

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (разширен състав)

31 май 2005 година*

„Допустимост - Понятие за национална юрисдикция - Злоупотреба с господстващо положение - Отказ от снабдяването на търговците на едро с фармацевтични продукти - Паралелна търговия”

По дело С-53/03,

с предмет преюдициално запитване, отправено до Съда, на основание член 234 ЕО, отправено от страна на Eritropi Antagonismou (Гърция), с Решение от 22 януари 2003 г., постъпило в Съда на 5 февруари 2003, по производството между,

Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) и други,

Panellinos syllogos farmakopothikarion,

Interfarm – A. Agelakos & Sia OE и други,

K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton и други

срещу

GlaxoSmithKline plc,

GlaxoSmithKline AEVE, предишно Glaxowellcome AEVE,

СЪДЪТ (разширен състав),

в състав: г-н V. Skouris, председател, г-н P. Jann, г-н C. W. A. Timmermans, г-н A. Rosas и г-жа R. Silva de Lapuerta, председатели на състав, г-н C. Gulmann (докладчик), г-н R. Schintgen, г-жа N. Colneric и г-н S. von Bahr, съдии,

генерален адвокат: г-н. F. G. Jacobs,

съдебен секретар: г-жа L. Hewlett, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 18 май 2004 г.,

като има предвид становищата представени:

– за Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) и други, от адв. P. Karonis и адв. S. Orfanoudakis, dikigoroi,

* Език на производството: гръцки.

– за Panellinios syllogos farmakapothikarion и К. Р. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton и други, от адв. L. Roumanias и адв. G. Papaïoannou, dikigoroi, и W. Rehmann, Rechtsanwalt,

– за Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia, от адв. D. Chatzinikolis, dikigoros,

– за Interfarm A. Agelakos & Sia OE и други, от адв. G. Mastorakos, dikigoros,

– за GlaxoSmithKline plc и GlaxoSmithKline AEVE, от г-н D. Kyriakis, dikigoros, I. Forrester, QC, и адв. A. Schulz, Rechtsanwalt,

– за шведското правителство, от г-н A. Kruse, в качеството му на представител,

– за Комисията на Европейските общности, от г-н T. Christoforou и г-н F. Castillo de la Torre, в качеството им на представители

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 28 октомври 2004 г.,

постанови настоящото,

Решение

1. Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 82 ЕО.

2. Това запитване е било представено в рамките на спор пред Eritropi Antagonismou (Гръцка комисия по конкуренцията), между жалбоподателите, а именно сдруженията Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) и други (наричано по-долу „Syfait и други”) и Panellinios syllogos farmakapothikarion (наричано по-долу „PSF”), а също така и дружествата – А. Agelakos & Sia OE и други (наричано по-долу „Interfarm и други”) и К. Р. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton и други (по-надолу „Marinopoulos и други”), и дружеството, регистрирано съгласно британското законодателство GlaxoSmithKline plc (наричано по-надолу „GSK plc”) и неговия гръцки филиал, регистриран съгласно гръцкото законодателство GlaxoSmithKline AEVE, предишно Glaxowellcome AEVE (наричано по-долу „GSK AEVE”), по повод отказ на последните две дружества да изпълнят поръчки за някои фармацевтични продукти, предназначени за гръцкия пазар.

Правна уредба

Правна уредба на Общността

3. Член 82 ЕО гласи:

„Несъвместимо е с общия пазар е и е забранено, дотолкова доколкото търговията между държавите-членки би могла да бъде накърнена, това едно или няколко

предприятия да използват по недопустим начин една господстваща позиция на общия пазар или на част от него.

Тези практики, представляващи злоупотреба могат да се състоят в:

- а) налагане по пряк или непряк начин на покупни или продажни цени или други неравностойни условия за транзакции;
- б) ограничаване на производство на пазари, на техническо развитие в ущърб на потребителите;
- в) прилагане спрямо търговските партньори на неравностойни условия за еднакви престации като им се налага благодарение на този факт един ущърб в рамките на конкуренцията;
- г) да се подчинява сключването на договори с партньорите на допълнителни престации, които по своето естество или според търговските практики нямат връзка с предмета на тези договори.”

Национална правна уредба

4. Член 2 от Закон № 703/1977 относно контрола на монополите и олигополите, а също така и за защита на свободната конкуренция (ФЕК А' 278), така както е променен от Закон № 2941/2001 (ФЕК А' 201, по-надолу „Закон № 703/1977”), отговаря по своята същност на разпоредбите на член 82 ЕО.

Спора по главното производство и преюдициалните въпроси

5 Syfait и други са асоциации на фармацевти, установили се на гръцка територия. Основната им дейност се състои в управление и поддържане на един склад за фармацевтични продукти купувани от различни фармацевтични дружества с цел да снабдява своите членове.

6. PSF е сдружение, което обединява търговците на едро на фармацевтични продукти установили се на гръцка територия и защитава интересите на членовете си.

7. Дружествата Interfarm и други са търговци на едро на фармацевтични продукти, установени на гръцка територия. Marinopoulos и други са дружества за дистрибуция на фармацевтични продукти, работещи в Гърция.

8. GSK AEVE има седалище в Гърция и се контролира изцяло от GSK plc, дружество за производство на фармацевтични продукти със седалище в Обединеното кралство, което е произлязло от сливането през 2000 г. на дружествата Glaxowellcome plc и Smith Kline Beecham.

9. GSK AEVE внася и разпространява много фармацевтични продукти, сред които медикаментите Imigran, Lamictal и Serevent. Последните са оригинални

медикаменти произлезли от изследвания и технология и се отнасят към категорията продукти отпускани по лекарско предписание.

10. Дружествата Syfait и други и de PSF, а също така и дружествата Interfarm и други и Marinopoulos и други, купуват от GSK A EVE включително и споменатите лекарства, под всичките им форми, за да ги разпространяват в следствие на националния пазар, а също така и в чужбина.

11. До ноември 2000 г., GSK A EVE е удовлетворявало всички поръчки, които са му били адресирани. Голяма част от пратките са отговаряли на поръчки, които следва да се реекспортират в други държави-членки, включително и в Обединеното кралство, поради това, че цените на лекарствата Imigran, Lamictal и Serevent в Гърция са значително по-ниски.

12. От началото на м. ноември 2000 г., GSK A EVE се позовава на сериозна липса на лекарства на гръцкия пазар, които се дължат според тях на реекспортирането на трети лица и се възползва от случая да промени своята система за дистрибуция в Гърция и да престане да изпълнява поръчките на жалбоподателите по главното производство, а също така и на трети лица. Тя декларира, че ще снабдява директно болници и аптеки.

13. През м. февруари 2001 г., след като е преценила, че снабдяването с лекарства в известна степен се е нормализирало и че складовите наличности в болниците и аптеките са се запълнили, GSK A EVE е променило метода си на продажба с друга система за дистрибуция.

14. Жалбоподателите по главното производство са сезирали Eritropi Antagonismou с въпроса за пускане в търговската мрежа от страна на GSK A EVE на медикаментите Imigran, Lamictal и Serevent на гръцкия пазар в рамките на системи за дистрибуция, които са се следвали едно след друго след ноември 2000 г. Те са упрекнали последното дружество в това, че не е задоволило напълно техните поръчки. Едно подобно поведение според тях представлява злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 2 от Закон № 703/1977 и член 82 ЕО.

15. На 3 август 2001 г., Eritropi Antagonismou с Решение № 193/111 относно временни мерки, задължава GSK A EVE, до приемане на решение по главното производство да задоволи поръчките относно въпросните три лекарства. GSK A EVE е поискало от Dioikitiko Efeteio Athinon (атински административен апелативен съд) да отмени това решение, но последното е било потвърдено на 10 януари 2002 г. и е било в сила към датата на решението за препращане.

16. Eritropi Antagonismou отбелязва, че GSK A EVE се е съобразил с временните мерки предписани от Решение № 193/111, дотолкова доколкото самото то е било снабдено от GSK plc. Това снабдяване е надвишавало нуждите на националния пазар. Доказателствата дадени на Eritropi Antagonismou от GSK A EVE показват въпреки това, че поръчките значително са надвишавали това ниво най-вече през м. септември 2001 г., така че не са били задоволени всичките.

17. В решението си за препращане, Eritropi Antagonismou уточнява, че GSK A EVE и GSK plc ,като действа съобразно циркуляр приет на 27 ноември 2001 г. от

Ethnikos Organismos Farmakon (Национална служба за фармацевтичните продукти), според която всички участници в дистрибуцията на лекарствени средства, които се продават с рецепта „трябва да снабдяват националния пазар с количества поне равни на предписаните (...) плюс един определен процент (25 %) с цел да се покрият по-големи нужди в резултат на промяна на обстоятелствата ”.

18. От друга страна, GSK AEVE, на 5 декември 2001 г., е представил на Епитропи Antagonismou молба за издаване на писмо за ненамеса на основание член 11 от Закон № 703/1977 относно неговия отказ да покрива повече от 125 % от гръцките нужди.

19. Сезиран едновременно с молбата за издаване на писмо за ненамеса от GSK AEVE и с жалбите от страна на Syfait и други, de PSF, d'Interfarm и други и de Marinopoulos и други срещу GSK AEVE и GSK plc, Епитропи Antagonismou пита в каква степен отказът на последните две дружества да задоволява изцяло заявките на жалбоподателите представлява злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член 82 ЕО. При липса на такава злоупотреба тя иска да определи в каква степен условията за получаване на негативно удостоверение от страна на GSK AEVE са изпълнени.

20. При тези обстоятелства, Епитропи Antagonismou реши да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Когато е издадено благодарение на волята да се намали дейността на търговците на едро на фармацевтични продукти и да се ограничи вредното влияние, което се създава благодарение на паралелната търговия отказът на едно предприятие заемащо господстващо положение да задоволи изцяло заявките, които са подадени от въпросните търговци на едро представлява ли *ipso facto* неправомерно поведение и злоупотреба по смисъла на член 82 ЕО? Отговорът на този въпрос влияе ли се от факта, че разликата в цените в рамките на Европейския съюз се дължи на държавна намеса или с други думи подчинението на търговията на фармацевтични продукти на режим, който не е от областта на стриктната конкуренция и който напротив се характеризира с висока степен на държавна намеса, правят паралелната търговия изключително печеливша за търговците на едро? Накрая, един национален орган в областта на конкуренцията може ли да прилага разпоредбите на Общността за конкуренцията по същия начин спрямо пазари в режим на конкуренция и спрямо пазари, където конкуренцията е накърнена от държавна намеса?

2) Дотолкова доколкото Съдът би счел, че ограничаването на паралелната търговия по изказаните по-горе причини не представлява практика на злоупотреба, когато се упражнява от страна на господстващо предприятие как точно евентуалния характер на злоупотреба би могъл да бъде преценен?

По-специално:

а) Възможно ли е да се считат като подобаващи критерии процентът на надвишаване на нормалната национална консумация и/или този на загубите, които предприятието в господстваща позиция е понесло по отношение на оборота и печалбата си? В случай на положителен отговор, по какъв начин трябва да

фиксираме процента на надвишаване и този на ощетяване – като последния трябва да се вземе като процент от общия оборот и общата печалба – над които въпросното поведение би могло да се квалифицира като злоупотреба с положение?

б) Трябва ли да се направи сравнение между надценките и при положителен отговор кои надценки трябва да влязат в тази преценка?

По-точно:

i) Отговорът дали се влияе от факта, че болният краен потребител получава малко финансово предимство от паралелната търговия?

ii) Трябва ли да се взимат под внимание надценките на организациите за социална осигуровка спрямо по-евтините лекарства и ако да в каква степен?

в) Какви други критерии и какви други подходи могат да се считат за подобаващи в случая?”

Относно компетентността на Съда

21. Първоначално следва да проверим дали *Epitropi Antagonismou* е юрисдикция по смисъла на член 234 ЕО и следователно дали Съдът е компетентен да се произнесе по зададените му въпроси.

Национална правна уредба относно *Epitropi Antagonismou*

22. Член 8, параграф 1 от Закон № 703/1977 гласи:

„Създава се една *Epitropi Antagonismou*, която функционира като независима институция. Членовете ѝ се ползват с лична и функционална независимост и при упражняване на правомощията си се подчиняват само на закона и на съвестта си. *Epitropi Antagonismou* разполага с административна, икономическа автономия. Тя се намира под шапката на Министерството на (...) (Развитието).”

23. *Epitropi Antagonismou* се състои от девет члена назначени съгласно предвиденото в член 8, параграф 3 от Закон № 703/1977. Четири члена, а също и техните заместници се избират от министъра по списъци от трима кандидати представени респективно от четири професионални организации. Другите членове включват, един член на държавния юридически съвет или какъвто и да е друг съдия, двама университетски преподаватели между които един юрист и един икономист, а също така и двама - личности признати и разполагащи с опит в икономическото право и в областта на политиката на конкуренцията. На основание на член 8, параграф 5 от Закон № 703/1977, членовете на *Epitropi Antagonismou*, а също така и техните заместници се назначават от министъра на развитието за мандат от три години.

24. Съгласно член 8, параграф 6 от същия закон:

„Председателят на *Epitropi Antagonismou* и неговия заместник се определят от министъра на (Развитието), сред членовете на (*Epitropi Antagonismou*). (...)”

Президентът на Epitropi Antagonismou е държавен служител; той упражнява тази си функция през целия период на своя мандат (...)"

25. Според член 8, параграф 7 от Закон № 703/1977:

„По време на техния мандат, президентът и членовете не упражняват с или без заплащане никаква друга обществена или частна професионална дейност било в предприятие, било някъде другаде, които са несъвместими с качеството и задълженията на член на Epitropi Antagonismou”.

26. Що се отнася до отношенията между Epitropi Antagonismou и неговия секретариат, член 8 с, параграф 1, буква б) от упоменатия закон гласи:

„Президентът координира и ръководи секретариата на (Epitropi Antagonismou)”.

27. Член 8 с, параграф 1, буква г) от същия закон гласи:

„Президентът е йерархичен ръководител на персонала на секретариата на Epitropi Antagonismou и упражнява дисциплинарна власт над него „.

28. Съгласно параграф 3 от същия член 8 в, президентът на Epitropi Antagonismou може да разреши на генералния директор или на директорите на секретариата на Epitropi Antagonismou да упражняват част от правомощията му. Генералният директор на секретариата се назначава за мандат от три години, който може да бъде подновяван с решение на министъра на развитието по предложение на Epitropi Antagonismou, така както е предвидено в член 8 г, параграф 1, второ изречение от Закон № 703/1977.

Преценка на Съда

29. Според трайната съдебна практика, за да се прецени дали един препращащ орган има характера на юрисдикция по смисъла на член 234 ЕО, въпрос който се отнася изключително до правото на Общността, Съдът взема под внимание съвкупност от елементи, каквито са законния произход на органа, дали заседава постоянно, задължителния характер на отсъжданията му, състезателния характер на процедурата, прилагането от страна на този орган на правни норми, а също така и независимостта му (вж., по-специално Решения от 17 септември 1997 г., по дело Dorsch Consult, C-54/96, Recueil, стр. I-4961, точка 23; от 21 март 2000 г., Gabalfrisa и други, C-110/98 до C-147/98, Recueil, стр. I-1577, точка 33; от 30 ноември 2000 г., Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, Recueil, стр. I-10497, точка 24, и от 30 май 2002 г., Schmid, C-516/99, Recueil, стр. I-4573, точка 34). От друга страна, националните юрисдикции са овластени да сезират Съда единствено ако спорът е висящ пред тях и ако следва да решават в рамките на процедура предназначена да завърши с решение от съдебен характер (вж. по-специално Решения от 12 ноември 1998 г., Victoria Film, C-134/97, Recueil, стр. I-7023, точка 14, и Österreichischer Gewerkschaftsbund, цитирано по-горе, точка 25).

30. В това отношение следва да припомним, че Epitropi Antagonismou е подчинен на Министерството на развитието. Но изглежда, че подобно подчинение означава, че министърът е овластен в определени граници да контролира законността на решенията на Epitropi Antagonismou.

31. По-нататък ако е вярно, че членовете на Епитропи Антагонизму разполагат съгласно Закон № 703/1977, с лична и функционална независимост и са подчинени при упражняване на правомощията си само на съда и на съвестта си не по-малко вярно е, че отмяната или анулирането на техните назначения е предмет на специални гаранции. Въпреки това подобна система изглежда, че не е от естество да възпрепятства ефективно намеси и натиск от страна на изпълнителната власт спрямо Епитропи Антагонизму (виж, в този смисъл, решение от 4 февруари 1999 г., Köllensperger и Atzwanger, C-103/97, Recueil, стр. I-551, точка 21).

32. Трябва от друга страна да бъде припомнено, че член 8 в, параграф 1, букви б) и г) от същия закон, президентът на упоменатия орган е натоварен с координацията и общата ориентация на секретариата; от друга страна той е йерархичен ръководител на персонала на същия този секретариат и упражнява дисциплинарна власт върху него.

33. В това отношение трябва да отбележим, че Tribunales Económico-Administrativos (Испания) са били сметени от Съда, в точки 39 и 40 в Решение Gabalfrisa и други, цитирано по-горе, като трето лице по отношение на данъчната администрация натоварена с управлението и събирането на ДДС, включително по причина на функционалното разделяне съществуващо едните и другите. Но Епитропи Антагонизму, орган, който следва да взема решения, дотолкова доколкото съществува функционална връзка между него и неговия секретариат, разследващ орган по предложение, на който той решава не се разграничава до край като трето лице по отношение на държавния орган, който според своята роля може да бъде страна в рамките на процедура в областта на конкуренцията.

34. Накрая, трябва да се отбележи, че орган в областта на конкуренцията какъвто е Епитропи Антагонизму следва да работи в тясна връзка с Комисията на Европейските общности и може на основание на член 11, параграф 6 от Регламент (ЕО) № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 г. относно установяването на правила за конкуренция предвидени в членове 81 и 82 от Договора (ОВ 2003 г., L 1, стр.1), да бъде разпуснат с решение на Комисията. В този контекст трябва да отбележим, че този член 11, параграф 6, поддържа правилото фигуриращо в член 9, параграф 3 от Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 г., първи регламент за приложение на членовете 81 и 82 на договора (ОВ 1962 г., 13, стр.204), според които органите по конкуренцията на държавите-членки автоматично се разпускат, когато Комисията започне процедура (вж. в тази връзка седемнадесето съображение на Регламент № 1/2003).

35. Но, Съдът може единствено да бъде сезиран от орган, който трябва да заседава по висящ пред него спор в рамките на процедура, предназначена да завърши с решение имащо съдебен характер (вж., Решения, цитирани по-горе Victoria Film, точка 14, и Österreichischer Gewerkschaftsbund, точка 25).

36. Всеки път, когато Комисията разпуска един национален орган по конкуренция какъвто е Епитропи Антагонизму, процедурата висяща пред споменатия орган няма да приключи с решение имащо съдебен характер.

37. От всичко разгледано дотук и оценено в неговата цялост е става ясно, че Епитропи Антагонизму няма характер на юрисдикция по смисъла на член 234 ЕО.

38. От тук следва, че Съдът не е компетентен да отговори на въпросите на Επίτροπὶ Ἀνταγωνισμοῦ.

По съдебните разноски

39. С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело има характер на инцидентен установителен иск в производството, висящо пред националния съд, последният следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите направени за представяне на становищата пред Съда, различни от тези на посочените страни не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения, Съдът (разширен състав) реши:

Съдът на Европейските общности не е компетентен да отговори на въпросите зададени от Επίτροπὶ Ἀνταγωνισμοῦ, с негово Решение от 22 януари 2003 г.

Подписи