

ΤΟ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

Τμήμα 11^ο Τριμελές

Αποτελούμενο από τους: Θεοδώρα Μούγια, Πρόεδρο Εφετών Διοικητικών Δικαστηρίων, Σταματίνα Ρεκούμη και Κλημεντία Πραγκασθή (Εισηγήτρια), Εφέτες Διοικητικών Δικαστηρίων και γραμματέα τη Μάρθα Παπανδρεάδη, δικαστική υπάλληλο,

σ υ ν ε δ ρ ί α σ ε δημόσια στο ακροατήριο του, στις 14 Οκτωβρίου 2013. για να δικάσει την από 30 Οκτωβρίου 2006 (ΑΒΕΜ 461/2006) προσφυγή.

τ η ς Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «PHARMACON Δ. ΠΟΛΙΤΗΣ Α.Φ.Ε.», η οποία εδρεύει στη Μεταμόρφωση Αττικής, οδός Ναυπλίου αριθμ. 17, εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε με την πληρεξούσια δικηγόρο Μαργκώ Χατζηνικολή , σύμφωνα με την από 11/10/2013 έγγραφη δήλωσή της (άρθρο 133, παρ. 2 ΚΔΔ), την οποία κατέθεσε στη γραμματεία του Δικαστηρίου.

κ α τ ά των: 1) Ελληνικού Δημοσίου, που το εκπροσωπεί ο Υπουργός Οικονομικών, ο οποίος δεν παραστάθηκε και 2) Ν.Π.Δ.Δ. με την επωνυμία «Επιτροπή Ανταγωνισμού», που εδρεύει στην Αθήνα (Κότσικα 1^Α και Πατησίων), για το οποίο παραστάθηκε η πληρεξούσια δικηγόρος Ματίνα Σταυροπούλου,

Εξάλλου, άσκησαν παρέμβαση οι εταιρείες: 1) «GLAXOSMITHKLINE ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΚΑΙ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΩΝ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ», που εδρεύει στο Χαλάνδρι Αττικής (Λεωφ.Κηφισίας αριθ. 266) και 2) «GLAXOSMITHKLINE PLC», που εδρεύει στο Ηνωμένο Βασίλειο (Λονδίνο), οι οποίες παραστάθηκαν δια των πληρεξουσίων τους δικηγόρων Θεμιστοκλή Κλουκίνα και Δημήτριο Κυριάκη.

Κατά την συζήτηση, οι διάδικοι που παραστάθηκαν ανέπτυξαν τους ισχυρισμούς τους και ζήτησε όσα αναφέρονται στα πρακτικά.

Μετά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη.

Η κρίση του είναι η εξής:

1. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή κατά της 318/V/2006 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού νομίμως εισάγεται προς περαιτέρω συζήτηση μετά την έκδοση της 1307/2008 αναβλητικής απόφασης του Δικαστηρίου τούτου και της απόφασης του ΔΕΚ της 16ης Σεπτεμβρίου 2008 (συνεκδικασθείσες υποθέσεις C- 468/06 έως C- 478/06), το οποίο έκρινε επί κρίσιμων για την ένδικη υπόθεση ζητημάτων.

2. Επειδή σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 16 του άρθρου 8 του ν. 703/1977 , όπως αυτή προστέθηκε με την παρ. 9 του άρθρου 10 του ν. 3373/2005 Α'188/2-8-2005, η Επιτροπή Ανταγωνισμού έχει διακεκριμένη νομική προσωπικότητα και παρίσταται αυτοτελώς σε κάθε είδους δίκες που έχουν ως αντικείμενο πράξεις ή παραλείψεις της. Ενόψει αυτού διάδικος στην προκείμενη δίκη είναι η Επιτροπή Ανταγωνισμού και όχι το Ελληνικό Δημόσιο, το οποίο δεν νομιμοποιείται παθητικώς. Για το λόγο αυτό η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, καθ' ό μέρος στρέφεται κατά του Ελληνικού Δημοσίου, λόγω ελλείψεως παθητικής νομιμοποίησής αυτού .

3. Επειδή, ο ν.703/1977 «Περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού» (Α' 278) ορίζει στο άρθρο 2 («Καταχρηστική εκμετάλλευσις δεσποζούσης θέσεως») ότι: «Απαγορεύεται η υπό μιας ή περισσοτέρων επιχειρήσεων καταχρηστική εκμετάλλευσις της δεσποζούσης θέσεως αυτών επί του συνόλου ή μέρους της αγοράς της χώρας. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευσις δύναται να συνίσταται ιδία: α) εις τον άμεσον ή έμμεσον εξαναγκασμόν προς καθορισμόν είτε των τιμών αγοράς ή πωλήσεως είτε άλλων μη ευλόγων όρων συναλλαγής, β) εις τον περιορισμόν της παραγωγής, της καταναλώσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως, επί ζημία των καταναλωτών, γ) εις την εφαρμογήν ανίσων όρων

δι' ισοδυνάμους παροχάς, ιδία εις την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεων, αγορών ή άλλων συναλλαγών, κατά τρόπον ώστε επιχειρήσεις τινές να τίθενται εις μειονεκτικήν εν τω ανταγωνισμώ θέσιν, δ) εις την εξάρτησιν της συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, ή συνάψεως προσθέτων συμβάσεων αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικές συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων». Εξάλλου, η Συνθήκη για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας ορίζει στο άρθρο 82 (όπως το άρθρο αυτό επαναριθμήθηκε σύμφωνα με το άρθρο 12 και τους πίνακες αντιστοιχιών του παραρτήματος της Συνθήκης του Άμστερνταμ, η οποία κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν.2691/1999, Α' 47) ότι: «Είναι ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά και απαγορεύεται, κατά το μέτρο που δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους εντός της κοινής αγοράς ή σημαντικού τμήματός της. Η κατάχρηση αυτή δύναται να συνίσταται ιδίως: α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη δικαίων τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διαθέσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως επί ζημία των καταναλωτών, γ) στην εφαρμογή ανίσων όρων επί ισοδυνάμων παροχών έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, δ) στην εξάρτηση της συνάψεως συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσομένων, προσθέτων παροχών που εκ φύσεως ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών».

4. Επειδή, κατά πάγια κοινοτική νομολογία, δεσπόζουσα θέση, κατά την έννοια του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, κατέχει μια επιχείρηση που, λόγω της οικονομικής ισχύος της, μπορεί να κωλύει τη διατήρηση συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην οικεία αγορά και να υιοθετεί ανεξάρτητη συμπεριφορά έναντι των ανταγωνιστών της, των πελατών της και, τελικά, των καταναλωτών (απόφαση του Δικαστηρίου της 14ης Φεβρουαρίου 1978, 27/76, United Brands και United Brands Continentaal κατά Επιτροπής, σκέψη 65,

απόφαση του Πρωτοδικείου της 17ης Σεπτεμβρίου 2007, T-201/04, Microsoft κατά Επιτροπής, σκέψη 229). Η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης προκύπτει εν γένει από τη συνδρομή πολλών παραγόντων, οι οποίοι, λαμβανόμενοι μεμονωμένα, δεν θα ήταν κατ' ανάγκη καθοριστικοί (βλ. ανωτέρω απόφαση United Brands και United Brands Continental κατά Επιτροπής, σκέψη 66). Τα ιδιαιτέρως σημαντικά μερίδια αγοράς συνιστούν, αφ' εαυτών, πλην εξαιρετικών περιστάσεων, απόδειξη περί ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης. Συγκεκριμένα, η κατοχή ιδιαίτερα σημαντικού μεριδίου αγοράς θέτει την επιχείρηση που κατέχει το μερίδιο αυτό για περίοδο κάποιας διάρκειας, λόγω του όγκου παραγωγής και προσφοράς που αντιπροσωπεύει— δεδομένου ότι οι κάτοχοι αισθητά μικρότερων μεριδίων δεν είναι σε θέση να ικανοποιήσουν γρήγορα τη ζήτηση που θα επιθυμούσε ενδεχομένως να εγκαταλείψει την κατέχουσα το σημαντικότερο μερίδιο επιχείρηση— σε θέση ισχύος που την καθιστά αναγκαστικό εταίρο και, ήδη για το λόγο αυτό, της εξασφαλίζει, τουλάχιστον επί σχετικά μεγάλες περιόδους, την ανεξαρτησία συμπεριφοράς που χαρακτηρίζει τη δεσπόζουσα θέση (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 3ης Ιουλίου 1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής, σκέψη 60, της 13ης Φεβρουαρίου 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, σκέψη 41, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 23ης Οκτωβρίου 2003, T-65/98, Van den Bergh Foods κατά Επιτροπής, σκέψη 154). Εξάλλου, κατά την νομολογία των ανωτέρω Δικαστηρίων, οι διατάξεις του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, ενώ δεν ορίζουν την έννοια της καταχρηστικής συμπεριφοράς, περιορίζονται στην ενδεικτική απαρίθμηση ορισμένων μορφών καταχρηστικής συμπεριφοράς από επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά. Σκοπός όμως των διατάξεων αυτών είναι τόσο η προστασία του συστήματος ως ελεύθερης αγοράς, όσο και η προστασία της οικονομικής ελευθερίας των τρίτων. Μέσα στα πλαίσια του σκοπού αυτού γίνεται δεκτό ότι η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης επιχείρησης κρίνεται με βάση την αντικειμενική συμπεριφορά της, εφόσον αυτή της επιτρέπει να επηρεάζει τη διάθρωση της αγοράς, στην οποία, λόγω της παρουσίας της ίδιας της επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος και η τελευταία παρεμποδίζει τη διατήρηση του επιπέδου του εναπομένοντος

ανταγωνισμού ή την ανάπτυξή του με τη βοήθεια μέσω των διαφορετικών από αυτά, που διέπουν ένα φυσιολογικό ανταγωνισμό των προϊόντων ή υπηρεσιών βάσει των παροχών των επιχειρηματιών (πρβ. ανωτέρω αποφάσεις ΔΕΚ ΑΚΖΟ κατά Επιτροπής σκέψη 69, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, σκέψη 91 κ.ά.). Επομένως, κρίσιμο στοιχείο για το χαρακτηρισμό μιας συμπεριφοράς ως καταχρηστικής δεσπόζουσας θέσης αποτελεί η ίδια η συμπεριφορά, αντικειμενικώς λαμβανόμενη και όχι τα κίνητρα και ο σκοπός της, τα οποία συνιστούν απλώς ελαφρυντικό ή επιβαρυντικό παράγοντα, ενώ αρκεί η συμπεριφορά αυτή να τείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό, δηλαδή να είναι ικανή ή να ενδέχεται να έχει τέτοιο αποτέλεσμα (πρβ. απόφαση του Πρωτοδικείου της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, T-203/2001, Michelin κατά Επιτροπής, σκέψη 239). Έτσι, για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης των προαναφερόμενων διατάξεων δεν είναι αναγκαίο να αποδειχθεί ότι η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης κάποιας επιχείρησης είχε συγκεκριμένο αποτέλεσμα στις οικείες αγορές, αλλά αρκεί να αποδειχθεί ότι η καταχρηστική συμπεριφορά της τείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό, δηλαδή ότι αυτή μπορεί να έχει τέτοιο αποτέλεσμα ανεξαρτήτως του αν αυτό δεν επήλθε τελικά (πρβ. απόφαση του Πρωτοδικείου της 17ης Δεκεμβρίου 2003, T-219/99, British Airways plc, κατά Επιτροπής, σκέψεις 293 και 297).

5. Επειδή, εξάλλου, σύμφωνα με την ανακοίνωση της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού (ΕΕ C372/1997) η δεσπόζουσα θέση μιας επιχείρησης εξετάζεται πάντοτε σε σχέση με ορισμένη αγορά, η οποία οριοθετείται τόσο ως προς τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες (σχετική αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών) όσο και ως προς την έκταση που καταλαμβάνει (σχετική γεωγραφική αγορά). Έτσι, η σχετική αγορά προϊόντων και υπηρεσιών είναι αυτή που περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που θεωρούνται ομοειδή και εναλλάξιμα από την άποψη της ζήτησης ή της προσφοράς, λόγω των ιδιοτήτων, της τιμής τους και της χρήσης για την οποία προορίζονται, ενώ βασικό κριτήριο προς τούτο είναι η λειτουργική εναλλαξιμότητα των προϊόντων. Η σχετική γεωγραφική αγορά ταυτίζεται με την περιοχή μέσα στα όρια της οποίας δραστηριοποιούνται

και ανταγωνίζονται οι επιχειρήσεις ως πωλητές ή αγοραστές των σχετικών προϊόντων ή υπηρεσιών, υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού.

6. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΚ (βλ. ανωτέρω απόφαση United Brands και United Brands Continentaal κατά Επιτροπής, σκέψη 183 και απόφαση της 6ης Μαρτίου 1974, 6/73 και 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano και Commercial Solvents κατά Επιτροπής, σκέψη 25) αναφορικά με την εφαρμογή και ερμηνεία του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ, η άρνηση προμήθειας από επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση, συνιστά κατάχρηση κατά την έννοια της διάταξης αυτής, όταν η άρνηση αυτή δεν δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους, τους οποίους οφείλει να αποδείξει η επιχείρηση που τους επικαλείται, ενώ τέτοιο αντικειμενικό λόγο δεν αποτελεί ο περιορισμός του παράλληλου εμπορίου στον οποίο αποσκοπεί η άρνηση προμήθειας (ΔΕΚ απόφαση της 13ης Νοεμβρίου 1975, 26/75, General Motors Continental κατά Επιτροπής, σκέψη 12).

7. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα ακόλουθα: Η πρώτη παρεμβαίνουσα ελληνική εταιρεία «GLAXOSMITHKLINE A.E.B.E.» (πρώην «GLAXOWELLCOME A.E.B.E.»), που είναι θυγατρική και αντιπρόσωπος της δεύτερης παρεμβαίνουσας εταιρείας ««GLAXOSMITHKLINE PLC», είναι εκ του νόμου (άρθρο 29 παρ.2 ν.1316/1983, Α' 3) υπεύθυνη για τον ομαλό εφοδιασμό της εθνικής αγοράς με τα φαρμακευτικά ιδιοσκευάσματα της τελευταίας αυτής εταιρείας. Από πολλών ετών η προσφεύγουσα φαρμακαποθήκη καθώς και άλλοι φαρμακέμποροι αγόραζαν από την πρώτη παρεμβαίνουσα τα φάρμακα με την εμπορική ονομασία IMIGRAN, LAMICTAL ΚΑΙ SEREVENT για τη θεραπεία, αντίστοιχα, της ημικρανίας, της επιληψίας και του άσθματος, παρασκευής της μητρικής εταιρείας- τα οποία στην Ελλάδα χορηγούνται μόνο με ιατρική συνταγή- και στη συνέχεια τα διέθεταν στην ελληνική αγορά, καθώς και σε άλλα κράτη μέλη. Από τις 6 Νοεμβρίου 2000 η πρώτη παρεμβαίνουσα διέκοψε την προμήθεια των συνεταιρισμών φαρμακοποιών και των φαρμακαποθηκών με τα ως άνω τρία φάρμακα και, παράλληλα, ανέλαβε, μέσω

της εταιρείας «Farmacenter A.E.», την πώλησή τους στα ελληνικά φαρμακεία, αρνούμενη πλέον να εκτελεί παραγγελίες, μεταξύ άλλων, της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι οι παραγγελίες αυτές αυξάνονταν συνεχώς, λόγω των διογκούμενων εξαγωγών των φαρμακευτικών προς άλλες αγορές, όπου οι τιμές πώλησης των εν λόγω φαρμάκων ήταν πολύ υψηλότερες από αυτές που ίσχυαν στην Ελλάδα (βλ. και σκέψεις με αριθμούς 10 έως και 11 της απόφασης του ΔΕΚ της 16^{ης} Σεπτεμβρίου 2008). Η Επιτροπή Ανταγωνισμού, δεχόμενη αιτήσεις 16 συνεταιρισμών φαρμακοποιών για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων (άρθρο 9 παρ.4 ν.703/1977, όπως ίσχυε) κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας λόγω κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης, με την, εκδοθείσα στις 3.8.2001, 193/III/2001 πράξη της: α) υποχρέωσε αυτήν να εκτελεί προσωρινά μέχρι την έκδοση της οριστικής απόφασής της επί των από 12.12.2000 και 18.12.2000 καταγγελιών των αιτούντων τις παραγγελίες για φάρμακα LAMICTAL, IMIGRAN και SEREVENT κάθε είδους που της απευθύνονται από τους αιτούντες χωρίς ποσοτικούς περιορισμούς, β) επέκτεινε αυτεπαγγέλτως το ασφαλιστικό μέτρο για το σύνολο των συνεταιρισμών φαρμακοποιών και των φαρμακευτικών επιχειρήσεων (φαρμακαποθηκών) και γ) απείλησε την πρώτη παρεμβαίνουσα με χρηματική ποινή ενός εκατομμυρίου (1.000.000) δραχμών για κάθε μη συμμόρφωση προς το διατακτικό της απόφασης. Μετά από προσφυγή της πρώτης παρεμβαίνουσας εταιρείας κατά της ανωτέρω 193/III/2001 πράξης λήψης ασφαλιστικών μέτρων, ενώπιον του Δικαστηρίου τούτου, εκδόθηκε η 68/2002 απορριπτική απόφασή του. Εξάλλου, από το Φεβρουάριο του 2001 η πρώτη παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη «σχετική ομαλοποίηση του εφοδιασμού και αναδόμηση του αποθέματος των νοσοκομείων και φαρμακείων», αντικατέστησε το προηγούμενο σύστημα με ένα κατ'αυτήν «αντικειμενικό σύστημα διανομής... σε όλα τα μέρη της αλυσίδας διακίνησης φαρμακευτικών προϊόντων», το οποίο και απετέλεσε το αντικείμενο της υποβληθείσης από αυτήν με αριθ.πρωτ. 622/22.2.1001 αίτησης αρνητικής πιστοποίησης (άρθρο 11 ν.703/1977, όπως ίσχυε). Την αίτηση αυτή ανακάλεσε, στη συνέχεια, με το με αριθ.πρωτ.2854/4.10.2001 έγγραφό της, διότι, όπως ανέφερε στο έγγραφο αυτό, η εφαρμογή της εν λόγω πολιτικής πωλήσεων κατέστη ανέφικτη μετά την

έκδοση της ανωτέρω 193/III/2001 απόφασης της Επιτροπής. Στις 27.11.2001 ο Ε.Ο.Φ. εξέδωσε εγκύκλιο (αριθ.πρωτ.50262), σύμφωνα με την οποία όλοι οι συμμετέχοντες στη διακίνηση των συνταγογραφούμενων φαρμάκων «πρέπει να διαθέτουν στην εθνική αγορά ποσότητες τουλάχιστον ίσες της τρέχουσας συνταγογραφίας... πλέον ποσοστού 25% για τυχόν έκτακτες ανάγκες ή αλλαγή συνθηκών». Στη συνέχεια, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αφού διενεργήθηκε σχετικά αυτεπάγγελη έρευνα της Γραμματείας της, εξέτασε κατ' ουσίαν τις προαναφερόμενες καταγγελίες, καθώς και τις όμοιες του Πανελληνίου Συλλόγου Φαρμακαποθηκαρίων και φαρμακεμπορικών επιχειρήσεων, μεταξύ των οποίων και της προσφεύγουσας, ακολούθως δε υπέβαλε, με την 229/III/2003 απόφασή της, στο ΔΕΚ αίτηση έκδοσης προδικαστικής απόφασης επί σειράς ερωτημάτων σχετικών με την ερμηνεία του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ. Με απόφαση της 31ης Μαΐου 2005, C-53/03, Συνεταιρισμός Φαρμακοποιών Αιτωλίας & Ακαρνανίας (ΣΥΦΑΙΤ) κλπ., το ΔΕΚ έκρινε ότι ήταν αναρμόδιο να απαντήσει στα ερωτήματα της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διότι το όργανο αυτό δεν έχει δικαιοδοτικό χαρακτήρα κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ. Ακολούθως, η Επιτροπή εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση επί των προαναφερομένων καταγγελιών. Με την απόφαση αυτή η Επιτροπή: 1) Διαπίστωσε ότι η εταιρεία «GLAXOSMITHKLINE Α.Ε.Β.Ε.» που δραστηριοποιείται στην Ελλάδα ως θυγατρική της εταιρείας παραγωγής και εμπορίας φαρμάκων «GLAXOSMITHKLINE PLC»: α) παραβίασε το άρθρο 2 του ν. 703/1977 καταχρώμενη της δεσπόζουσας θέσης της ως προς το φάρμακο LAMICTAL, κατά τη χρονική περίοδο από το Νοέμβριο 2000 έως το Φεβρουάριο 2001, β) δεν παραβίασε την ως άνω διάταξη από το Φεβρουάριο 2001 και εντεύθεν και γ) δεν παραβίασε το άρθρο 82 ΣυνΘΕΚ ως προς το ως άνω φάρμακο. Επίσης, με την προσβαλλόμενη πράξη επιβλήθηκε στην ως άνω εταιρεία η διοικητική κύρωση της σύστασης να παραλείψει την ως άνω παράβαση στο μέλλον με την απειλή επιβολής προστίμου σε ποσοστό 3% των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της προηγούμενης της παράβασης χρήσης σε περίπτωση επανάληψης της παράβασης, ενώ δεν λήφθηκε απόφαση επί της καταγγελίας για κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της

πρώτης παρεμβαίνουσας ως προς τα άλλα δύο φάρμακα (IMIGRAN και SEREVENT).

8. Επειδή, με την προσβαλλόμενη πράξη κρίθηκε ότι ως προς το φάρμακο LAMICTAL, το οποίο με βάση την κύρια θεραπευτική ένδειξή του αποτελεί ξεχωριστή σχετική αγορά, οι παρεμβαίνουσες έχουν δεσπόζουσα θέση στην ελληνική αγορά, θεωρώντας ότι τα στοιχεία που διαθέτει για το φάρμακο αυτό είναι επαρκή προς θεμελίωση της κρίσης αυτής. Αντιθέτως, η Επιτροπή ως προς τα φάρμακα IMIGRAN ΚΑΙ SEREVENT παρέλειψε να αποφασίσει για τη δεσπόζουσα ή μη θέση των παρεμβαινουσών στην ελληνική αγορά, επικαλούμενη την έλλειψη πρόσφατων προς τούτο στοιχείων για τον υπολογισμό του μεριδίου των φαρμάκων αυτών. Ειδικότερα, επί του ζητήματος αυτού, η Επιτροπή, μετά την αναφορά της στην προσβαλλόμενη πράξη ότι «υπό τη σημερινή της σύνθεση υιοθετεί το κριτήριο της κύριας θεραπευτικής ένδειξης των υπό κρίση φαρμάκων», ότι τα φάρμακα IMIGRAN ΚΑΙ SEREVENT παρουσιάζουν μερική εναλλαξιμότητα με άλλα παρεμφερή σκευάσματα, τα οποία έχουν κατά βάση τα ίδια θεραπευτικά αποτελέσματα, περιέχουν όμως διαφορετική δραστική ουσία και λαμβάνοντας περαιτέρω υπόψη ότι υφίστανται επαρκή και διαθέσιμα στοιχεία μόνο για το φάρμακο LAMICTAL, κατέληξε στο συμπέρασμα «...ότι οι καταγγελλόμενες κατέχουν δεσπόζουσα θέση στην ελληνική αγορά ως προς το σκεύασμα αυτό...». Εξάλλου, η Επιτροπή στηρίζει την απόφασή της για τη μη διαπίστωση παράβασης των διατάξεων των άρθρων 2 του ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ κατά το χρονικό διάστημα μετά το Φεβρουάριο 2001 στην ακόλουθη αιτιολογία: «...Η συμπεριφορά της καταγγελλόμενης εταιρείας κατά τη χρονική αυτή περίοδο θα πρέπει να αξιολογηθεί με αφετηρία δύο δεδομένα, δηλαδή: α) την έκδοση της απόφασης της Ολομέλειας της Ε.Α. υπ. αρ. 193/III/2001 για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, η οποία απεφάνθη κατά πλειοψηφία ότι η συμπεριφορά της εταιρείας αντίκειται στο άρθρο 2, στοιχ. β' και γ' Ν. 703/77, καθώς και στα άρθρα 82 και 29 ΣυνΘΕΚ και υποχρέωσε την εταιρεία GLAXO να εφοδιάζει προσωρινά τους καταγγέλλοντες χωρίς ποσοτικούς περιορισμούς, επεκτείνοντας το ασφαλιστικό μέτρο για το σύνολο των συνεταιριστικών

φαρμακοποιών και φαρμακαποθηκών και β) την εγκύκλιο του Ε.Ο.Φ. της 27.11.2001... Πράγματι η καταγγελλόμενη εταιρεία συμμορφώθηκε με το διατακτικό της απόφασης. Άλλωστε δεν υπήρξαν ενώπιον της Ε.Α. καταγγελίες για το αντίθετο. Μετά την έκδοση της εγκυκλίου του Ε.Ο.Φ. της 27.11.2001 οι καταγγελλόμενες συμμορφώθηκαν πλήρως με αυτήν. Κατά συνέπεια, για το χρονικό διάστημα μετά το Φεβρουάριο του 2001 και εφεξής η Ε.Α. διαπιστώνει ότι η καταγγελλόμενη εταιρεία δεν έχει προβεί σε πραγματική ή εν δυνάμει κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της, ούτε έχει παραβεί τα άρθρα 2, παρ. β' και γ' Ν. 703/77 και 82 ΣυνΘΕΚ». Περαιτέρω, η Επιτροπή Ανταγωνισμού αιτιολογεί την κρίση της, κατά την οποία η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν παραβίασε το άρθρο 82 ΣυνΘΕΚ ως προς το ως άνω φάρμακο LAMICTAL ως εξής: «...Η Ε.Α. εκτιμά ότι η συμπεριφορά της εταιρείας GLAXO οφείλεται στην προσπάθεια αποτροπής συρρίκνωσης των κερδών της λόγω της διαφορετικής τιμολόγησης του φαρμάκου στα κράτη μέλη... Η Ε.Α. εκτιμά ότι η άρνηση πώλησης της καταγγελλόμενης εταιρείας δεν συνιστά παράβαση του άρθρ.82 ΣυνΘΕΚ δεδομένου ότι η συμπεριφορά της δεν περιέφερε τις καταγγέλλουσες εταιρείες σε μειονεκτική θέση, πολύ περισσότερο δε δεν οδήγησε σε εξόντωσή τους από την αγορά... Ως προς τον περιορισμό του ενδοκοινοτικού εμπορίου που μπορεί να επιφέρει η άρνηση πώλησης, οπότε θα μπορούσε να κριθεί ως καταχρηστική κατά την έννοια του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ, η Ε.Α. σημειώνει ότι πράγματι η διάταξη αυτή έχει σκοπό να προστατεύει την ελευθερία του ενδοκοινοτικού εμπορίου, περιλαμβάνοντας στην ρύθμισή της κάθε συμπεριφορά ανταγωνιστή που δυσχεραίνει ή είναι ικανή να δυσχεράνει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών. Απώτερος σκοπός του κοινοτικού νομοθέτη είναι η δημιουργία, ενδυνάμωση και ενίσχυση της ενιαίας αγοράς. Ο σκοπός όμως αυτός δεν μπορεί να επιτευχθεί με τη διατήρηση ενός κανονιστικού πλαισίου διαμόρφωσης των τιμών. Και τούτο, διότι η ύπαρξη της ενιαίας αγοράς είναι συνυφασμένη με τη διατήρηση των κανόνων εκείνων που διατηρούν την επιχειρηματική ελευθερία, με σπουδαιότερη έκφραση την ελευθερία στη διαμόρφωση της τιμής, σύμφωνα με τον κανόνα της προσφοράς και της ζήτησης. Αν λόγω του κανονιστικού πλαισίου διαμόρφωσης της τιμής,

που υπαγορεύεται από την άσκηση κανονιστικής πολιτικής εκ μέρους των κρατών μελών, έχει ανασταλεί η βασική αυτή ελευθερία, πολύ δύσκολα μπορεί να δικαιολογηθεί η εφαρμογή μίας ιδιαίτερα σημαντικής για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού, διάταξης, όπως αυτή του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ, η οποία ακριβώς εγγυάται την ελευθερία του ενδοκοινοτικού εμπορίου... Με βάση τα παραπάνω η Ε.Α., εκτιμά ότι τέτοιες στρεβλώσεις του ανταγωνισμού που προκαλούνται από το κανονιστικό πλαίσιο εφαρμογής των τιμών, δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν μόνιμα με διεύρυνση ή περιορισμό της εφαρμογής του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ, αλλά με τη λήψη των κατάλληλων μέτρων από τις αρμόδιες κοινοτικές αρχές».

9. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία ζητά να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της Επιτροπής, ούτως ώστε, αφού γίνει δεκτό ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα εταιρεία έχει δεσπόζουσα θέση και ως προς τα φάρμακα IMIGRAN και SEREVENT, ότι δεν έχει συμμορφωθεί προς την προηγούμενη (193/III/2001) απόφαση της Επιτροπής, ότι το όφελος από τη λειτουργία του παράλληλου εξαγωγικού εμπορίου είναι, κατά περίπτωση, σημαντικό και ότι η συμπεριφορά της εν λόγω εταιρείας να διακόψει ολοσχερώς τον εφοδιασμό του φαρμακεμπορίου με τα επίδικα φαρμακευτικά ιδιοσκευάσματα IMIGRAN, LAMICTAL και SEREVENT, όλων των μορφών, συνιστά παράβαση το άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ, να διαταχθεί η επιβολή σε βάρος της του κατά νόμο προστίμου. Αντιθέτως, οι παρεμβαίνουσες εταιρείες ζητούν την απόρριψη της προσφυγής υποστηρίζοντας τις επί μέρους κρίσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού καθώς και τη σχετική αιτιολογία στην οποία αυτές θεμελιώνονται.

10. Επειδή, μετά από αγωγές που άσκησαν φαρμακευτικές εταιρείες κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας στα πολιτικά δικαστήρια, εκδόθηκαν οι 1569- 1571/2006 και 1839-1840/2006 αποφάσεις του Εφετείου Αθηνών, με τις οποίες το τελευταίο απεύθυνε προς το ΔΕΚ προδικαστικό ερώτημα, με το εξής περιεχόμενο: «1) Η άρνηση μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση να ικανοποιήσει πλήρως τις παραγγελίες που της απευθύνουν οι χονδρέμποροι

φαρμάκων, η οποία οφείλεται στην πρόθεσή της να περιορίσει την εξαγωγική τους δραστηριότητα και, μαζί με αυτή, τη ζημία που της προκαλεί το παράλληλο εμπόριο, είναι καθεαυτή καταχρηστική υπό την έννοια του άρθρου 82 ΕΚ; Επηρεάζεται η απάντηση στο ανωτέρω ερώτημα από το γεγονός ότι το παράλληλο εμπόριο καθίσταται ιδιαιτέρως επικερδές για τους χονδρεμπόρους εξαιτίας των διαμορφουμένων με κρατική παρέμβαση διαφορετικών τιμών στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δηλ. από το γεγονός ότι στην αγορά φαρμάκων δεν επικρατούν αμιγώς συνθήκες ανταγωνισμού, αλλά ένα καθεστώς που διέπεται σε μεγάλο βαθμό από κρατικό παρεμβατισμό; Είναι εν τέλει ορθό ένα εθνικό δικαστήριο να εφαρμόζει τους κοινοτικούς κανόνες ανταγωνισμού με τον ίδιο τρόπο σε αγορές, οι οποίες λειτουργούν ανταγωνιστικά, και σε εκείνες, στις οποίες ο ανταγωνισμός στρεβλώνεται από κρατικές παρεμβάσεις; 2) Εφόσον το Δικαστήριο θεωρήσει ότι ο περιορισμός του παραλλήλου εμπορίου, για τους προεκτεθέντες λόγους, δεν αποτελεί σε κάθε περίπτωση καταχρηστική πρακτική, όταν ασκείται από επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση, πως θα αποτιμηθεί η τυχόν καταχρηστικότητα; Ειδικότερα: α) Είναι πρόσφορο το κριτήριο του ποσοστού υπέρβασης της κανονικής εγχώριας κατανάλωσης και/ή της ζημίας που υφίσταται επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση σε σχέση με τον όλο κύκλο εργασιών της και την όλη κερδοφορία της; Σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, πώς προσδιορίζεται το ύψος του ως άνω ποσοστού υπέρβασης και το ύψος της ως άνω ζημίας, το τελευταίο ως ποσοστό στον κύκλο εργασιών και στο σύνολο των κερδών, πέραν του οποίου καθίσταται καταχρηστική ή μη [η] εν λόγω συμπεριφορά; β) Είναι πρόσφορη μία προσέγγιση στάθμισης συμφερόντων και, σε καταφατική απάντηση, ποια είναι τα συμφέροντα που θα αποτελέσουν αντικείμενο σύγκρισης; Ειδικότερα: i) Επηρεάζεται η απάντηση εκ του ότι ο τελικός καταναλωτής ασθενής περιορισμένο οικονομικό όφελος έχει από το παράλληλο εμπόριο; ii) Λαμβάνονται, και σε ποιο βαθμό, υπόψη τα συμφέροντα των κοινωνικοασφαλιστικών οργανισμών για φθηνότερα φάρμακα; γ) Ποια άλλα κριτήρια και ποιες άλλες προσεγγίσεις θεωρούνται πρόσφορα/ες εν προκειμένω;». Ενόψει αυτού με την προαναφερόμενη 1307/2008 απόφαση του

Δικαστηρίου αναβλήθηκε η έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό κρίση προσφυγής έως την έκδοση της απόφασης του ΔΕΚ επί του ως άνω ερωτήματος. Ήδη το ΔΕΚ επί του ερωτήματος αυτού εξέδωσε την απόφαση της 16^{ης} Σεπτεμβρίου 2008 (συνεκδικασθείσες υποθέσεις C– 468/06 έως C– 478/06), με την οποία, αφού έλαβε υπόψη τα σχετικά πραγματικά περιστατικά, όπως αυτά αναφέρονταν στις ως άνω αποφάσεις περί παραπομπής του Εφετείου Αθηνών, τους ισχυρισμούς των διαδίκων, τη σχετική με το άρθρο 82 ΣυνΘΕΚ νομολογία του, έκρινε και τα ακόλουθα. «...36. ... δεν αμφισβητείται από τους διαδίκους ότι, με την άρνησή της να ικανοποιήσει τις παραγγελίες των Ελλήνων χονδρεμπόρων, η GlaxoSmithKline A.E.B.E. (GSK A.E.B.E.) επιδιώκει να περιορίσει τις παράλληλες εξαγωγές τους προς τις αγορές άλλων κρατών μελών, στα οποία η τιμή πωλήσεως των επίμαχων φαρμάκων είναι υψηλότερη ... 53. Συναφώς πρέπει να τονιστεί ότι οι παράλληλες εξαγωγές φαρμάκων από ένα κράτος μέλος, στο οποίο οι τιμές των φαρμάκων είναι χαμηλές προς άλλα κράτη μέλη στα οποία οι τιμές είναι υψηλότερες, παρέχει, κατ' αρχήν, στους αγοραστές των φαρμάκων αυτών στα τελευταία κράτη μια εναλλακτική πηγή εφοδιασμού, γεγονός που κατ' ανάγκη συνεπάγεται ορισμένα οφέλη για τον τελικό καταναλωτή των φαρμάκων αυτών. ... 57. ... υπό τις περιστάσεις των υποθέσεων των κυρίων δικών, μία τέτοια επιχείρηση δεν μπορεί να προβάλει ως δικαιολογητικό λόγο το ότι οι παράλληλες εξαγωγές που επιδιώκει να περιορίσει αποφέρουν μικρό μόνον όφελος στους τελικούς καταναλωτές... 66. Επομένως, υπό το πρίσμα του ως άνω σκοπού της Συνθήκης, καθώς και του σκοπού της διασφάλισης ανόθευτου ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά, δεν μπορούν να εξαιρεθούν από την απαγόρευση του άρθρου 82 ΕΚ οι πρακτικές μιας επιχειρήσεως με δεσπόζουσα θέση που αποσκοπούν στην αποτροπή όλων των παράλληλων εξαγωγών ενός κράτους μέλους προς άλλα κράτη μέλη, πρακτικές οι οποίες στεγανοποιώντας τις εθνικές αγορές, εξουδετερώνουν τα οφέλη του πραγματικού ανταγωνισμού όσον αφορά τον εφοδιασμό και τις τιμές που οι εξαγωγές αυτές θα προσέφεραν στους τελικούς καταναλωτές στα άλλα αυτά κράτη. 67. Μολονότι, λοιπόν, ο βαθμός κρατικής ρυθμίσεως των τιμών στον τομέα των φαρμακευτικών

προϊόντων δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων για τον ανταγωνισμό, εντούτοις, όσον αφορά τα κράτη μέλη που διαθέτουν σύστημα καθορισμού των τιμών, κατά την εκτίμηση του καταχρηστικού χαρακτήρα της αρνήσεως μιας επιχειρήσεως να εφοδιάσει χονδρεμπόρους που δραστηριοποιούνται στις παράλληλες εξαγωγές, δεν μπορεί να αγνοηθεί ότι αυτή η κρατική παρέμβαση αποτελεί έναν από τους παράγοντες που μπορούν να δημιουργήσουν ευκαιρίες για το παράλληλο εμπόριο. 68. Επιπλέον, υπό το πρίσμα των σκοπών της Συνθήκης που αφορούν την προστασία του καταναλωτή μέσω του ανόθευτου ανταγωνισμού και την ολοκλήρωση των εθνικών αγορών, οι εν λόγω κανόνες του ανταγωνισμού δεν μπορούν να ερμηνεύονται κατά τρόπον ο οποίος να μην αφήνει σε μία φαρμακευτική εταιρεία με δεσπόζουσα θέση καμιά άλλη επιλογή, για να υπερασπίσει τα εμπορικά της συμφέροντα, πλην της πλήρους αποχής της από τη διάθεση των φαρμάκων της στην αγορά κράτους μέλους στο οποίο οι τιμές τους καθορίζονται σε σχετικά χαμηλό επίπεδο. 69. Ως εκ τούτου, μολονότι ο βαθμός ρυθμίσεως των τιμών των φαρμάκων δεν μπορεί να άρει τον καταχρηστικό χαρακτήρα κάθε αρνήσεως εκ μέρους φαρμακευτικής εταιρείας με δεσπόζουσα θέση να ικανοποιήσει τις παραγγελίες που τις απευθύνουν χονδρέμποροι δραστηριοποιούμενοι στις παράλληλες εξαγωγές, μία τέτοια επιχείρηση πρέπει, πάντως, να είναι σε θέση να λάβει μέτρα κατάλληλα και ανάλογα προς την ανάγκη προασπίσεως των εμπορικών συμφερόντων. 70. Συναφώς, χωρίς να είναι αναγκαίο να εξεταστεί το επιχείρημα της GSK A.E.B.E. ότι οι φαρμακευτικές εταιρείες είναι αναγκασμένες να περιορίζουν τις παράλληλες εξαγωγές για να αποσοβήσουν τον κίνδυνο μειώσεως των επενδύσεών τους στην έρευνα και την ανάπτυξη φαρμάκων, αρκεί, πάντως, να υπομνησθεί ότι, προκειμένου να εκτιμηθεί αν η άρνηση φαρμακευτικής εταιρείας να εφοδιάσει χονδρεμπόρους δραστηριοποιούμενους στις παράλληλες εξαγωγές συνιστά μέσο κατάλληλο και ανάλογο της απειλής που αποτελούν οι εξαγωγές αυτές για τα νόμιμα εμπορικά της συμφέροντα, πρέπει να εξετάζεται αν οι παραγγελίες που της απηύθυναν οι χονδρέμποροι αυτοί παρουσιάζουν ασυνήθη χαρακτήρα (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση United Brands και United Brands

Continental κατά Επιτροπής, σκέψη 182). 71. Πράγματι, μολονότι δεν επιτρέπεται σε μία φαρμακευτική εταιρεία με δεσπόζουσα θέση, σε κράτος μέλος στο οποίο οι τιμές είναι σχετικώς χαμηλές, να παύσει να εκτελεί τις συνήθεις παραγγελίες παλαιού πελάτη αποκλειστικά και μόνον επειδή αυτός προμηθεύει μεν την αγορά του εν λόγω κράτους μέλους, αλλά εξάγει και ορισμένες από τις παραγγελθείσες ποσότητες προς άλλα κράτη μέλη στα οποία ισχύουν υψηλότερες τιμές, εντούτοις, η εταιρεία αυτή έχει δικαίωμα να αντιτίθεται, σε βαθμό εύλογο και ανάλογο, στην απειλή που μπορεί να συνιστούν για τα εμπορικά της συμφέροντα οι δραστηριότητες μιας επιχειρήσεως, η οποία επιθυμεί να προμηθεύεται στο πρώτο αυτό κράτος μέλος σημαντικές ποσότητες προϊόντων, τις οποίες προορίζει ουσιαστικά για τις παράλληλες εξαγωγές. 72. Εν προκειμένω, από τις αποφάσεις περί παραπομπής προκύπτει ότι, στις επίδικες διαφορές, οι εκκαλούσες των κύριων δικών απαίτησαν από την GSK A.E.B.E. όχι να ικανοποιήσει πλήρως τις παραγγελίες τους, αλλά να τους πωλήσει ποσότητες φαρμάκων αντίστοιχες προς τις μέσες μηνιαίες ποσότητες που τους είχε πωλήσει τους δύο πρώτους μήνες του 2000. Σε έξι από τις ένδεκα αγωγές των κυρίων δικών, οι εκκαλούσες ζητούσαν να προσαυξηθούν οι ποσότητες αυτές κατά ορισμένο ποσοστό, το οποίο ορισμένες από αυτές καθόρισαν στο 20%. 73. Υπό τις συνθήκες αυτές, εναπόκειται, στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει τον συνήθη χαρακτήρα των εν λόγω παραγγελιών, υπό το πρίσμα των προηγούμενων εμπορικών σχέσεων που διατηρούσε η φαρμακευτική εταιρεία που κατέχει δεσπόζουσα θέση με τους εν λόγω χονδρεμπόρους, καθώς και του όγκου των παραγγελιών σε σχέση με τις ανάγκες της αγοράς του οικείου κράτους μέλους (βλ. συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση United Brands και United Brands Continentaal κατά Επιτροπής, σκέψη 182, και απόφαση της 29^{ης} Ιουνίου 1978, 77/77, Beizine en Petroleum Handelsmaatschappij κλπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 1513, σκέψεις 30 έως 32). 74. Με τις σκέψεις αυτές δίδεται απάντηση και στο επιχείρημα της GSK A.E.B.E. που αφορά τις συνέπειες της κρατικής ρυθμίσεως στον εφοδιασμό φαρμάκων και, ειδικότερα, στο επιχείρημα ότι οι επιχειρήσεις που πραγματοποιούν παράλληλες εξαγωγές δεν υπόκεινται στις ίδιες

υποχρεώσεις διανομής και αποθηκεύσεως με τις φαρμακευτικές εταιρείες, με αποτέλεσμα να δημιουργείται κίνδυνος ανατροπής του σχεδιασμού της παρασκευής και της διανομής των φαρμάκων. 75. Βεβαίως, όπως προκύπτει από τη σκέψη 8 της παρούσας αποφάσεως, στην Ελλάδα, η εθνική νομοθεσία επιβάλλει στους χονδρεμπόρους φαρμακευτικών προϊόντων την υποχρέωση να καλύπτουν με ορισμένα είδη φαρμακευτικών προϊόντων τις ανάγκες ορισμένης γεωγραφικής ζώνης. Είναι επίσης αληθές ότι, σε περίπτωση που το παράλληλο εμπόριο οδηγήσει όντως σε έλλειψη φαρμάκων σε μια εθνική αγορά, εναπόκειται όχι στις επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση, αλλά στις αρμόδιες εθνικές αρχές να ρυθμίσουν την κατάσταση αυτή, εφαρμόζοντας κατάλληλα και ανάλογα προς τις περιστάσεις μέτρα, σύμφωνα τόσο με την εθνική νομοθεσία όσο και με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από το άρθρο 81 της οδηγίας 2001/83. 76. Ωστόσο, ένας παραγωγός φαρμακευτικών προϊόντων πρέπει να είναι σε θέση να προασπίσει τα εμπορικά του συμφέροντα όταν αντιμετωπίζει παραγγελίες ασυνήθων ποσοτήτων. Κάτι τέτοιο μπορεί να συμβεί αν, σε ένα κράτος μέλος, ορισμένοι χονδρέμποροι παραγγέλουν από αυτόν τον παραγωγό φάρμακα σε ποσότητες δυσανάλογες προς εκείνες που πωλούσαν στο παρελθόν οι ίδιοι για να ικανοποιήσουν τις ανάγκες της αγοράς του εν λόγω κράτους μέλους. 77. Κατόπιν των ανωτέρω, στα προδικαστικά ερωτήματα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι το άρθρο 82 ΕΚ έχει την έννοια ότι επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά φαρμάκων, η οποία, προκειμένου, να εμποδίσει τις παράλληλες εξαγωγές που πραγματοποιούν ορισμένοι χονδρέμποροι από ένα κράτος μέλος προς άλλα κράτη μέλη, αρνείται να ικανοποιήσει συνήθεις παραγγελίες των χονδρεμπόρων αυτών, εκμεταλλεύεται καταχρηστικά τη δεσπόζουσα θέση της. Στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να διαπιστώσει τον συνήθη χαρακτήρα των παραγγελιών αυτών, λαμβάνοντας υπόψη τον όγκο τους σε σχέση με τις ανάγκες της αγοράς του εν λόγω κράτους μέλους, καθώς και τις εμπορικές σχέσεις που διατηρούσε στο παρελθόν η εν λόγω επιχείρηση με τους χονδρεμπόρους αυτούς...».

11. Επειδή, από τα προαναφερόμενα πραγματικά περιστατικά προκύπτει ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα εταιρεία από το Νοέμβριο 2000 έως και

το Φεβρουάριο 2001, είχε διακόψει ολοσχερώς την προμήθεια των συνεταιρισμών φαρμακοποιών και των φαρμακαποθηκών με τα ως άνω τρία φάρμακα και, παράλληλα, ανέλαβε, μέσω της εταιρείας «Farmacenter A.E.», την πώλησή τους στα ελληνικά φαρμακεία, αρνούμενη πλέον να εκτελεί παραγγελίες της προσφεύγουσας φαρμακαποθήκης. Επίσης, προκύπτει ότι οι ως άνω φαρμακαποθήκες από πολλών ετών αγόραζαν από την πρώτη παρεμβαίνουσα τα φάρμακα αυτά και στη συνέχεια τα διέθεταν στην ελληνική αγορά, καθώς και σε άλλα κράτη μέλη. Επομένως, η πρώτη παρεμβαίνουσα από το Νοέμβριο 2000 έως και το Φεβρουάριο 2001 δεν ικανοποιούσε το σύνολο των παραγγελιών των φαρμακαποθηκών ανάμεσα στις οποίες περιλαμβάνονταν τόσο εκείνες που αφορούσαν την εσωτερική αγορά, όσο και εκείνες που προορίζονταν για εξαγωγή στην αγορά των λοιπών κρατών μελών. Όμως, κατά λογική συνέπεια, μέρος τουλάχιστον των παραγγελιών των οποίων αρνήθηκε την ικανοποίηση η πρώτη παρεμβαίνουσα, περιλάμβανε και παραγγελίες για την αγορά των κρατών μελών, που κατά την ποσότητά τους ήταν συνήθεις. Δηλαδή, κατά ένα μέρος, τουλάχιστον, οι παραγγελίες αυτές αφορούσαν παρόμοιες ποσότητες με εκείνες των παραγγελιών των προηγούμενων ετών, που διετίθεντο τόσο στην εσωτερική αγορά, όσο και στα λοιπά κράτη μέλη. Κατ' ακολουθίαν τούτων σε συνδυασμό με την προαναφερόμενη νομολογία του ΔΕΚ, η πρώτη παρεμβαίνουσα με την άρνησή της να εκτελέσει ολοσχερώς τις παραγγελίες της προσφεύγουσας κατά το προαναφερόμενο χρονικό διάστημα καταχρώμενη της δεσπόζουσας θέσης της ως προς το φάρμακο LAMICTAL παραβίασε εκτός από το άρθρο 2 του ν. 703/1977 και το άρθρο 82 ΣυνΘΕΚ, δεδομένου ότι η ελληνική αγορά ως σχετική αγορά των ως άνω φαρμάκων, είναι σημαντικό μέρος της κοινοτικής αγοράς. Επομένως, μη νομίμως η Επιτροπή Ανταγωνισμού έκρινε αντιθέτως, κατά το βάσιμο λόγο της προσφυγής, απορριπτομένου ως αβασίμου του αντιθέτου ισχυρισμού των παρεμβαίνουσών εταιρειών. Εξάλλου, όπως κρίθηκε με την ανωτέρω απόφαση του ΔΕΚ της 16ης Σεπτεμβρίου 2008 (σκέψεις 56 και 57), ακόμη και στα κράτη μέλη όπου οι τιμές των φαρμάκων ρυθμίζονται από το κράτος, το παράλληλο εμπόριο φαρμάκων από ένα κράτος μέλος προς άλλο

μπορεί να ασκεί πίεση στις τιμές και, ως εκ τούτου, να δημιουργεί οικονομικά οφέλη όχι μόνο για τα ασφαλιστικά ταμεία υγείας, αλλά και για τους ασθενείς, οι οποίοι καταβάλλουν μικρότερο ποσό ως συμμετοχή στο κόστος των φαρμάκων, ενώ παρέχει μεγαλύτερο περιθώριο επιλογής στους φορείς του άλλου αυτού κράτους που προμηθεύονται φάρμακα με διαδικασία πρόσκλησης υποβολής προσφορών, καθώς οι παράλληλοι εισαγωγείς μπορούν να προσφέρουν στο πλαίσιο αυτό φάρμακα σε χαμηλότερες τιμές, πλην, όπως επισημαίνει περαιτέρω το ΔΕΚ, στην κρινόμενη υπόθεση η ύπαρξη ή όχι οφέλους των τελικών καταναλωτών από το παράλληλο εμπόριο δεν μπορεί να προβληθεί ως δικαιολογητικός λόγος του καταχρηστικού χαρακτήρα της συμπεριφοράς επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση έναντι των εμπορικών εταιρών της.

12. Επειδή, περαιτέρω, όσον αφορά τη χρονική περίοδο μετά το Φεβρουάριο 2001, όπως προαναφέρθηκε, η συμπεριφορά της πρώτης παρεμβαίνουσας αξιολογήθηκε από την Επιτροπή με αφετηρία την έκδοση, κατ'αρχάς, της 193/III/2001 απόφασής της (3.8.2001) και, ακολούθως, της εγκυκλίου του Ε.Ο.Φ. της 27.11.2001, κρίθηκε δε ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα συμμορφώθηκε προς τα ορισθέντα με τις πράξεις αυτές, χωρίς όμως να μνημονεύονται στην προσβαλλόμενη πράξη συγκεκριμένα στοιχεία αιτιολογούντα την κρίση αυτή. Αντιθέτως, όπως αναφέρεται στην 625/25.2.2002 εισήγηση της Γραμματείας της Επιτροπής προς αυτήν (σελ.20), κατά το χρονικό διάστημα από 23.2.2001 έως 3.8.2001 οι παραγγελίες των συνεταιρισμών φαρμακείων και των φαρμακαποθηκών που δραστηριοποιούνται στην ελληνική αγορά ικανοποιήθηκαν με ποσοτικούς περιορισμούς με βάση τα στοιχεία της «I.M.S.», ενώ κατά το μεταγενέστερο χρονικό διάστημα οι παραγγελίες εκτελούντο απεριόριστα μεν, αλλά με τήρηση χρονικής προτεραιότητας μέχρι την εξάντληση των αποθεμάτων. Σχετικώς δε υπεβλήθη η με αριθ.πρωτ.2569/13.9.2001 αναφορά- αίτηση του Πανελλήνιου Συλλόγου Φαρμακαποθηκαρίων και 44 φαρμακεμπορικών επιχειρήσεων, περί επιλεκτικής ικανοποίησης εκ μέρους της ανωτέρω εταιρείας παραγγελιών συγκεκριμένων επιχειρήσεων που αφορούσαν εξαιρετικά μεγάλες ποσότητες,

με αποτέλεσμα την αδυναμία εκτέλεσης των παραγγελιών των λοιπών επιχειρήσεων του κλάδου λόγω εξάντλησης των αποθεμάτων (βλ. και την απευθυνθείσα σχετικώς προς τους Συνεταιρισμούς Φαρμακοποιών Θεσσαλονίκης (ΣΥ.ΦΑ. Θεσ/νίκης) και Αττικής (ΠΡΟ.ΣΥ.Φ.Α.Π.Ε.) και την πρώτη παρεμβαίνουσα από 6.9.2001 εξώδικη διαμαρτυρία των εν λόγω φαρμακεμπορικών επιχειρήσεων με αίτημα τη σύμμετρη ικανοποίηση των παραγγελιών όλων των επιχειρήσεων του κλάδου). Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, η ανωτέρω εγκύκλιος του Ε.Ο.Φ. ρυθμίζει, όπως ρητά αναφέρεται σε αυτήν, τις υποχρεώσεις κανονικού εφοδιασμού της αγοράς και δεν αφορά τις υποθέσεις που εκκρεμούν ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή των αρμόδιων δικαστηρίων σε σχέση με τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των εμπλεκόμενων υποχρέων φορέων και, ως εκ τούτου, η συμμόρφωση προς αυτήν δεν αίρει την τυχόν παραβίαση των ορισθέντων με την 193/III/2001 απόφαση. Ενόψει αυτών, μη νομίμως η Επιτροπή Ανταγωνισμού έκρινε με την προσβαλλόμενη απόφαση ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν παραβίασε την ανωτέρω πράξη λήψης ασφαλιστικών μέτρων, κρίση στην οποία, όπως προαναφέρθηκε, στηρίχθηκε η εκτίμηση της Επιτροπής περί μη παραβίασης εκ μέρους της πρώτης παρεμβαίνουσας των διατάξεων των άρθρων 2 του ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ κατά το χρονικό διάστημα μετά το Φεβρουάριο 2001 και συνεπώς η ορθότητα της κρίσης αυτής νομίμως αμφισβητείται με την κρινόμενη προσφυγή, ο σχετικός δε με το αντίθετο ισχυρισμός της καθ'ης Επιτροπής είναι απορριπτέος. Κατ' ακολουθίαν, κατά το μέρος αυτό η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί, η δε υπόθεση να αναπεμφθεί στην Επιτροπή Ανταγωνισμού προκειμένου να κρίνει επί του ζητήματος αυτού λαμβάνοντας υπόψη τα προεκτεθέντα στοιχεία (πρβ. ΣτΕ 1337/2003 ΔΕΑ 1983/2010).

13. Επειδή, εξάλλου, με την προσβαλλόμενη πράξη, όπως προεκτέθηκε, η Επιτροπή δεν έκρινε το ζήτημα της δεσπόζουσας ή μη θέσης της πρώτης παρεμβαίνουσας ως προς τα φάρμακα IMIGRAN και SEREVENT, με την αιτιολογία ότι για τα φάρμακα αυτά δεν «υφίστανται επαρκή και διαθέσιμα στοιχεία», παραπέμποντας προς περαιτέρω εξηγήσεις στην

προηγούμενη 229/III/2003 απόφασή της. Στην τελευταία αυτή απόφαση αναφέρονται σχετικώς τα εξής: «...Ενόψει των προεκτεθέντων η Επιτροπή Ανταγωνισμού θεωρεί ως σχετική αγορά, επί της οποίας θα πρέπει να εκτιμηθεί η θέση των καταγγελλομένων ως προμηθευτριών των επιδίκων φαρμάκων, την ελληνική αγορά φαρμάκων που έχουν την αυτή κύρια θεραπευτική ένδειξη με τα επίδικα. Ειδικότερα, επειδή τα διατιθέμενα προς τους χονδρεμπόρους φάρμακα στην ελληνική αγορά προορίζονται μόνον εν μέρει για εγχώρια χρήση, η Επιτροπή θεωρεί ότι για την αξιολόγηση της θέσης των καταγγελλομένων δεν θα πρέπει να λάβει υπόψη της τα μερίδια που τα επίδικα φάρμακα έχουν στο σύνολο των καταναλουμένων στην ημεδαπή φαρμάκων με την αυτή κύρια θεραπευτική ένδειξη, αλλά τα μερίδια των εν λόγω φαρμάκων στο σύνολο των φαρμάκων με την ίδια κύρια θεραπευτική ένδειξη που διατίθενται στους χονδρεμπόρους στην ελληνική αγορά, ανεξάρτητα αν αυτά προορίζονται για εξαγωγή ή κατανάλωση στην Ελλάδα. Δεδομένου ότι δεν διαθέτει ακριβή και πρόσφατα στοιχεία για τον υπολογισμό των μεριδίων των επιδίκων φαρμάκων, η Επιτροπή επιφυλάσσεται να αναζητήσει πρόσθετα στοιχεία προς συμπλήρωση του φακέλου ενόψει της έκδοσης οριστικής απόφασης...».

14. Επειδή, η κρίση επί του ζητήματος της δεσπόζουσας ή μη θέσης της πρώτης παρεμβαίνουσας ως προς τα ως άνω δύο φάρμακα ήταν αναγκαία ενόψει των υποβληθεισών, κατά τα προεκτεθέντα, από το έτος 2000 καταγγελιών, προκειμένου η Επιτροπή Ανταγωνισμού να αποφανθεί αν η ένδικη συμπεριφορά ως προς την άρνηση πώλησης προς τους φαρμακεμπόρους και των φαρμάκων αυτών, παραβίαζε τις προαναφερόμενες διατάξεις του ν.703/1977 και της ΣυνΘΕΚ. Σε κάθε περίπτωση η Επιτροπή, κατά νόμο, υποχρεούται στη λήψη αποφάσεων (απορριπτικών ή μη) επί των σχετικών με την παράβαση των περί ανταγωνισμού διατάξεων καταγγελιών, έχουσα προς τούτο δέσμια αρμοδιότητα και όχι διακριτική ευχέρεια να κρίνει ή όχι επί των καταγγελιών αυτών. Επομένως, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ο προβαλλόμενος με το υπόμνημα της Επιτροπής ισχυρισμός, κατά τον οποίο αλυσιτελώς ζητά η προσφεύγουσα τη δικαστική αναγνώριση της παραβίασης των εν λόγω διατάξεων και ως προς τα ανωτέρω δύο φάρμακα, δεδομένου ότι

λόγω της περιορισμένης χρονικής διάρκειας της διαπιστωθείσης παράβασης (Νοέμβριος 2000- Φεβρουάριος 2001), αλλά και του γεγονότος ότι δεν απεδείχθησαν οι επιπτώσεις αυτής στην ελληνική αγορά, η διαπίστωση της ύπαρξης ή μη δεσπόζουσας θέσης της πρώτης παρεμβαίνουσας και ως προς τα φάρμακα αυτά δεν θα μετέβαλε το διατακτικό της προσβαλλόμενης απόφασης όσον αφορά την επιβληθείσα κύρωση. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο (σελ.13) της 193/III/2001 πράξης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σύμφωνα με τα στοιχεία της «I.M.S.»- που περιλαμβάνουν την καταγραφή, σε μηνιαία, εξαμηνιαία και ετήσια βάση, της εθνικής κατανάλωσης φαρμάκων ανά θεραπευτική κατηγορία και προϊόν- το φάρμακο IMIGRAN είχε το έτος 1999 μερίδιο αγοράς στη σχετική αγορά (εσωτερική αγορά) 43,64% και 81,10%, κατά τεμάχια και κατ'αξία χονδρικής, αντίστοιχα, ενώ τους πρώτους ένδεκα μήνες του έτους 2000, 46,07% κατά τεμάχια και 78,89% κατ' αξία χονδρικής. Επίσης, το φάρμακο SEREVENT είχε, αντίστοιχα, μερίδιο 60,97% κατά τεμάχια και 63,55% κατ' αξία χονδρικής για το έτος 1999, ενώ για τους πρώτους ένδεκα μήνες του έτους 2000, 48,55%, κατά τεμάχια και 55% κατ' αξία χονδρικής. Βάσει των στοιχείων αυτών με την ως άνω 193/III/2001 πράξη της Επιτροπής Ανταγωνισμού είχε κριθεί ότι η τελευταία κατέχει δεσπόζουσα θέση και ως προς τα φάρμακα αυτά. Αντιθέτως, με την προσβαλλόμενη πράξη η Επιτροπή, ερμηνεύοντας τις προαναφερόμενες διατάξεις, κατά διαφορετικό τρόπο, έκρινε ότι προκειμένου να εκτιμηθεί η κατοχή ή μη της ένδικης δεσπόζουσας θέσης δεν θα έπρεπε να ληφθούν υπόψη τα μερίδια που έχουν τα φάρμακα αυτά στη σχετική αγορά, ως ποσοστό όλων των φαρμάκων με την ίδια κύρια θεραπευτική ένδειξη που καταναλώνονται στην αγορά αυτή, αλλά ως ποσοστό όλων των εν λόγω φαρμάκων που αγοράζονται από τους χονδρέμπορους, μέρος των οποίων δεν καταναλώνονται στην εσωτερική αγορά, αλλά εξάγονται. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η Επιτροπή με την προσβαλλόμενη πράξη προέβη σε διαφορετική οριοθέτηση της σχετικής αγοράς, από εκείνη που είχε προβεί με την 193/III/2001 πράξη της. Ειδικότερα, η Επιτροπή θεώρησε ότι η σχετική αγορά δεν οριοθετείται από όλα τα φάρμακα με την ίδια κύρια θεραπευτική ένδειξη που καταναλώνονται στη συγκεκριμένη

αγορά, αλλά από όλα τα εν λόγω φάρμακα που αγοράζονται από τους φαρμακεμπόρους και είτε καταναλώνονται στην ίδια ως άνω αγορά είτε εξάγονται στα άλλα κράτη μέλη. Όμως, η εν λόγω κρίση της Επιτροπής Ανταγωνισμού είναι εσφαλμένη. Τούτο, διότι, κατά τις διατάξεις των άρθρων 2 του ν. 703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ, προκειμένου να καθοριστεί η δεσπόζουσα ή μη θέση μιας επιχείρησης ως προς ένα από τα προϊόντα της, στην έννοια της σχετικής αγοράς περιλαμβάνεται το σύνολο των προϊόντων που θεωρούνται από τον καταναλωτή εναλλάξιμα μεταξύ τους ή δυνάμενα να υποκατασταθούν λόγω των χαρακτηριστικών τους, της τιμής τους και της σκοπούμενης χρήσης τους. Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση ο καταναλωτής μπορεί, κατ' αρχάς, να ασκήσει τη δυνατότητα επιλογής ενός από τα ένδικο φάρμακα μεταξύ άλλων υποκαταστάτων τους με βασικό κριτήριο τη θεραπευτική τους αξία (την κατά προορισμό χρήση τους), αλλά και την τιμή τους, μόνο μεταξύ του συνόλου των φαρμάκων που πωλούνται στη συγκεκριμένη αγορά, η οποία, όπως δέχεται και η Επιτροπή με την προσβαλλόμενη πράξη, είναι η εθνική αγορά. Κατά συνέπεια, στο σύνολο των φαρμάκων που πωλούνται στην εθνική αγορά δεν μπορεί να συμπεριληφθούν και εκείνα τα οποία εξάγονται. Κατ' ακολουθίαν, δεν είναι νόμιμη η οριοθέτηση από την Επιτροπή της σχετικής αγοράς με βάση το σύνολο των φαρμάκων της ίδιας θεραπευτικής αξίας που αγοράζονται από τους φαρμακεμπόρους, διότι περιλαμβάνει και φάρμακα που δεν πωλούνται και επομένως δεν καταναλώνονται στην εθνική αγορά, αλλά εξάγονται. Ενόψει τούτων, για την εκτίμηση της δεσπόζουσας ή μη θέσης της πρώτης παρεμβαίνουσας ως προς τα ένδικο φάρμακα πρέπει να ληφθούν υπόψη, μεταξύ άλλων, και τα μερίδια που έχουν αυτά στην κατά τα ανωτέρω σχετική αγορά, ως ποσοστό των συνολικών φαρμάκων με την ίδια κύρια θεραπευτική ένδειξη, που καταναλώνονται στην αγορά αυτή. Τα τελευταία αυτά στοιχεία, όπως προεκτέθηκε, είναι στη διάθεση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (τα ως άνω στοιχεία της «I.M.S.»). Λαμβάνοντας δε υπόψη τα ανωτέρω, το Δικαστήριο κρίνει ότι μη νομίμως η Επιτροπή παρέλειψε να κρίνει περί της στοιχειοθέτησης ή μη της παράβασης της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης ως προς τα φάρμακα IMIGRAN ΚΑΙ SEREVENT, κατά το βάσιμο λόγο της προσφυγής,

απορριπτομένου ως αβασίμου του αντιθέτου λόγου των παρεμβαινουσών. Σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί εύλογο το χρονικό διάστημα από το έτος 2000 έως το έτος 2006 (πέραν της εξαετίας), προκειμένου να συλλεχθούν τα απαραίτητα στοιχεία από την Επιτροπή, έστω και αν η φύση των ζητημάτων αυτών απαιτεί προς τούτο σημαντικό χρόνο, λαμβανομένου υπόψη ότι με τα άρθρα 25 και 26 του ν.703/1977 παρέχονται στην Επιτροπή ευρείες εξουσίες για τη συλλογή των απαραίτητων στοιχείων, προκειμένου να διαγνωστούν ενδεχόμενες παραβάσεις του νόμου αυτού καθώς και των άρθρων 81 και 82 ΣυνθΕΚ. Περαιτέρω, όμως, το αίτημα της κρινόμενης προσφυγής περί δικαστικής αναγνώρισης της δεσπόζουσας θέσης της πρώτης παρεμβαίνουσας και ως προς τα φάρμακα IMIGRAN ΚΑΙ SEREVENT είναι απορριπτέο. Τούτο, διότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού παρέλειψε να αποφασίσει επί του ζητήματος αυτού κρίνοντας εσφαλμένως, όπως προεκτέθηκε, ότι η σχετική απόφασή της έπρεπε να βασιστεί σε άλλα στοιχεία τα οποία, δεν διέθετε, ενώ όφειλε να εκτιμήσει αν τα ως άνω στοιχεία της «I.M.S.», τα οποία αφορούν τα μερίδια που έχουν τα φάρμακα αυτά στην ελληνική αγορά σε συνδυασμό με το γεγονός ότι το σύνολο της εθνικής (ελληνικής) αγοράς προμηθεύεται τα φάρμακα αυτά μόνο από την πρώτη παρεμβαίνουσα, συνιστούν τις νόμιμες προϋποθέσεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα κατέχει δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά ως προς τα ως άνω φάρμακα. Εξάλλου, η σκέψη της Επιτροπής Ανταγωνισμού περί της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης της πρώτης παρεμβαίνουσας και της κατάχρησης αυτής, ως προς τα ως άνω φάρμακα, που περιλαμβάνεται στην ανωτέρω 193/III/2001 πράξη της για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων, αποτελεί, κατά το άρθρο 9 παρ.4 του ν. 703/1977 (όπως είχε αντικατασταθεί από την παρ.6 του άρθρου 4 του ν.2296/1995, Α'43 και ίσχυε κατά το χρόνο έκδοσης της πράξης αυτής), πιθανολόγηση και ως εκ τούτου δεν μπορεί να θεωρηθεί ούτε ότι η Επιτροπή έχει αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού ούτε ότι υφίσταται δεδικασμένο, λόγω της προαναφερόμενης 68/2002 απόφασης του Δικαστηρίου τούτου, που επεκύρωσε την πράξη αυτή. Κατά συνέπεια, εφόσον η Επιτροπή μη νομίμως παρέλειψε να αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού, η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί σε αυτήν (άρθρο 79

παρ.4 Κ.Δ.Δ.) προκειμένου να κρίνει επ' αυτού, αφού αξιολογήσει τα πραγματικά περιστατικά που στοιχειοθετούν τη δεσπόζουσα ή μη θέση της παρεμβαίνουσας εταιρείας στην, κατά τα ανωτέρω, καθ' ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 2 ν. 703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ, ορισθείσα σχετική αγορά.

15. Επειδή, σύμφωνα με την παρ.1 του άρθρου 9 του ν.703/1977, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε από την παρ.2 του άρθρου 16 του ν.3373/2005 (Α' 188), «Η Επιτροπή Ανταγωνισμού αν, μετά από σχετική έρευνα που διεξάγεται είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν καταγγελίας ή αίτησης του Υπουργού Ανάπτυξης, διαπιστώσει παράβαση της παρ. 1 του άρθρου 1 και των άρθρων 2, 2α και 5 ή των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, μπορεί με απόφασή της: α) να υποχρεώσει τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ή τις ενώσεις επιχειρήσεων να παύσουν την παράβαση και να παραλείπουν αυτή στο μέλλον, β)... γ)... δ) να απευθύνει συστάσεις σε περίπτωση παράβασης των άρθρων 1, 2 και 2α, όπως προστίθενται με τον παρόντα νόμο 703/1977 και να απειλήσει πρόστιμο ή χρηματική ποινή ή και τα δύο, σε περίπτωση συνέχισης ή επανάλληψης της παράβασης, ε) να θεωρήσει ότι κατέπεσε το πρόστιμο ή η χρηματική ποινή ή και τα δύο, όταν με απόφασή της βεβαιώνεται η συνέχιση ή επανάλληψη της παράβασης, στ) να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση», σύμφωνα δε με την παρ.2 του ίδιου άρθρου, όπως είχε αντικατασταθεί από την παρ.6 του άρθρου 4 του ν.2296/1995 και ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο τέλεσης των ένδικων παραβάσεων των διατάξεων περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, «Το κατά την προηγούμενη παράγραφο επιβαλλόμενο ή απειλούμενο πρόστιμο μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δεκαπέντε τοις εκατό (15%) των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της τρέχουσας ή της προηγούμενης της παράβασης χρήσης. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου πρέπει να λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης...». Από τις διατάξεις αυτές προκύπτει ότι ο νόμος αναθέτει στην Επιτροπή Ανταγωνισμού την επιβολή των προβλεπόμενων από αυτόν κυρώσεων σε βάρος των παραβατών των διατάξεων του επιχειρήσεων` κατ' ακολουθίαν, σε περίπτωση κατά την οποία

κριθεί από το αρμόδιο δικαστήριο, κατ' αντίθεση προς την Επιτροπή, ότι διεπράχθη παράβαση των οικείων διατάξεων, η υπόθεση αναπέμπεται σε αυτήν για την επιβολή των κατά νόμο κυρώσεων (ΣΤΕ 903/1998). Συνεπώς, ως προς τις επιβλητέες κυρώσεις η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, η οποία θα κρίνει επί του ζητήματος αυτού, λαμβάνοντας υπόψη, με βάση τα ανωτέρω κριθέντα και τις διαπιστώσεις της επί των λοιπών θεμάτων ως προς τα οποία η υπόθεση, επίσης, αναπέμπεται, κατά τα προεκτεθέντα, σε αυτήν, τις στοιχειοθετούμενες παραβάσεις των διατάξεων των άρθρων 2 του ν.703/1997 και 82 ΣυνθΕΚ. Ενόψει αυτού, πρέπει να απορριφθεί ως νομικώς αβάσιμο το αίτημα της προσφεύγουσας για τον επιβολή το πρώτον από το Δικαστήριο των κατά νόμο κυρώσεων.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως προς την Επιτροπή Ανταγωνισμού και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που με αυτήν η Επιτροπή: Α. Έκρινε ότι η εταιρεία «GLAXOSMITHKLINE Α.Ε.Β.Ε.»: 1) Δεν παραβίασε το άρθρο 82 ΣυνθΕΚ από το Νοέμβριο 2000 έως το Φεβρουάριο 2001, καταχρώμενη της δεσπόζουσας θέσης της ως προς το φάρμακο LAMICTAL. 2) Συμμορφώθηκε με την 193/III/2001 απόφαση της Επιτροπής και συνεπώς δεν υπέπεσε σε παράβαση των άρθρων 2 του ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ κατά το μεταγενέστερο χρονικό διάστημα ως προς το ίδιο φάρμακο. Β. Παρέλειψε να κρίνει περί της παραβίασης ή μη των ως άνω διατάξεων και ως προς τα φάρμακα IMIGRAN ΚΑΙ SEREVENT. Περαιτέρω, η ασκηθείσα παρέμβαση κατά το μέρος που η κρινόμενη προσφυγή γίνεται, κατά τα προαναφερθέντα, δεκτή, πρέπει να απορριφθεί, να γίνει δε δεκτή κατά τα λοιπά. Ακολούθως, η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στην Επιτροπή Ανταγωνισμού προκειμένου να αποφανθεί για: α) τη διάρκεια και την έκταση της μη συμμόρφωσης της πρώτης παρεμβαίνουσας προς το διατακτικό της 193/III/2001 απόφασης της Επιτροπής με βάση τα προαναφερθέντα στοιχεία, β) την παραβίαση ή μη των άρθρων 2 του ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ από την ανωτέρω εταιρεία και ως προς τα φάρμακα IMIGRAN και SEREVENT, από το Νοέμβριο 2000 και εντεύθεν, αφού ληφθούν υπόψη,

μεταξύ άλλων, και τα μερίδια που έχουν αυτά στη σχετική αγορά, ως ποσοστό όλων των φαρμάκων της ίδιας θεραπευτικής αξίας, που καταναλώνονται στην αγορά αυτή και γ) την επιβλητέα σε βάρος αυτής κατά νόμο κύρωση, μετά συνεκτίμηση όλων των στοιχειοθετούμενων παραβάσεων των ανωτέρω διατάξεων.

17.Επειδή, τέλος, πρέπει να διαταχθεί η απόδοση του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα εταιρεία και η κατάπτωση του παραβόλου της παρέμβασης, να απαλλαγεί δε, κατ'εκτίμηση των περιστάσεων, η προσφεύγουσα από τα δικαστικά έξοδα του Ελληνικού Δημοσίου και να συμψηφιστούν αυτά μεταξύ της προσφεύγουσας και των λοιπών διαδίκων, λόγω της εν μέρει νίκης και εν μέρει ήττας αυτών.

Δ Ι Α Τ Α Υ Τ Α

Απορρίπτει την προσφυγή καθ' ο μέρος στρέφεται κατά του Ελληνικού Δημοσίου.

-Δέχεται εν μέρει την προσφυγή κατά το μέρος που στρέφεται κατά της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

-Ακυρώνει την 318/V/2006 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά το μέρος που με αυτήν: Α. Έκρινε ότι η εταιρεία «GLAXOSMITHKLINE A.E.B.E.»: 1) Δεν παραβίασε το άρθρο 82 ΣυνΘΕΚ από το Νοέμβριο 2000 έως το Φεβρουάριο 2001, καταχρώμενη της δεσπόζουσας θέσης της ως προς το φάρμακο LAMICTAL. 2) Συμμορφώθηκε με την 193/III/2001 απόφαση της Επιτροπής. Β. Παρέλειψε να κρίνει για την παραβίαση ή μη των άρθρων 2 του ν.703/1977 και 82 ΣυνΘΕΚ και ως προς τα φάρμακα IMIGRAN ΚΑΙ SEREVENT.

-Απορρίπτει την παρέμβαση κατά το αντίστοιχο μέρος και δέχεται αυτήν κατά τα λοιπά.

-Αναπέμπει την υπόθεση στην Επιτροπή Ανταγωνισμού προκειμένου να αποφανθεί για: α) τη διάρκεια και την έκταση της μη συμμόρφωσης της πρώτης παρεμβαίνουσας προς το διατακτικό της

193/III/2001 απόφασης της Επιτροπής με βάση τα αναφερόμενα στο σκεπτικό στοιχεία, β) την παραβίαση ή μη των άρθρων 2 του ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ από την ανωτέρω εταιρεία και ως προς τα φάρμακα IMIGRAN και SEREVENT από το Νοέμβριο 2000 και εντεύθεν, με βάση τα κριθέντα με την παρούσα απόφαση ως προς την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς και γ) την επιβλητέα σε βάρος αυτής κύρωση μετά συνεκτίμηση όλων των στοιχειοθετούμενων παραβάσεων των ανωτέρω διατάξεων.

-Διατάσσει την απόδοση του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα εταιρεία και την κατάπτωση του παραβόλου της παρέμβασης.

-Απαλλάσσει την προσφεύγουσα εταιρεία από τα δικαστικά έξοδα του Ελληνικού Δημοσίου. Και

-Συμψηφίζει αυτά μεταξύ της προσφεύγουσας και των λοιπών διαδίκων.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα, στις 11.11.2013 και 20.1.2014 και δημοσιεύτηκε στην ίδια πόλη, σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου στις 13.2.2014.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ

ΘΕΟΔΩΡΑ ΜΟΥΓΙΑ

ΚΛΗΜΕΝΤΙΑ ΠΡΑΓΚΑΣΤΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΘΑ ΠΑΠΑΝΔΡΕΑΔΗ

Β.Γ.