceutickými výrobky.

Odpůrci jsou farmaceutické společnosti Glaxosmithkline PLC a její dceřiná společnost Glaxosmithkline AEVE (dříve Glaxowellcome), která dováží a distribuuje její výrobky v Řecku (dále souhrnně jen „GSK“).

4. Věc v původním řízení se týká dodávky tří patentovaných léčiv, Imigranu, Lamictalu a Sereventu, k nimž má GSK vlastnická práva a která vyrábí (dále jen „předmětné výrobky“).

5. Až do listopadu roku 2000 GSK uspokojila všechny objednávky na předmětné výrobky, které jí byly zaslány stěžovatelkami a dalšími velkoobchodníky s farmaceutickými výrobky. Velká část dodávek odpovídajících těmto objednávkám byla poté velkoobchodníky vyvezena do ostatních členských států Evropské unie, kde byly ceny podstatně vyšší.

6. Od začátku listopadu 2000 GSK nicméně přestala odpovídat na objednávky velkoobchodníků s farmaceutickými výrobky a oznámila, že bude přímo zásobovat nemocnice a lékárny. Uvedla, že vývoz předmětných

1 — Původní jazyk: angličtina.

výrobků velkoobchodníky vedl k závažným nedostatkům na řeckém trhu. Následně začala znovu s dodávkami velkoobchodníkům, ale nadále odmítala uspokojovat jejich objednávky v plné míře.

7. Toto odmítnutí bylo předmětem řízení zahájeného u Komise pro hospodářskou soutěž jako výsledek stížností podaných velkoobchodníky s farmaceutickými výrobky a několika návrhů GSK na negativní atest své distribuční politiky.

8. V srpnu 2001 přijala Komise pro hospodářskou soutěž předběžná opatření ukládající řecké dceřiné společnosti GSK uspokojit v plné míře objednávky, které obdržela, což tato dceřiná společnost GSK provedla v té míře, v jaké byla zásobena mateřskou společností. Tato dodávka překročila požadavky domácího trhu, ale neumožnila uspokojit daleko širší objednávky, které podaly velkoobchodníci.

9. Následně po ústní části řízení, během níž zúčastněné strany vložily svá stanoviska a odpověděly na otázky, které jim byly položeny, se Komise pro hospodářskou soutěž svým rozhodnutím ze dne 22. ledna 2003 rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru několik otázek.

10. Ve svém předkládacím rozhodnutí poznamenává Komise pro hospodářskou soutěž, že všechny členské státy Evropské unie zasahují do trhu, aby stanovily ceny farmaceutických výrobků na svém území. Takto stanovené ceny jsou v jednotlivých státech odlišné, ale v Řecku jsou tyto ceny průběžně na nejnižší úrovni, kterou je v Evropské unii možno nalézt.

11. Komise pro hospodářskou soutěž vychází z předpokladu, že GSK má dominantní postavení na relevantním řeckém trhu ve smyslu článku 82 ES alespoň pro jeden z předmětných výrobků, Lamictal. Není si však jistá, zda odmítnutí GSK uspokojovat v plné míře objednávky velkoobchodníků s farmaceutickými výrobky má být považováno za zneužití ve smyslu tohoto článku.

12. Komise uznává, že dohoda nebo jednání ve vzájemné shodě omezující obchod mezi členskými státy jsou považovány za zvláště závažné porušení článku 81 ES, a má se za to, že jejich cílem je omezení hospodářské soutěže, aniž by bylo třeba zkoumat jejich účinky na trh s výhradou pravidla *de minimis*. Z toho může být usuzováno, že veškerá obchodní politika společnosti s dominantním postavením vedoucí k omezení vývozu představuje *ipso facto* zneužívající jednání.

13. Komise nicméně také poznamenává, že neomezený paralelní obchod může významně poškodit finanční a organizační zájmy farmaceutických výrobců, jelikož snižuje jejich příjmy a narušuje jejich organizační uspořádání v těch státech, které jsou cílem paralelních dovozů. Navíc je pravděpodobné, že zisk z paralelního obchodu případně zejména subjektům, které se zabývají tímto obchodem spíše než konečným spotřebitelům obchodovaných výrobků. V každém případě jsou faktickými kupujícími většiny farmaceutických výrobků členské státy, a to prostřednictvím svých systémů zdravotního pojištění, a pokud by bylo v jejich zájmu platit méně, stanovily by podle toho ceny na svém vnitrostátním trhu.

14. Komise si proto klade otázku, zda dominantní výrobci farmaceutických výrobků mohou odůvodnit omezení zásobování daného vnitrostátního trhu tím, že musí k ochraně svých legitimních obchodních zájmů omezit rozsah paralelních dovozů, a pokud ano, jaké faktory je třeba v tomto případě zvážit při určení, zda je toto odůvodnění platné v daném případě.

15. V této souvislosti Komise položila Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Představuje *ipso facto* odmítnutí podnikem zaujímajícího dominantní posta-

vení uspokojit plně objednávky, které jsou mu zaslány velkoobchodníky s farmaceutickými výrobky, když je toto odmítnutí dáno vůlí omezit vývozní činnost těchto velkoobchodníků, a tím také omezit škodu způsobenou paralelním obchodem, zneužití ve smyslu článku 82 ES? Je odpověď na tuto otázku ovlivněna skutečností, že paralelní obchod je pro velkoobchodníky obzvláště výdělečný vzhledem k rozdílným cenám vyplývajícím uvnitř Evropské unie ze státního zásahu, nebo jinak řečeno, z podřízení trhu s farmaceutickými výrobky režimu, který není striktně konkurenční a který je naopak poznamenán zvýšeným stupněm státního zasahování? Konečně, je vnitrostátní orgán v oblastí hospodářské soutěže povinen použít pravidla Společenství ohledně hospodářské soutěže stejným způsobem na trhy, které fungují v rámci režimu hospodářské soutěže, a na trhy, na kterých je hospodářská soutěž narušena zásahem státu?

2) Jestliže by měl Soudní dvůr za to, že omezení paralelního obchodu z výše uvedených důvodů nepředstavuje zneužití vždy, když je provedeno podnikem v dominantním postavení, jak má být eventuální zneužití posuzováno?

Obzvláště:

spotřebitel má omezenou
finanční výhodu
z paralelního obchodu?

2.1. Je možné považovat za vhodná kritéria kritérium procentního podílu, o který je překročena běžná vnitrostátní spotřeba, nebo kritérium škody, kterou utrpí podnik v dominantním postavení ve vztahu ke svému celkovému obratu a celkovému zisku? V případě kladné odpovědi, jakým způsobem je třeba určit úroveň procentuálního překročení a úroveň škody – škody brané jako určitý procentní podíl z obratu a celkových zisků –, nad kterou dotčené jednání může být kvalifikováno jako zneužití?

b) Je třeba vzít v úvahu zájmy orgánů sociálního zabezpečení na levnějších léčích a pokud ano, do jaké míry?

2.3. Jaká jiná kritéria a jaké jiné přístupy mohou být považovány v projednávaném případě za vhodné?

2.2. Je namíste sledovat přístup založený na rovnováze zájmů a v kladném případě, jaké jsou zájmy, které musí být takto vyvažovány?

Přesněji:

a) Je odpověď ovlivněna skutečností, že nemocný konečný

16. Jednotlivé stěžovatelky podaly čtyři soubory vyjádření: Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) a patnáct dalších (dále jen „první skupina stěžovatelek“), Panellinios Syllogos Farmakapothikarion, K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proionton, Ionas Stroumsas EPE a Farmakapothiki Pharma Group Messinias AE (dále jen „druhá skupina stěžovatelek“); Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia (dále jen „třetí skupina stěžovatelek“) a nakonec Interfarm – Agelakos & Sia OE a třicet devět dalších (dále jen „čtvrtá skupina stěžovatelek“). GSK, Komise a švédská vláda také podaly svá vyjádření. S výjimkou švédské vlády byli všichni účastníci řízení nebo skupiny účastníků řízení přítomni na jednání a byla vyslechnuta jejich vyjádření.

K přípustnosti

17. Podle čl. 234 pododstavce 2 ES, pouze „soud členského státu“ může podat u Soudního dvora žádost o rozhodnutí o předběžné otázce. Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že pojem „soud“ je pojem práva Společenství.

18. Z judikatury vyplynulo určité množství kritérií umožňujících zhodnotit, zda určitá entita představuje soud ve smyslu článku 234 ES, kritéria, jako je právní základ orgánu, zda se jedná o stálý orgán, zda orgán používá právní předpisy, závaznost jeho jurisdikce, jeho nezávislost, sporná povaha řízení (*inter partes*)² a zda jeho konečné rozhodnutí má charakter soudního rozhodnutí³.

19. Komise pro hospodářskou soutěž má za to, že splňuje tato kritéria. Komise a GSK jsou stejného názoru. Druhá a čtvrtá skupina stěžovatelek vznesla námitky proti přípustnosti žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce ve svých vyjádřeních. Na jednání druhá skupina stěžovatelek nicméně změnila svůj postoj a uznala, že Komise pro hospo-

dářskou soutěž může podávat předběžné otázky ve smyslu článku 234 ES. Švédská vláda se nevyjádřila k přípustnosti položení předběžné otázky.

20. Podle mého názoru a informací obsažených v předkládacím rozhodnutí Komise pro hospodářskou soutěž jasně splňuje velkou část kritérií, která Soudní dvůr stanovil ve své předchozí judikatuře za účelem určení, zda určitý orgán může být kvalifikován jako soud. Komise pro hospodářskou soutěž byla ustanovena jako stálý orgán článkem 8 zákona č. 703/77 o kontrole monopolů a oligopolů, jakož i o ochraně volné hospodářské soutěže (dále jen „zákon č. 703/77“), jako orgán povolany k dozoru nad dodržováním ustanovení tohoto zákona. Přijímá svá rozhodnutí na základě předpisů vnitrostátního práva a práva Společenství týkajících se hospodářské soutěže. Pouze Komise pro hospodářskou soutěž je oprávněna ukládat sankce podle zákona č. 703/77. Její jurisdikce je tedy závazná.

21. Faktory, které jsme doposud zkoumali, i když jsou pravděpodobně podstatnými vlastnostmi každého soudu, by se nicméně použily i na správní orgán pověřený dohledem nad používáním práva. Prvkem, který více charakterizuje soudní pravomoc, je řízení u Komise pro hospodářskou soutěž, během něhož mohou být stěžovatelky a odpůrci právně zastoupeni a požívat procesních práv analogických těm, kterých

2 — Viz, zvláště, rozsudky ze dne 17. září 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Recueil, s. I-4961, bod 23 a v něm uvedená judikatura), ze dne 21. března 2000, Gabalfrixa a další (C-110/98 až C-147/98, Recueil, s. I-1577, bod 33), a ze dne 30. května 2002, Schmid (C-516/99, Recueil, s. I-4573, bod 34).

3 — Viz usnesení ze dne 18. června 1980, Borker (138/80, Recueil, s. 1975, bod 4), jakož i rozsudky ze dne 19. října 1995, Job Centre (C-111/94, Recueil, s. I-3361, bod 9), a ze dne 15. ledna 2002, Lutz GmbH a další (C-182/00, Recueil, s. I-547, body 15 a 16).

požívají účastníci řízení v rámci obvyklého soudního řízení. Tyto záruky do určité míry přinášejí rozhodovacímu procesu u Komise pro hospodářskou soutěž požadovaný charakter sporného řízení.

její členové „požívají osobní a profesionální nezávislosti“ a „řídí se při výkonu své funkce pouze zákonem a svým svědomím“. Jak to vysvětluje uvedená komise, nezávislost jejich členů je garantována dále skutečností, že je jejím členům zakázáno provádět jakoukoli profesní činnost, jež má vztah k předmětu činnosti Komise pro hospodářskou soutěž.

22. Navzdory výše uvedeným vlastnostem Komise pro hospodářskou soutěž jsem názoru, že je třeba přistoupit k podrobnější analýze, abychom určili, zda její struktura a složení odpovídají struktuře a složení soudu a zvláště, zda poskytují strukturální záruky nezávislosti, které jej charakterizují.

23. Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že Komise pro hospodářskou soutěž je složena z devíti členů, jmenovaných ministrem pro rozvoj na období tří let. Čtyři členové jsou vybráni ministrem ze seznamu tří uchazečů předložených profesními organizacemi. Další členové zahrnují člena právní rady státu nebo jakéhokoli jiného soudce vyšší instance; dva vysokoškolské učitele, z toho jednoho právníka a jednoho ekonoma; a dvě uznávané osobnosti, které disponují požadovanou zkušeností. Ministr vybírá a jmenuje předsedu Komise pro hospodářskou soutěž z členů této komise.

25. Součástí Komise pro hospodářskou soutěž je kancelář, která má zřejmě za cíl vyšetřit případy předložené Komisi pro hospodářskou soutěž a předložit jí návrhy řešení. Podle předkládacího rozhodnutí předseda jmenované komise koordinuje a řídí kancelář jakožto nadřízený při výkonu disciplinární pravomoci. Kromě toho může předseda pověřit kancelář výkonem části svých pravomocí. Komise pro hospodářskou soutěž nicméně potvrzuje, že mezi ní a její kanceláří je úplné oddělení funkcí a odvolává se na to, že ani předseda ani zbytek komise nemohou ovlivňovat návrhy kanceláře.

24. Článek 8 odst. 1 zákona č. 703/77 výslovně označuje Komisi pro hospodářskou soutěž za „nezávislý orgán“ a upřesňuje, že

26. Mám dvě specifické pochyby, co se týče struktury a složení Komise pro hospodářskou soutěž, tak jak byly výše popsány. Zaprvé, podle mého názoru, pokud chceme zhodnotit, zda určitý orgán má soudní pravomoc, je třeba posoudit, kolik z jeho členů má kvalifikaci právníka či soudce. V případě řecké Komise pro hospodářskou soutěž, jak to vysvětluje předkládací rozhod-

nutí, pravidla určují, že z celkového počtu devíti členů jen dva musí být právníci: prvním z nich je vysokoškolský učitel a druhým buď člen Právní rady státu, ať už ve funkci, či nikoli, nebo bývalý soudce civilního či správního soudu. Právníká kvalifikace předsedy Komise pro hospodářskou soutěž není zjevně zaručena. Podle mého názoru může poměrně nízký počet míst, která jsou v Komisi pro hospodářskou soutěž vyhrazena právníkům, vzbuzovat jisté pochyby o její kvalifikaci jakožto soudu.

27. Zadruhé, co se týče nezávislosti Komise pro hospodářskou soutěž, strukturální propojení mezi komisí a její kanceláří, popsaná výše, se mi zdají problematická⁴.

28. Z rozsudku soudu ve věci *Gabalfriša*⁵ vyplývá, že oddělení funkcí mezi soudním a správním orgánem zakládá nezávislost daného soudního orgánu. V této věci Soudní dvůr prohlásil za přípustnou žádost o rozhodnutí v předběžné otázce podanou regionálním španělským orgánem, který má za úkol rozhodovat o daňových reklamacích, částečně na základě faktu, že existuje oddělení jeho funkcí a funkcí Státní daňové správy, jejíž oddělení přijalo rozhodnutí, které bylo předmětem stížnosti⁶. V daném

případě je možné pokládat funkce Komise pro hospodářskou soutěž a její kanceláře za oddělené, ve smyslu rozsudku ve věci *Gabalfriša*, za podmínky, že vyšetřování kanceláře údajného porušování zákona č. 703/77 je oddělitelné od soudní pravomoci Komise pro hospodářskou soutěž.

29. Podle mého názoru je daný problém úzce spjat s otázkou, zda řízení u Komise pro hospodářskou soutěž může být kvalifikováno jako sporné řízení. Kancelář může být pokládána za třetí stranu nezávislou jak vůči straně, jež je předmětem vyšetřování, tak vůči Komisi pro hospodářskou soutěž jakožto soudu pouze v případě, že její funkce jsou dostatečně odděleny od funkcí Komise pro hospodářskou soutěž.

30. Přestože předkládací rozhodnutí uvádí, že předseda Komise pro hospodářskou soutěž v praxi nezasahuje do vyšetřování vedených kanceláří, jasně nad touto kanceláří požívá jisté pravomoci. Nic není řečeno o pravidlech nebo jiných opatřeních určených k zajištění nezávislosti kanceláře při vedení vyšetřování.

31. S ohledem na oba problémy, které jsem popsal, je podle mého názoru postavení Komise pro hospodářskou soutěž dvojnásobně. Tento orgán se mi zdá být svým

4 — V bodě 25.

5 — Uvedeno výše v poznámce 2.

6 — V bodech 39 a 40 rozsudku.

postavením velmi blízký pomezí mezi soudním orgánem a správním orgánem s tím, že má některé vlastnosti soudu.

32. Po celkovém zvážení se nicméně domnívám, že Komise pro hospodářskou soutěž má dostatečné vlastnosti soudu, aby mohla být označena jako soud podle článku 234 ES.

33. Co se týče soudních pravomocí tohoto orgánu, upozorňuji na to, že kromě dvou míst v komisi zvláště vyhrazených právníkům jsou další dvě určena uznávaným osobnostem se zkušenostmi ve vnitrostátním hospodářském právu a hospodářském právu Společenství a v oblasti ochrany hospodářské soutěže. Podle předkládacího rozhodnutí jsou představitelé tohoto orgánu rovněž uznávané osobnosti se zkušenostmi v právu hospodářské soutěže. Pokud bereme zároveň v úvahu skutečnost, že členové Komise pro hospodářskou soutěž jsou výslovně zavázáni provádět své funkce podle zákona, jsem přesvědčen, že omezený počet míst vyhrazených právníkům a soudcům nestačí k tomu, aby bylo vyloučeno označení orgánu jako soud. V každém případě se dá očekávat, že soud rozhodující v technicky komplexních doménách, jako je například právo hospodářské soutěže, kde je vedle právní kvalifikace potřeba také ekonomická a obchodní analýza, má ve svých orgánech nižší podíl osob s čistě právníkou kvalifikací.

34. Co se týče strukturálních spojení mezi Komisí pro hospodářskou soutěž a její kanceláří, mám za to, že se nejeví natolik výrazné, aby převažovaly nad ostatními prvky, které svědčí pro soudní charakter orgánu. Zaprvé, považuji za málo pravděpodobné, že výkon disciplinární pravomoci předsedou Komise pro hospodářskou soutěž nad kanceláří ovlivňuje vedení jakéhokoliv vyšetřování. Zadruhé mám za to, že i kdyby byl přijat opačný názor, jednání, které probíhá před Komisí pro hospodářskou soutěž, dostatečně vylučuje riziko, že během vyšetřování dojde k porušení funkční oddělenosti Komise pro hospodářskou soutěž a kanceláře, neboť se zdá, že dává stranám dostatečnou možnost, aby přednesly svá vyjádření, což zajišťuje nestrannost konečného rozhodnutí.

35. Poznávám, že Soudní dvůr dříve prohlásil za přípustnou žádost o rozhodnutí v předběžné otázce od jiného orgánu pro hospodářskou soutěž, španělského Tribunal de Defensa de la Competencia (Soudní dvůr pro ochranu hospodářské soutěže)⁷. Tento orgán měl četné charakteristiky shodné s Komisí pro hospodářskou soutěž. Stejně jako u této Komise se jednalo o stálý orgán právního původu pověřený uplatňováním pravidel hospodářské soutěže během sporného řízení. Rovněž rozhodoval po obdržení zprávy, v tomto případě od samostatného orgánu⁸.

7 — Rozsudek ze dne 16. července 1992, Asociación Española de Banca Privada a další (C-67/91, Recueil, s. I-4785).

8 — Postup, kterým samostatný vyšetřovací orgán podal návrh, je uveden v zápisu z jednání na s. 4790.

36. Ve vyjádřeních druhé a čtvrté skupiny stěžovatele jsem nenalezl nic, co by mohlo vnést dodatečné pochyby o přípustnosti předběžné otázky.

37. Tyto stěžovatelky v první řadě připomínají, že ačkoliv čl. 8 odst. 1 zákona 703/77 zmiňuje nezávislost Komise pro hospodářskou soutěž, tato nepatří mezi pět nezávislých orgánů výslovně stanovených v české ústavě od její změny v roce 2001. Následkem toho Komise pro hospodářskou soutěž nepožívá ústavních záruk přiznaných těmto orgánům. Její členové nejsou jmenováni podle speciálního postupu určeného ústavou. Ani její procesní pravidla nevycházejí z právních předpisů, mají spíše formu mezi-ministerského rozhodnutí.

38. Zadruhé, tyto stěžovatelky zdůrazňují, že procesní pravidla Komise pro hospodářskou soutěž nejsou momentálně ve shodě se základními právními zásadami, protože ty neumožňují zúčastněným osobám přistoupit jako vedlejší účastníci k řízení před jmenovanou Komisí.

39. Zatřetí, stěžovatelky prohlašují, že Komise pro hospodářskou soutěž nerozhodla

ve věci jejich stížností ve lhůtě šesti měsíců, stanovené příslušnými zákony.

40. Žádný z těchto argumentů nepovažuji za přesvědčivý. Skutečnost, že Komise pro hospodářskou soutěž nepředstavuje v českém ústavním právu nezávislý orgán, nemění nic ani na skutečnosti, že právní předpisy potvrzují její nezávislost, ani na zárukách určených k zabezpečení této nezávislosti v praxi.

41. Dále, dle mého názoru mohou soudy oprávněně v různé míře umožnit třetím zúčastněným osobám přistoupit během řízení jako vedlejší účastníci, aniž by byl přitom ohrožen jejich status soudu. Každopádně se zdá, že stěžovatelky se mohly adekvátně zúčastnit původního řízení u Komise pro hospodářskou soutěž tím, že podaly své stížnosti.

42. Konečně, podle mého názoru není možné mít za to, že jakékoliv průtahy řízení poškozují soudní charakter orgánu pověřeného tímto řízením, i když samozřejmě mohou nepříznivě ovlivnit kvalitu vydaného rozsudku.

43. Až doposud jsem zkoumal konkrétní vlastnosti Komise pro hospodářskou soutěž

tak, jak jsou vyloženy v předkládacím rozhodnutí. Může být nicméně užitečné krátce prozkoumat přípustnost předběžné otázky z pohledu používání pravidel o hospodářské soutěži a zvláště nařízení (ES) č. 1/2003, které zavedlo s platností od dne 1. května 2004 systém decentralizovaného provádění pravidel Společenství o hospodářské soutěži⁹.

44. Zaprvé je důležité poznamenat, že nařízení č. 1/2003 přiznává členským státům možnost svěřit úkoly týkající se hospodářské soutěže orgánu, který je soudem¹⁰, a obsahuje ustanovení, jež mají za cíl zajistit nezávislost těchto orgánů¹¹.

45. Zadruhé je tu podle mého názoru několik praktických důvodů pro uznání přípustnosti předběžných otázek předložených těmito orgány. Přihlédnutí k hospodárnosti řízení mluví pro možnost předložení předběžné otázky pokud možno co nejdříve, a vyhnout se tak nutnosti následného řízení před odvolacím soudem, aby mohla být podána předběžná otázka. Kromě toho je přinejmenším myslitelné, že specializovaný orgán pro kontrolu hospodářské soutěže s určitými vlastnostmi soudu může identifikovat problémy vyplývající z hospodářské soutěže lépe, než všeobecný soud pověřený

následnou kontrolou rozhodnutí výše uvedeného orgánu¹². S decentralizací práva Společenství týkající se hospodářské soutěže by možnost vnitrostátního orgánu pro kontrolu hospodářské soutěže, jehož struktura je srovnatelná se soudní strukturou, podávat předběžné otázky Soudnímu dvoru znamenala dodatečnou záruku jednotnosti práva Společenství. Navíc je nyní jisté, že vnitrostátní orgány kontroly hospodářské soutěže mají pravomoc a povinnost nepoužívat vnitrostátní právní předpisy, které vyžadují nebo ulehčují chování v rozporu s čl. 81 odst. 1 ES, nebo posilují účinky takového chování, zvláště co se týká dohod o stanovení cen a rozdělení trhů. Tato možnost by také vyžadovala prokázat určitou pružnost v posuzování přípustnosti předběžných otázek podaných těmito orgány, aby neexistovaly jakékoliv pochyby, pokud jde o příslušná pravidla Společenství předtím, než se přestanou používat vnitrostátní právní předpisy.

46. Podle mého názoru tyto praktické úvahy potvrzují opodstatněnost mého předchozího závěru, podle něhož musí být tato předběžná otázka považována za přípustnou. Přejdou tedy nyní ke zkoumání otázek položených řeckou Komisí pro hospodářskou soutěž co do obsahu.

9 — Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článkách 81 a 82 Smlouvy (Úř. věst. L 1, s. 1; Zvl. vyd. 08/02, s. 205).

10 — Článek 35 a 35. bod odůvodnění.

11 — Viz zejména čl. 35 odst. 4.

12 — Rozsudek ze dne 9. září 2003, CIF (C-198/01, Recueil, s. I-8055).

K věci samé

47. Úvodem zdůrazňuji, že některé z předložených vyjádření se týkají definice trhu a dominantního postavení. Předložené otázky vycházejí nicméně z předpokladu, že na předmětných trzích existuje dominantní postavení. Komise pro hospodářskou soutěž se usnesla na tom, že existuje dominantní postavení ve vztahu k jednomu z předmětných výrobků, Lamictalu, a nepožádala Soudní dvůr, aby se vyjádřil ke kritériím ohledně definice trhu nebo zhodnotil existenci dominantního postavení. Budu v tomto stanovisku tedy zkoumat pouze otázku skutečně vznesenou Komisí pro hospodářskou soutěž, tedy otázku o zneužití dominantního postavení ve smyslu článku 82 ES.

48. V tomto ohledu si v první řadě Komise pro hospodářskou soutěž přeje vědět, zda dominantní farmaceutická společnost musí být vždy považována za společnost zneužívající své dominantní postavení ve smyslu článku 82 ES již z toho důvodu, že nespokojuje v plné míře obdržené objednávky, aby tak omezila vývozní aktivity svých zákazníků. Pokud tomu tak není, ptá se Komise pro hospodářskou soutěž, zadruhé, jaké faktory je třeba vzít v úvahu, aby bylo možno určit, zda je tato společnost odpovědná za toto chování.

49. Evropská komise tvrdí, že takovéto omezení dodávek je zneužitím, pokud podnik v dominantním postavení nepřinese přiměřené a dostatečně objektivní zdůvodnění svého chování. Evropská komise má za to, že žádný z faktorů uvedených Komisí pro hospodářskou soutěž není relevantní pro toto zdůvodnění.

50. Evropská komise (dále jen „Komise“) staví svůj závěr částečně na tom, že předmětné chování je svým charakterem zaměřeno proti hospodářské soutěži. Podnik v dominantním postavení podle ní zneužívá svého postavení, pokud odmítá dodávat své výrobky nebo služby s cílem omezit či vyloučit stávající či potenciální konkurenty na daném trhu a posilovat svou pozici na trhu. Vzhledem k tomu, že jakýkoliv pokus výrobce omezit dodávky s cílem zamezit paralelní obchod je obvykle zaměřen na omezení hospodářské soutěže v rámci značky, musí být toto omezení normálně považováno za zneužití postavení. Komise se také částečně opírá o skutečnost, že předmětné jednání má za cíl rozdělení si trhu. Soudní dvůr vždy vykládal články 81 ES a 82 ES jako články zakazující chování, které má za cíl rozdělit si společný trh.

51. Stěžovatelky a švédská vláda v zásadě souhlasí s Komisí.

52. GSK tvrdí, že omezení dodávek farmaceutickou společností s dominantním postavením na trhu s cílem omezit paralelní obchod nepředstavuje zneužití postavení ve smyslu článku 82 ES. Toto omezení nespadá mezi výjimečné okolnosti, za kterých je odmítnutí dodávek považováno jako zneužití postavení. Pokud je toto omezení posuzováno ve vlastním hospodářském a právním kontextu a za specifických podmínek farmaceutického průmyslu v Evropě, pak je možno nepovažovat takovéto omezení za zneužití, ale spíše za přiměřené opatření podniku k ochraně svých legitimních obchodních zájmů.

Dá se předmětné jednání samo o sobě považovat za zneužití?

53. Pokud jde o první část první předložené otázky, zdá se mi správné, jak to tvrdí Komise a GSK, že farmaceutický podnik v dominantním postavení nezneužívá nutně svého postavení tím, že odmítá v plné míře uspokojovat objednávky od velkoobchodníků, i když se tím snaží omezit paralelní obchod. Tento závěr podle mého názoru vyplývá jasně z judikatury Soudního dvora týkající se slučitelnosti odmítnutí dodávek s článkem 82 ES. Jak bude ukázáno následující analýzou, která musí být dosti detailní,

podle této judikatury může být podle článku 82 ES uložena povinnost dodávat jen po důkladném prozkoumání skutkového a hospodářského kontextu, a i potom pouze v poměrně úzkých mezích.

54. Příklad Commercial Solvents¹³ poprvé ukázal, že podniku v dominantním postavení může být za určitých okolností uloženo, aby zásobil své stávající klienty. Příklad se týkal odmítnutí společnosti Commercial Solvents nadále zásobovat společnost Zoja surovinami nutnými k výrobě derivátu, které mohla dodat jen společnost Commercial Solvents. Odmítnutí se zakládalo na rozhodnutí společnosti Commercial Solvents vstoupit do hospodářské soutěže se společností Zoja na navazujícím trhu s tímto derivátem. Soudní dvůr rozhodl, že firma v dominantním postavení na trhu se surovinou, která si vyhrazuje tuto surovinu na výrobu vlastních derivátů a odmítá její dodávky klientovi, který je výrobcem tohoto derivátu, zneužívá svého dominantního postavení, ale pouze za podmínky, že tímto „může zcela vyloučit hospodářskou soutěž ze strany tohoto klienta“¹⁴.

55. Ve věci United Brands¹⁵, podnik, který měl dominantní postavení v produkci

13 — Rozsudek ze dne 6. března 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano a Commercial Solvents v. Komise* (6/73 a 7/73, Recueil, s. 223).

14 — Bod 25 rozsudku.

15 — Rozsudek ze dne 14. února 1978 (27/76, Recueil, s. 207).

banánů („UBC“), s nimiž obchodoval pod obchodní značkou Chiquita, přestal zásobovat jednoho z distributorů, provozujícího také sklad k dozrávání banánů, když tento distributor, následkem neshody s dominantním podnikem, začal propagovat prodej banánů od konkurenčního producenta a věnoval méně péče procesu dozrávání banánů od UBC. Soudní dvůr rozhodl, že „je třeba od počátku potvrdit, že podnik s dominantním postavením na trhu v distribuci produktu, který se těší prestiží známé značky, oceňované spotřebiteli, nemůže přestat dodávat dlouhodobému klientovi, respektujícímu obchodní pravidla, pokud jeho objednávky nemají abnormální povahu“¹⁶.

56. Soudní dvůr uvážil, že takovéto chování je neslučitelné s článkem 82 ES, „neboť odmítnutí prodeje by omezilo tržní možnosti ke škodě zákazníka a zavedlo by diskriminaci, která by mohla vést až k odstranění obchodního partnera z dotčeného trhu“¹⁷. Soud nicméně také rozhodl, že i společnost s dominantním postavením musí mít právo přijmout rozumná opatření, která pokládá za potřebná k ochraně svých obchodních zájmů, pod podmínkou, že její chování bude přiměřené hrozbě a nebude mít za cíl posílit její dominantní postavení nebo jej zneužít¹⁸.

57. Případ BP¹⁹ se týkal omezení v dodávkách praktikované ropnou společností v období ropné krize v letech 1973 a 1974. BP napadla rozhodnutí Komise, které ji vinilo z toho, že zneužila svého dominantního postavení omezením dodávek jednomu zákazníkovi v zásadní míře a v daleko větším rozsahu než jiným zákazníkům, aniž by k tomuto chování měla objektivní důvody. Komise usoudila, že společnost v dominantním postavení měla rozdělit použitelná množství svého produktu spravedlivě mezi všechny své zákazníky, s výhradou existence zvláštností či rozdílů v jejich obchodní situaci. V případě všeobecné krize dodávek se musí podle Komise obracet v první řadě na své obvyklé zákazníky a snížení dodávek pro kupující v době nedostatku by se mělo provádět na základě referenčního období před krizí. Komise navrhla stanovit toto období na jeden rok.

58. Generální advokát Warner měl za to, že definice zneužití dominantního postavení přijatá Komisí není v praxi použitelná, vzhledem k obtížnosti určit navrhované referenční období a zhodnotit, zda rozdíl v postavení klientů umožňuje použít na ně rozdílné zacházení²⁰. Soudní dvůr rozhodl, že BP nezneužila svého dominantního postavení. Předmětný zákazník přestal být pravidelným zákazníkem během roku předcháze-

16 — Bod 182 rozsudku.

17 — Bod 183 rozsudku.

18 — Body 189 a 190 rozsudku.

19 — Rozsudek ze dne 29. června 1978 (77/77, Recueil s. 1513).

20 — Strana 1539, druhý sloupec.

jícímu krizi. Vzhledem k tomu, že proto byl v době vzniku krize příležitostným zákazníkem, nemohl od BP očekávat, že s ním bude nakládat stejně jako se svými tradičními zákazníky²¹. Soudní dvůr měl rovněž pochyby, zda je možné používat referenční období, minimálně v případě, kdy obchodní vztahy se zákazníkem přestaly během tohoto období²². Konečně, Soud zdůraznil, že předmětný zákazník měl možnost překonat těžkosti způsobené krizí²³. Neutrpěl proto samozřejmě, okamžitou a zásadní újmu svého postavení na trhu a nebyla ohrožena jeho existence²⁴.

59. Věc Telemarketing²⁵ měla původ v žalobě podané belgickému soudu, mající za cíl soudní příkaz, který by zabránil televizní společnosti odmítnout prodávat reklamní čas společnosti, která byla s televizní společností v hospodářské soutěži na navazujícím trhu pro telefonní marketing. Televizní společnost také odmítla prodat reklamní čas inzerentům na reklamy, které zahrnovaly vyzvání k telefonátům, pokud použitá telefonní čísla nebyla čísla z jeho vlastních operací telefonního marketingu.

60. Soudní dvůr v odpovědi na jednu z předběžných otázek podaných vnitrostátním soudem rozhodl, že ke zneužití postavení ve smyslu článku 82 ES dojde, pokud podnik s dominantním postavením na určitém trhu si vyhrazuje, aniž by to bylo objektivně nutné, pro sebe nebo pro své dceřiné společnosti jinou činnost, která by mohla být prováděna jiným podnikem jako součást jeho činnosti na sousedícím, ale odděleném trhu, přičemž hrozí, že bude odstraněna veškerá hospodářská soutěž ze strany tohoto podniku. Soudní dvůr poznamenal, že v takovém případě je služba, kterou si vyhrazuje společnost v dominantním postavení, nezbytná pro činnosti druhé společnosti²⁶.

61. Případy, které jsme doposud analyzovali, se všechny týkaly odmítnutí dodávek stávajícímu klientovi. V některých jiných případech posuzoval Soudní dvůr odmítnutí povolit třetí osobě poprvé užívat svého práva duševního vlastnictví či svou materiální infrastrukturu.

62. V případě Volvo²⁷ Soudní dvůr rozhodl ve věci výrobce automobilů, který je držitelem patentově chráněných vzorů na prvky karoserie svých vozidel, v níž tento výrobce odmítl poskytnout třetí osobě licenci na výrobu těchto prvků s cílem používat je jako náhradní díly, tak, že toto odmítnutí není zneužitím dominantního postavení. Soudní dvůr prohlásil, že právo držitele patentové

21 — Body 28 až 29 a 32 až 33 rozsudku.

22 — Bod 30 rozsudku.

23 — Bod 42 rozsudku.

24 — Bod 20 rozsudku.

25 — Rozsudek ze dne 3. října 1985, CBEM v. CLT a IPB (311/84, Recueil, s. 3261).

26 — Body 26 až 27 a výrok rozsudku.

27 — Rozsudek ze dne 5. října 1988 (238/87, Recueil, s. 6211).

chráněných vzorů zamezit třetím osobám vyrábět, prodávat či dovážet bez jeho souhlasu výrobky obsahující tyto chráněné vzory, je samotným základem jeho výlučného práva. Odmítnutí poskytnutí licence tak nepředstavuje samo o sobě zneužití dominantního postavení. Užívání tohoto výlučného práva může nicméně představovat zneužití, například pokud podnik v dominantním postavení odmítá zsvolně zásobovat náhradními díly nezávislé opravárny, stanoví ceny náhradních dílů na nespravedlivě vysokou úroveň, nebo se rozhodne přestat vyrábět náhradní díly na určitý model vozu, přičemž je v provozu ještě mnoho vozů tohoto modelu.²⁸

kompletního týdenního přehledu programů, bylo překážkou k vytvoření nového produktu, který televizní společnosti nenabízely a pro který existovala možná poptávka od spotřebitelů. Toto odmítnutí představovalo zneužití ve smyslu čl. 82 pododstavce 2 písm. b) Smlouvy o ES³⁰. Zadruhé, toto odmítnutí nebylo odůvodněné³¹. Zatřetí, televizní společnosti si svým postupem vyhradily sekundární trh týdenních přehledů televizních programů, a vyloučily tak jakoukoliv hospodářskou soutěž na trhu, protože odmítaly přístup k základním údajům, výchozímu materiálu nezbytnému k vytvoření takového přehledu³².

63. Následně v případě Magill²⁹ Soudní dvůr potvrdil rozsudek Soudu prvního stupně ES, který zamítl žalobu na neplatnost rozhodnutí Komise, která vytýkala irským televizním společnostem, že zneužívaly svého dominantního postavení, které měly na trhu programů svých televizních pořadů, tím, že se dovolávaly svých autorských práv na tato programová schémata, aby zamezily třetím osobám vydávat kompletní týdenní přehled programů, který by znamenal konkurenci pro vlastní přehled programů, které jednotlivé televizní společnosti vydávaly. Soudní dvůr usoudil, že následující okolnosti byly dostatečné k tomu, aby bylo konstatováno zneužití dominantního postavení. Zaprvé, odmítnutí televizních společností používat informace týkající se jejich programů, což byl základní údaj k vytvoření

64. Dalším případem, kdy se jednalo o odmítnutí dodávek, byl případ Bronner³³. Soudní dvůr byl dotázán, zda skutečnost, že skupina novinového nakladatelství, která má rozhodující podíl na trhu deníků, odmítne vydavateli konkurenčních novin přístup ke své službě doručování do domu, nebo mu ji umožní pouze v případě, že si tento vydavatel zakoupí od skupiny další doplňkové služby, představuje zneužití dominantního postavení podle článku 82 ES. Soudní dvůr uvedl, že ve svých rozsudcích v případech Commercial Solvents a Telemarketing shledal, že odmítnutí poskytovat konkurentovi zboží či služby

28 — Body 8 a 9 rozsudku.

29 — Rozsudek ze dne 6. dubna 1995, RTE a ITP v. Komise, zvaný „Magill“ (C-241/91 P a C-242/91 P, Recueil, s. I-743).

30 — Body 53 a 54 rozsudku.

31 — Bod 55 rozsudku.

32 — Bod 56 rozsudku.

33 — Rozsudek ze dne 26. listopadu 1998 (C-7/97, Recueil, s. I-7791).

nezbytné pro výkon činností tohoto konkurenta jsou zneužitím pouze v případě, kdy předmětný postup má charakter odstranění veškeré hospodářské soutěže ze strany konkurenta³⁴. Soudní dvůr následně připomenul rozsudek v případě Magill a zdůraznil, že i za předpokladu, že by tato judikatura, vztahující se k výkonu práva duševního vlastnictví, byla použitelná na případ výkonu vlastnických práv jakéhokoli druhu, stále by bylo nutné pro určení, že se jedná o zneužití, nejen to, že odmítnutí služby doručování do domu odstraní veškerou hospodářskou soutěž na trhu deníků ze strany žadatele o tuto službu a nemůže být objektivně odůvodněno, ale také to, že služba sama o sobě je nezbytná pro výkon činností tohoto žadatele ve smyslu, že neexistuje žádná skutečná nebo možná náhrada systému donášky do domu³⁵. Takto tomu v tomto případě nicméně nebylo³⁶.

65. Konečně, nedávno v případě IMS Health³⁷ Soudní dvůr znovu zkoumal okolnosti, za kterých odmítnutí podniku v dominantním postavení udělit licenci k užití údajů v jeho duševním vlastnictví může znamenat zneužití tohoto postavení podle článku 82 ES. Na základě judikatury případu Magill Soudní dvůr prohlásil, že pro to, aby odmítnutí podniku, jež vlastní autorská práva, přístupu k výrobkům či službám, které jsou nezbytné pro určitou činnost, mohlo být považováno za zneužití, stačí,

aby byly zároveň splněny tři podmínky, a to, že toto odmítnutí je na překážku vzniku nového výrobku, pro který existuje možná poptávka ze strany spotřebitelů, že toto odmítnutí není odůvodněné a že toto odmítnutí může vyloučit veškerou hospodářskou soutěž na sekundárním trhu³⁸.

66. Podle mého názoru je možné z judikatury a praxe Společenství vyvodit následující závěry. V první řadě je jasné, že podnik s dominantním postavením na trhu bude někdy povinen dodávat své výrobky či služby. Tak je tomu například v případě, že by přerušení dodávek vážně poškodilo hospodářskou soutěž mezi podnikem s dominantním postavením a klientem na následném trhu nebo mezi tímto podnikem a jejími stávajícími či potenciálními konkurenty na trhu dodávaných výrobků či služeb. Existuje také úzká škála okolností, za kterých je podnik v dominantním postavení povinen povolit přístup do svých infrastruktur nebo udělit licence na využívání svých práv duševního vlastnictví poprvé třetím osobám. V tomto případě je třeba doložit existenci výjimečného ohrožení hospodářské soutěže.

67. Z druhého, je nicméně také jasné, že povinnost dodávky, kterou článek 82 ES ukládá podniku v dominantním postavení, je omezena v různých ohledech. Jak o tom

34 — V bodu 38.

35 — Bod 41 rozsudku.

36 — Body 42 až 44 rozsudku.

37 — Rozsudek ze dne 29. dubna 2004 (C-418/01, Recueil, s. I-5039).

38 — Bod 38 rozsudku.

rozhodl Soudní dvůr ve výše uvedeném případě *United Brands*, podnik v dominantním postavení není povinen uspokojovat objednávky, které mají abnormální charakter, a může přijmout taková opatření, která v přiměřené míře chrání jeho legitimní obchodní zájmy. Podobně, ve výše uvedeném případě *BP*, společnost s dominantním postavením na trhu úspěšně obhájila před Soudním dvorem svou obchodní politiku, která rozlišovala mezi jejími zákazníky při rozdělování dodávek v období nedostatku výrobku na trhu. Soudní dvůr také soustavně omezoval povinnosti podniků v dominantním postavení tím, že jim umožňoval uplatňovat jejich objektivní odůvodnění.

68. Zatřetí, faktory umožňující určit, zda chování podniku, který odmítá dodávky, má charakter zneužití jsou významně závislé na konkrétním hospodářském a právním kontextu případu. Takto se nedávno vyjádřila Evropská komise v rozhodnutí *Microsoft*³⁹. Podobně se vyjádřil i Nejvyšší soud USA⁴⁰.

69. S ohledem na tuto analýzu mám za to, že na první otázku je třeba odpovědět záporně: farmaceutická společnost v dominantním postavení, která omezuje dodávky svých produktů, nezneužívá nutně svého dominantního postavení ve smyslu článku 82 ES již jen z toho důvodu, že se takto snaží omezit paralelní obchod.

70. Stejně jako Komise mám za to, že snaha o omezení paralelního obchodu je jedna z okolností, která by obvykle činila odmítnutí dodávek ze strany podniku v dominantním postavení protiprávním. Toto jednání je v zásadě namířeno k vyloučení konkurenta dominantní společnosti z trhu v členském státě dovozu. I za předpokladu, že není možné ve všech případech prokázat dostatečný účinek na hospodářskou soutěž, je možné na podporu takového závěru uvést, že toto chování má za cíl rozdělení si trhu.

39 – Rozhodnutí Komise ze dne 24. května 2004 o řízení k uplatnění článku 82 Smlouvy o ES (věc COMP/C-3/37.792 *Microsoft*). Komise se domnívá v bodě 555 rozhodnutí, a sice že „přístup, který by obhájoval existenci taxativního výčtu výjimečných okolností a vedl by Komisi k tomu, aby *a limine* nebrala ohled na jiné okolnosti výjimečného charakteru, jež by měly být vzaty v úvahu při zvažování odmítnutí dodávky, není nijak přesvědčivý“.

40 – Ve věci *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, týkající se odmítnutí dodávky podle protitrustového zákona USA, soudce J. Scalia, který vyjádřil stanovisko Nejvyššího soudu, konstatoval, že „antitrustová analýza musí vždy přihlídnout ke zvláštní struktuře a situaci dotčeného oboru. Pozornost věnovaná hospodářskému kontextu umožňuje zejména pochopit význam právní úpravy“.

71. V daném případě, přestože se předpokládá a zřejmě i uznává, že *GSK* má za cíl rozdělit si trh, rozdělení trhu není jejím hlavním záměrem, ale spíš nezbytným důsledkem, s ohledem na vlastnosti trhu, její snahy chránit, co je podle jejího názoru jejím legitimním obchodním zájmem tím, že odmítá uspokojovat v plné míře obdržené objednávky. Otázka záměru by tedy neměla odvést pozornost od základní otázky, kterou

je zjistit, zda dané odmítnutí je odůvodněné s ohledem na celkové okolnosti.

72. V každém případě, jak tvrdí Komise, je jasné, že judikatura Společenství umožňuje podnikům v dominantním postavení prokázat, že jejich chování je objektivně odůvodněné, i když představuje na první pohled zneužití tohoto postavení. Nyní se zaměřím právě na tuto otázku. Dodal bych, že dvoufázová analýza, ke které vede odlišování mezi zneužitím a jeho objektivním odůvodněním, je podle mého názoru poněkud umělá. Článek 82 ES, na rozdíl od článku 81 ES, neobsahuje žádné ustanovení, které by výslovně určovalo vynětí některého druhu jednání, které by jinak spadalo pod zakázané jednání uvedené v tomto článku. Totiž sama skutečnost, že používá výrazu „zneužívání“, naznačuje, že již bylo dosaženo negativního závěru, ve srovnání s neutrálnější terminologií „zabránit, omezit nebo narušit hospodářskou soutěž“ v článku 81 ES. Je tedy dle mého názoru přesnější tvrdit, že některé druhy chování podniků v dominantním postavení nespádají v žádném případě do kategorie zneužívání tohoto postavení. Nicméně, vzhledem k tomu, že Komise na základě některých rozsudků zkoumala objektivní odůvodnění jednání ve svých vyjádřeních, může být užitečné věnovat se této otázce.

Může být předmětné chování objektivně odůvodněno?

73. Vzhledem k záporné odpovědi na první část první předběžné otázky, kterou jsem

navrhl, je nezbytné také posoudit, zda různé faktory určené Komisí pro hospodářskou soutěž jsou relevantní pro posouzení, zda chování toho typu, jež je předmětem této věci, může být objektivně odůvodněno, a to skutečností, že v evropském farmaceutickém sektoru nepřevládají podmínky čisté hospodářské soutěže; procentním podílem, o nějž dodávky podniku v dominantním postavení přesáhnou vnitrostátní spotřebu; vlivem paralelního obchodu na obrat či zisky podniku v dominantním postavení; a mírou, v jaké má konečný spotřebitel-nemocný a kupující výrobků prospěch z paralelního obchodu.

74. Na první pohled je těžké odmítnout argument Komise, že omezení dodávek pro účely omezení paralelního obchodu může být odůvodněno pouze za velmi úzce vymezených podmínek. Ve většině případů má paralelní obchod jasné výhody: podporuje hospodářskou soutěž v rámci značky a snižuje ceny v zemi dovozu ve prospěch spotřebitelů v tomto státě. Nicméně po bližším přezkoumání zvláštního kontextu evropského farmaceutického sektoru nejsem přesvědčen, že možnosti odůvodnění jsou tak omezené, jak to tvrdí Komise.

75. Skutečně, několik vlastností tohoto sektoru uvedených Komisí pro hospodářskou soutěž, se mi zdá relevantní pro účely zhodnocení odpovědnosti farmaceutické

společnosti v dominantním postavení, která omezuje své dodávky, aby omezila paralelní obchod.

76. Faktory, které je podle mého názoru třeba vzít do úvahy, jsou, v první řadě, všudypřítomná právní úprava cen a distribuce v sektoru; zadruhé, vliv, který může mít neomezený paralelní obchod na farmaceutické společnosti s ohledem na hospodaření sektoru, a zatřetí, důsledky tohoto obchodu pro spotřebitele a kupující farmaceutických výrobků.

Právní úprava cen a distribuce v Evropském farmaceutickém sektoru

77. Podle mého názoru nelze při posouzení dotčeného chování ignorovat všudypřítomnou a různorodou právní úpravu, které je farmaceutický sektor podřízen, a to jak na vnitrostátní úrovni, tak na úrovni Společenství, a která tento sektor podle mého názoru odlišuje od všech ostatních sektorů, kde jsou výrobky snadno obchodovatelné.

78. Členské státy zasahují, aby omezily ceny farmaceutických výrobků na svých územích. Tyto zásahy mají za cíl chránit rozpočty zdravotních pojišťoven, které hradí většinu

nákladů na tyto výrobky. Státy zasahují do různé míry a různými způsoby, aby stanovily či ovlivnily cenu farmaceutických výrobků. Některé státy jsou připraveny připustit prodej farmaceutických výrobků za vyšší ceny než v ostatní státech. Tímto výslovně či konkludentně uznávají potřebu ponechat farmaceutickým společnostem dostatečný zisk, aby je takto motivovaly k výzkumu a vývoji nových farmaceutických výrobků. Následkem toho jsou ceny farmaceutických výrobků typicky podstatně vyšší v některých členských státech než v jiných. Tyto rozdíly v cenách mezi členskými státy umožňují podnikům zabývat se paralelním obchodem. V nedávném sdělení, zveřejněném před posledním rozšířením Evropské unie, Komise předpověděla, že rozšíření povede k dalšímu růstu těchto rozdílů⁴¹.

79. Právní úprava cen členskými státy je jen částečně harmonizována právem Společenství⁴². Ve svém sdělení z roku 1998 o jednotném trhu s farmaceutickými výrobky⁴³ Komise došla k závěru, že zavedení evropského centralizovaného systému určování cen léků není žádoucí

41 — Sdělení Komise Radě, Evropskému parlamentu, Hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů, „Silnější evropský farmaceutický průmysl ve prospěch pacienta – výzva k činnosti“ COM (2003) 383 konečné, bod 14. *(neoficiální překlad)*

42 — Podle směrnice Rady 89/105/EHS o průhlednosti opatření upravujících tvorbu cen u humánních léčivých přípravků a jejich začlenění do oblastí působnosti vnitrostátních systémů zdravotního pojištění (Úř. věst. 1989, L 40, s. 8; Zvl. vyd. 05/01, s. 345) jsou členské státy povinny zajišťovat, aby rozhodnutí o tvorbě cen a hrazení byla prováděna průhledně a nediskriminačním způsobem a ve stanovených lhůtách.

43 — COM (1998) 558 konečné.

a v současnosti nerealizovatelné. Upozornila na to, že „by bylo nanejvýš obtížné stanovit vhodnou cenovou hladinu pro celé Společenství. Zvolení nízké cenové hladiny by totiž mělo okamžitý pozitivní účinek s ohledem na cíle udržení kontroly nad výdaji spojenými se zdravotní péčí (alespoň v těch členských státech, kde jsou nyní ceny vysoké), zapříčinilo by ovšem stálé snížení evropského příspěvku na investice do výzkumu a vývoje ve farmaceutické oblasti na světové úrovni, což by mohlo vést ke snížení investic v evropském hospodářství. Stanovení vysoké cenové hladiny by mělo za následek omezení přístupu k péči pro spotřebitele a platící organizace v těch zemích, kde si vzhledem k hospodářským a sociálním podmínkám nemohou takové ceny dovolit.“⁴⁴ Komise raději navrhla různá opatření s cílem omezit narušení vnitřního trhu, které by mohla právní úprava cen farmaceutických výrobků členskými státy na vnitřním trhu vyvolat.

80. Další vlastností evropského farmaceutického průmyslu ukazující, že zde nepřevažují pravidla normální hospodářské soutěže, je vysoký stupeň právní úpravy distribuce farmaceutických výrobků, jak na úrovni Společenství, tak na vnitrostátní úrovni. Podle pravidel Společenství týkajících se humánních léčivých přípravků musí členské státy zavést systém autorizací pro velkoob-

chodníky s léčivy. Tato autorizace je podmíněna splněním různých minimálních požadavků⁴⁵.

81. V četných členských státech vnitrostátní právo ukládá farmaceutickým podnikům a velkoobchodníkům různé doplňkové povinnosti, aby byla zajištěna dostupnost léčiv. Například, jak to Komise pro hospodářskou soutěž vysvětluje v předkládacím rozhodnutí, řecké právo ukládá některým ze stěžovatelek jako povinnou službu ve veřejném zájmu disponovat neustále různorodou zásobou farmaceutických výrobků, umožňující pokrývat potřeby určené geografické oblasti a zajistit dodávky nezbytných výrobků na celém území v krátkých termínech.

82. Článek 81 odst. 2 směrnice 2001/83 o kodexu Společenství týkajícím se humánních léčivých přípravků nyní také ukládá výrobcům a distributorům farmaceutických produktů následující povinnost:

„Držitel rozhodnutí o registraci léčivého přípravku a distributoři daného léčivého přípravku skutečně uváděného na trh členského státu musí v rámci svých odpovědností zajistit odpovídající a stálé dodávky daného

45 — Příslušná ustanovení jsou obsažena v hlavě VII směrnice Evropského parlamentu a Rady 2001/83/ES ze dne 6. listopadu 2001, o kodexu Společenství týkajícím se humánních léčivých přípravků (Úř. věst. L 311, s. 67; Zvl. vyd. 13/27, s. 69), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2004/27/ES ze dne 31. března 2004 (Úř. věst. L 136, s. 34).

44 — V bodě 11.

léčivého přípravku lékárnám a osobám zmocněným vydávat léčivé přípravky tak, aby byly pokryty potřeby pacientů v daném členském státě.“

83. Vnitrostátní právní úprava a právní úprava evropského farmaceutického sektoru na úrovni Společenství je podle mého názoru relevantní v několika ohledech při analýze dotčeného chování.

84. Zprv, takováto právní úprava osvětluje rozumnost a proporcionalitu omezení dodávek. Když se farmaceutické společnosti snaží zabránit paralelnímu obchodu, nesnaží se tím udržovat rozdíl cen, za který by byly zodpovědné, ale spíše vyhnout se důsledkům, které by byly způsobeny obecným použitím velmi nízkých cen, které jim jsou uloženy v některých členských státech.

85. Omezení dodávek samo o sobě také nezabrání velkoobchodníkovi ve vývozu produktů, jež jsou mu dodány. Toto omezení v zásadě nestačí zabránit paralelnímu obchodu, pokud existují rozdíly cen mezi členskými státy. Jakékoli množství dodané do členského státu uplatňujícího nízké ceny bude vyvezeno a podnik nebude mít žádný zájem na dodávkách pro tento stát. To, co ve

farmaceutickém sektoru brání velkoobchodníkům vyvážet dodané produkty, je zjevně povinnost veřejné služby, která velkoobchodníky zavazuje udržovat si dostatečné zásoby, aby pokryly poptávku vnitrostátního trhu. Rozdělení trhu spojené s omezením dodávek vyplývá z opatření vnitrostátních orgánů ve státě vývozu.

86. Z druh, vzhledem k tomu, že farmaceutické společnosti v dominantním postavení jsou morálně i právně povinny udržovat zásobování v členských státech, je sporné, zda by bylo rozumné a proporční, aby po nich bylo v členských státech, kde jsou nízké ceny, požadováno zásobovat velkoobchodníky, jejichž úmyslem je vyvážet dodané výrobky. Není jasné, zda farmaceutická společnost může stáhnout výrobek z trhu v členském státě, který jí ukládá používat nízké ceny. Podle mého názoru tomu mohou bránit dvě právní překážky. Zprv, společnost v dominantním postavení může být omezena článkem 82 ES, co se týče okolností, za kterých může ukončit stávající obchodní vztah, minimálně v případě ukončení bez rozumné výpovědní lhůty. Na druhé straně, článek 81 směrnice 2001/83 vyžaduje po farmaceutických společnostech, v rámci jejich zodpovědností, zajistit odpovídající a stále dodávky autorizovaného léčivého přípravku, skutečně uvedeného na trh, lékárnám a osobám zmocněným vydávat léčivé přípravky tak, aby byly pokryty potřeby pacientů v daném členském státě. Je třeba ještě vypracovat přesné parametry této povinnosti, ale zdá se, že tato bude moci omezit možnost farmaceutické firmy stáh-

nout z trhu v určitém členském státě výrobek, který již byl na tento trh uveden.

Ekonomické vlastnosti inovací ve farmaceutickém průmyslu

87. Zatřetí, právní úprava distribuce farmaceutických výrobků v Evropě je založena na vnitrostátně oddělené struktuře, která pro zabezpečení dostatečného zásobování na území každého členského státu ukládá povinnosti jak farmaceutickým podnikům, tak velkoobchodníkům a která byla nedávno specificky posílena příslušnými právními předpisy Společenství. Činnosti obchodníků, kteří se zabývají paralelním obchodem, jdou napříč touto strukturou, přičemž ohrožují, a to jak ve státě dovozu, tak i ve státě vývozu, opatření, která jsou farmaceutické podniky a velkoobchodníci povinni přijímat, aby splnili své povinnosti veřejné služby podle vnitrostátního práva i práva Společenství. Rozhodnutí jedné z farmaceutických společností s dominantním postavením na trhu omezit dodávky hospodářským subjektům, kteří se hodlají zabývat paralelním obchodem, je podle mého názoru třeba hodnotit s ohledem na tyto povinnosti.

89. Podle mého názoru je také relevantní zhodnotit některé z ekonomických faktorů, které ovlivňují obchodní politiku farmaceutických společností. Inovace jsou důležitým parametrem hospodářské soutěže ve farmaceutickém sektoru⁴⁶. Ve výzkumu a vývoji nového farmaceutického výrobku je obvykle zapotřebí významných investic⁴⁷. Výroba farmaceutického produktu je obvykle charakterizována vysokými fixními náklady (výzkum a vývoj nového produktu) a relativně nízkými proměnlivými náklady (vlastní výroba produktu)⁴⁸. Rozhodnutí farmaceutické společnosti, zda investuje do vývoje nového farmaceutického výrobku, samozřejmě záleží částečně na tom, jestli výrobce očekává, že dosáhne dostatečného zisku k pokrytí nákladů investice. Jakmile je investice provedena, její náklady klesají. Pro farmaceutickou společnost je tedy rozumné dodávat své výrobky na trhy, kde je cena určena nad proměnlivými náklady. Samotný fakt, že je výrobek uveden na určitý trh za určitou cenu, neznamená, že farmaceutický podnik může pokrýt své celkové náklady,

88. Konečně, jak to vysvětlím níže, vzhledem ke skutečnosti, že členské státy přijaly velmi odlišné cenové úrovně pro farmaceutické výrobky na svých územích a jsou sami hlavními kupujícími farmaceutických výrobků, není jisté, že paralelní obchod je výhodný pro kupující těchto produktů.

46 — Rozhodnutí Komise ze dne 8. května 2001 o postupu podle článku 81 ES (Glaxo Wellcome) (Úř. věst. L 302, s. 1, bod 155).

47 — Ve zprávě připravené pro Generální ředitelství pro podnikání Evropské komise, „Globální konkurenceschopnost v léčivech – evropská perspektiva“ (neoficiální překlad), A. Gambardella, L. Orsenigo a F. Pammolli konstatují na s. 38, že „projekt výzkum a vývoj pro nový léčivý přípravek může trvat 8–12 let, s náklady v rozsahu 350–650 milionů USD“.

48 — Viz tamtéž, pozn. 1 na s. 3, kde autoři uvádějí, že „v tomto sektoru není výroba tak významná, jako výzkum a vývoj a uvedení na trh, které ovládá převážnou část investic“.

pokud by tato cena byla praktikována ve všech zemích Společenství. Tato otázka může být zkoumána, kdyby vnitrostátní soud mohl určit, zda cena určená pro dominantní společnost v určitém členském státě jí umožňuje pokrýt její pevné a proměnné náklady a dosáhnout přiměřeného zisku.

90. Tyto faktory nám částečně osvětlují možné následky toho, co by nastalo, kdyby bylo farmaceutickým podnikům s dominantním postavením na trhu zakázáno omezit dodávky s cílem omezit paralelní obchod.

91. Takový zákaz by zajisté vedl tyto výrobce k tomu, aby neuváděli na trh výrobky, které by jim mohly získat dominantní postavení v členských státech, kde jsou ceny stanoveny na nízké úrovni. Jak bylo popsáno výše, morální a zákonné povinnosti by farmaceutickým podnikům ztěžovaly stažení výrobků, které již byly uvedeny na trh v těchto státech. Je pravděpodobnější, že by spíše opozdily uvedení nových produktů na trh v těchto státech. To by tedy v rámci Společenství mělo za následek snížení míry produkce určitých farmaceutických výrobků a spokojenosti spotřebitelů, k níž tyto výrobky přispívají.

92. Stejně tak je téměř jisté, že jednání o cenách v členských státech, kde jsou ceny nízké, by se stala obtížnějšími. V těchto státech by docházelo k výraznému tlaku na zvýšení cen, pokud by se tyto ceny zobecnily pro další země Společenství prostřednictvím paralelního obchodu. Zvýšení schválených cen by ještě snížilo výrobu a spotřebitelskou spokojenost ve státech, kde by k němu docházelo. Navíc by způsobilo přerozdělení zdrojů od spotřebitelů v členských státech s nízkými cenami do členských států, kde jsou ceny vysoké.

93. Pokud by členské státy, kde jsou ceny nízké, byly schopny odolávat tlakům na zvýšení cen a pokud by farmaceutické společnosti nestahovaly z trhů své výrobky nebo neopoždovaly jejich uvedení na trh, snížily by se tržby za výrobky, u kterých bylo zjištěno dominantní postavení podniku. Farmaceutická společnost by tak byla méně podněcována k investicím do výzkumu a vývoje, protože by mohla očekávat menší zisky během období patentové ochrany.

94. Komise připomíná, že farmaceutické podniky se mohou rozhodnout, zda uvedou výrobek na trh za určenou cenu, a pokud se takto rozhodnou, je třeba předpokládat, že tato cena je z obchodního hlediska života-

schopná. Jak je vysvětleno výše⁴⁹, tento závěr podle mého názoru zachází příliš daleko. Společnost může přijmout cenu určenou v jednom členském státě, i když tato cena jí nedovolí zcela pokrýt pevné náklady spojené s vývojem určitého farmaceutického výrobku, pod podmínkou, že tato cena kryje proměnlivé náklady na produkci a že nebude zavedena ve všech zemích Společenství, což by společností zamezilo dosáhnout zisku v ostatních členských státech.

95. Z toho vyplývá, že je zcela přijatelné, aby farmaceutické podniky v dominantním postavení, pokud nemohou jednat o zvýšení cen v členských státech s nízkými cenami, reagovaly na povinnost dodávek v daném státě velkoobchodníkům zabývajícím se paralelním obchodem stažením stávajících výrobků z trhu tohoto státu, pokud to mohou učinit, a opožděním s uvedením nových výrobků na trh tamtéž. Rozdíly mezi cenami budou nahrazeny větší fragmentací trhu, přičemž se škála výrobků bude od sebe v jednotlivých státech lišit.

Důsledky paralelního obchodu pro spotřebitele a kupující v členském státě dovozu

96. Konečně pokládám za relevantní zkoumat účinek, který má paralelní obchod na

spotřebitele a kupující v členském státě dovozu. Obvykle je paralelní obchod prospěšný pro ty, kteří si mohou koupit výrobky za nižší ceny na trhu, pro který je paralelní obchod určen. Není nicméně jisté, že tomu tak bude v případě evropského farmaceutického průmyslu, vzhledem k jeho zvláštnosti.

97. Paralelní obchod s farmaceutickými výrobky nevyústí nutně v cenovou konkurenci rozpoznatelnou pro konečného spotřebitele těchto výrobků. V mnohých členských státech přispívají pacienti jen nízkým a paušálním procentem ceny farmaceutických výrobků, které jim byly předepsány. Zbytek kupní ceny výrobku je kryt systémem zdravotních pojišťoven. V těchto státech tedy paralelní obchod nepředstavuje žádnou výhodu pro konečného spotřebitele léčiv, která jsou předmětem tohoto obchodu.

98. Paralelní obchod také vždy nevyústí v cenovou konkurenci ku prospěchu veřejných orgánů, které ve skutečnosti kupují produkty, nebo ku prospěchu daňových poplatníků, kteří platí příspěvky těmto orgánům. Například v některých státech mají lékárníci právo uplatnit na výrobky, které jsou předmětem paralelního obchodu, ceny používané při prvním uvedení daného produktu na trh v příslušném státě. V důsledku

49 — V bodech 89 až 93.

toho je rozdíl mezi cenami, který vedl k paralelnímu obchodu, zcela pohlcen ziskem, kterého dosáhnou účastníci distribučního řetězce. Některé z těchto členských států reagovaly zavedením systému částečného odebrání za účelem získání části zisku od lékárníků. Komise uznala ve svém sdělení z roku 1998, že „pokud nemůže paralelní obchod pracovat dynamicky s cenami, je neúčinný, protože největší část, i když ne všechna, finančního zisku připadá obchodníkovi zabývajícímu se paralelním obchodem spíše než systému zdravotní péče nebo pacientovi“⁵⁰.

99. Každopádně vzhledem k tomu, že veřejné orgány nejenom kupují farmaceutické výrobky, ale hrají také významnou roli v určování jejich cen, nelze předpokládat, že jedinou starostí kupujících v členském státu, kde jsou vysoké ceny, je získat ceny nižší. Pokud by si stát opravdu přál nižší ceny, dá se předpokládat, že by se více snažil o jejich přímé snížení. Taková cenová soutěž, která vyplývá z paralelního obchodu, může tedy působit proti zájmům kupujících.

Závěry ohledně možnosti objektivního odůvodnění

100. S ohledem na všechny faktory zkoumané výše mám za to, že je možné odůvodnit

omezení dodávek od farmaceutického podniku v dominantním postavení, které má za účel omezit paralelní obchod, jako rozumné a přiměřené opatření, které má chránit obchodní zájmy tohoto podniku. Toto omezení nemá za cíl udržovat cenové nerovnosti, které podnik sám způsobil, ani neomezuje přímo trh, pro který jsou překážkou spíše povinnosti veřejné služby ukládané členskými státy. Nutit podnik, aby uspokojoval veškeré objednávky určené pro dovoz, které jsou mu zaslány, by tomuto podniku ukládalo v mnoha případech nepřiměřenou zátěž vzhledem k morálním a právním závazkům na udržení zásobování ve všech členských státech. Vzhledem ke zvláštním hospodářským vlastnostem farmaceutického průmyslu by požadavek zásobování nemusel nutně podpořit ani volný pohyb, ani hospodářskou soutěž a mohl by farmaceutické podniky odradit od inovací. Navíc není možné předpokládat, že paralelní obchod představuje skutečně výhody pro konečného spotřebitele farmaceutických výrobků nebo pro členské státy, které jsou hlavními kupujícími těchto výrobků.

101. Tento závěr nicméně platí podle mého názoru výhradně pro farmaceutický průmysl v jeho současném stavu a pro zvláštní jednání, které je předmětem v této věci.

50 — Sdělení Komise o jednotném trhu s farmaceutickými výrobky, uvedené výše v poznámce 43, s. 4.

102. Podle mého názoru je silně nepravděpodobné, že by jakýkoli jiný sektor splňoval vlastnosti, které mne vedly k tomu, že považuji omezení dodávek za účelem omezení paralelního obchodu za odůvodnitelné ve vztahu k farmaceutickým výrobkům. Stejně tak, kdyby se změnil hospodářský a právní kontext farmaceutického sektoru v Evropě, bylo by zřejmě nutné znovu posoudit, zda omezení dodávek v členském státě, kde jsou nízké ceny, je rozumné a přiměřené.

103. Rovněž se domnívám, že chování farmaceutického podniku v dominantním postavení, které by jasněji a bezprostředněji rozdělovalo společný trh, by nemohlo být

takto odůvodněno. Přiměřenost omezení dodávek vychází částečně ze skutečnosti, že toto omezení působí na rozdělení trhu ve farmaceutickém sektoru jen ve velmi omezené míře.

104. Konečně je třeba poznamenat, že výše uvedená analýza nevyklučuje možnost, že omezení dodávek podnikem v dominantním postavení by mohlo být v rozporu s judikaturou Soudního dvora týkající se odmítnutí dodávek, pokud by jeho negativní důsledky na hospodářskou soutěž nevyplývaly pouze ze skutečnosti, že omezuje paralelní obchod.

Závěry

105. Z výše uvedených důvodů tedy navrhuji Soudnímu dvoru odpovědět na předběžné otázky takto:

„1) Farmaceutický podnik v dominantním postavení nezneužívá nutně tohoto postavení tím, že odmítá uspokojovat v plné míře objednávky od velkoob-

chodníků s farmaceutickými výrobky pouze z toho důvodu, že se tak snaží omezit paralelní obchod.

2) Takovéto odmítnutí může být objektivně odůvodněno, a nepředstavuje tedy zneužití, pokud rozdíly cen, které mají za následek paralelní obchod, jsou vyvolány zásahem členského státu vývozu, který stanoví ceny na nižší úrovni, než je užívána ve zbývajících částech Společenství, a to s ohledem na vlastnosti evropského farmaceutického sektoru v jeho současném stavu, a zvláště na následující okolnosti:

- všudypřítomnost a rozdílnost státních zásahů při stanovování cen farmaceutických výrobků; tyto zásahy jsou odpovědné za rozdíly cen mezi členskými státy;
- právní úpravu Společenství a vnitrostátní právní úpravu distribuce farmaceutických výrobků, která ukládá farmaceutickým podnikům a velkoobchodníkům povinnosti, jež se liší v jednotlivých členských státech, k zaručení dostupnosti dostatečných zásob farmaceutických výrobků;
- možné negativní důsledky paralelního obchodu na hospodářskou soutěž, společný trh a motivaci k inovacím, vzhledem k hospodářským vlastnostem farmaceutického průmyslu;
- skutečnost, že z paralelního obchodu nemá vždy prospěch konečný spotřebitel farmaceutických výrobků a že nelze předjímat, že veřejné orgány členských států, které jsou hlavními kupujícími těchto výrobků, mají prospěch z nižších cen, protože právě ony jsou odpovědné za stanovování cen na svých příslušných územích.“