

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
της 1ης Απριλίου 2008¹

Πίνακας περιεχομένων

I	—	Εισαγωγή	I - 7145
II	—	Το νομοθετικό πλαίσιο	I - 7146
	A	— Το κοινοτικό δίκαιο	I - 7146
	B	— Η εθνική νομοθεσία	I - 7148
III	—	Τα πραγματικά περιστατικά στις διαφορές των κύριων δικών και τα προδικαστικά ερωτήματα	I - 7148
IV	—	Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου	I - 7151
V	—	Εξέταση των προδικαστικών ερωτημάτων	I - 7152
	A	— Προκαταρκτικά ζητήματα	I - 7152
		1. Ενστάσεις ως προς τη διατύπωση των ερωτημάτων	I - 7152
		α) Η δεσπόζουσα θέση	I - 7152
		β) «Πλήρης» ικανοποίηση των παραγγελιών	I - 7153
		2. Σκεπτικό	I - 7153
	B	— <i>Per se</i> καταχρήσεις δεσπόζουσας θέσεως κατ' άρθρο 82 ΕΚ (πρώτο προδικαστικό ερώτημα)	I - 7154
		1. Η άρνηση εφοδιασμού ως καταχρηστική πράξη	I - 7154
		α) Κοινοτική νομολογία	I - 7154
		β) Η πρόθεση ως επιβαρυντικό στοιχείο	I - 7156

¹ — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

2.	Η αναγνώριση των καταχρήσεων per se στο πλαίσιο του άρθρου 82 ΕΚ: ένα μεθοδολογικό πρόβλημα	I - 7158
α)	Νομολογία του Δικαστηρίου	I - 7158
β)	Μη υπαγωγή των καταχρήσεων per se στο άρθρο 82 ΕΚ	I - 7159
i)	Κριτήρια νομικής φύσεως	I - 7159
ii)	Κριτήρια οικονομικής φύσεως	I - 7161
3.	Προτεινόμενη απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα	I - 7162
Γ —	Στοιχεία που δικαιολογούν την κοινή καταχρηστική συμπεριφορά (δεύτερο προδικαστικό ερώτημα)	I - 7162
1.	Οι συνθήκες μιας ατελούς αγοράς	I - 7163
α)	Βασικά χαρακτηριστικά της αγοράς	I - 7163
β)	Εξέταση των ως άνω δικαιολογητικών λόγων	I - 7164
i)	Ο καθορισμός τιμών από τα κράτη μέλη	I - 7165
ii)	Η υποχρέωση εφοδιασμού	I - 7166
2.	Η προστασία των νόμιμων εμπορικών συμφερόντων	I - 7167
α)	Νομολογιακή εξέταση	I - 7167
β)	Προβαλλόμενοι λόγοι	I - 7168
3.	Το θετικό οικονομικό αποτέλεσμα	I - 7171
4.	Προτεινόμενη απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα	I - 7172
VI —	Πρόταση	I - 7173

I — Εισαγωγή

περίπου χρόνια² επανέρχονται σαν μπου-μερανγκ ενώπιον του Δικαστηρίου. Ένα ελληνικό δικαστήριο, το Τριμελές Εφετείο

1. Τα προδικαστικά ερωτήματα που απορρίφθηκαν ως απαράδεκτα πριν από δύο

2 — Απόφαση της 31ης Μαΐου 2005, C-53/03, ΣΥΦΑΙΤ κ.λπ. (Συλλογή 2005, σ. I-4609).

Αθηνών, ζητεί απάντηση σε ουσιώδη ερωτήματα που αφορούν το κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού και συνδέονται με την κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, η οποία απαγορεύεται από το άρθρο 82 ΕΚ, και με τις παράλληλες εξαγωγές φαρμάκων από την Ελληνική Δημοκρατία προς άλλα κράτη μέλη, όπου οι επιστρεφόμενες δαπάνες για την αγορά συνταγογραφούμενων φαρμάκων είναι σημαντικά υψηλότερες σε σχέση με την Ελλάδα.

οποία ενέπνευσε, καθώς φαίνεται, τη λογοκλοπή του Avellaneda⁴.

II — Το νομοθετικό πλαίσιο

2. Ο λόγος για τον οποίον απορρίφθηκε η προηγούμενη αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δεν εμπόδισε τον γενικό εισαγγελέα στον οποίον είχε ανατεθεί η υπόθεση εκείνη να αναπτύξει προτάσεις³, στις οποίες οι διάδικοι αναφέρθηκαν εκτενώς κατά τη διαδικασία ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, σε βαθμό που να τις ανάγουν σχεδόν σε επίκεντρο της αντιδικίας.

A — Το κοινοτικό δίκαιο

3. Η κατάσταση αυτή με φέρνει σε δύσκολη θέση, καθώς αισθάνομαι ως άλλος Avellaneda, ο οποίος γράφει το δεύτερο μέρος ενός μυθιστορήματος που δεν είναι δικό του, πράγμα για το οποίο θα μπορούσε κάποιος να με επικρίνει, όπως συνέβη με τον διάσημο συγγραφέα βεβαίως, η δική μου περίπτωση δεν μπορεί να συγκριθεί με τη δική του: εγώ είμαι υποχρεωμένος να αναπτύξω τις προτάσεις αυτές και εκπληρώνω τα επαγγελματικά μου καθήκοντα καλόπιστα και χωρίς ίχνος εμπάθειας, η

4. Η Συνθήκη ΕΚ περιέχει δύο διατάξεις σχετικές με τον ανταγωνισμό, θεμελιώδεις για τη λειτουργία της κοινής αγοράς. Το άρθρο 81 ΕΚ απαγορεύει τις εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ ανταγωνιστικών επιχειρήσεων, ενώ το πρώτο εδάφιο του άρθρου 82 ΕΚ απαγορεύει την καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσεώς τους στην αγορά αυτή ή σε σημαντικό τμήμα της. Στο δεύτερο εδάφιο του άρθρου αυτού απαριθμούνται ενδεικτικώς μία σειρά από χαρακτηριστικά παραδείγματα αυτής της αυθαίρετης συμπεριφοράς.

3 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs της 28ης Οκτωβρίου 2004 στην προπαρατεθείσα υπόθεση ΣΥΦΑΙΤ κ.λπ., με τις οποίες προτείνει να κριθούν παραδεκτά τα προδικαστικά ερωτήματα.

4 — Υπό το ψευδώνυμο Alonso Fernández de Avellaneda, μάλλον κάποιος άσημος κληρικός ονόματι Alonso Fernández Zapata δημοσίευσε το 1614 τον «Δεύτερο τόμο του χαρισματικού ιδαλγού Δον Κιχώτη ντε λα Μάντσα», προκαλώντας τη δικαιολογημένη οργή του Θερβάντες, ο οποίος, γράφοντας την αυθεντική συνέχεια της διηγήσεώς του, επέπληξε τη χονδροειδή απομίμηση. Η λογοτεχνική ποιότητα του πονήματος απέιχε πολύ από εκείνη που επιδίωξε να αντιγράψει ο λογοκλόπος, με αποτέλεσμα ο Fernando García Salinero, στο «Introducción crítica sobre la obra y su autor» για το έργο του Alonso Fernández de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha*, εκδ. Castalia, Μαδρίτη 2005, σ. 24, να το χαρακτηρίσει ως «βιβλίο χονδροειδών αστειών, χωρίς την εφευρετικότητα της picaresca [είδος της ισπανικής λογοτεχνίας], του οποίου η συγγραφή οφείλεται ενδεχομένως σε προσωπική εμπάθεια».

5. Στο πλαίσιο των πραγματικών περιστατικών της διαφοράς της κύριας δίκης έχουν επίσης εφαρμογή ορισμένες διατάξεις του παραγωγού κοινοτικού δικαίου· έτσι, η οδηγία 89/105/ΕΟΚ⁵ προβλέπει μέτρα για την εναρμόνιση των μεθόδων καθορισμού των τιμών των φαρμάκων. Το άρθρο της 2, παράγραφοι 1 και 2, διευκρινίζει τα εξής:

«Οι ακόλουθες διατάξεις εφαρμόζονται εάν η κυκλοφορία φαρμάκου επιτρέπεται μόνον εφόσον οι αρμόδιες αρχές του ενδιαφερόμενου κράτους μέλους έχουν εγκρίνει την τιμή του προϊόντος:

1) Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι η απόφαση σχετικά με την τιμή στην οποία μπορεί να χρεώνεται το εν λόγω φάρμακο λαμβάνεται και ανακοινώνεται στον αιτούντα μέσα σε ενενήντα ημέρες από την παραλαβή αίτησης που υποβάλλει ο κάτοχος της σχετικής άδειας κυκλοφορίας, σύμφωνα με τις απαιτήσεις που έχουν καθοριστεί στο οικείο κράτος μέλος. Ο αιτών παρέχει στις αρμόδιες αρχές κάθε πρόσφορη πληροφορία. [...] [Ο]ι αρμόδιες αρχές [...] λαμβάνουν την τελική τους απόφαση εντός ενενήντα ημερών [...]. Εφόσον δεν υπάρξει μια τέτοια απόφαση μέσα στην [...] ανωτέρω προθεσμία [...], ο αιτών δικαιούται να κυκλοφορήσει το προϊόν στην προτεινόμενη τιμή.

2) Εάν οι αρμόδιες αρχές αποφασίσουν να μην επιτρέψουν την κυκλοφορία του εν λόγω φαρμάκου στην τιμή που προτείνεται από τον αιτούντα, η απόφαση πρέπει να αιτιολογείται με βάση αντικειμενικά και επαληθεύσιμα κριτήρια. [...]

6. Μολονότι δεν επηρεάζει, από άποψη χρονικής ισχύος, τα επίδικα ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου πραγματικά περιστατικά, πρέπει να αναφερθεί, λόγω των ενδεχόμενων μελλοντικών συνεπειών της απόφασης που θα εκδώσει το Δικαστήριο, το δεύτερο εδάφιο του άρθρου 81 της οδηγίας 2001/83/ΕΚ⁶, η οποία κατάργησε την οδηγία 92/25/ΕΟΚ⁷, σύμφωνα με το οποίο:

«Ο κάτοχος της άδειας κυκλοφορίας φαρμάκου, καθώς και οι διανομείς του φαρμάκου αυτού που έχει όντως κυκλοφορήσει στην αγορά κράτους μέλους, εξασφαλίζουν, εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων τους, τον κατάλληλο και συνεχή εφοδιασμό της αγοράς με το φάρμακο αυτό των φαρμακείων και των προσώπων που έχουν άδεια να διαθέτουν φάρμακα, ώστε να καλύπτονται οι ανάγκες των ασθενών του εν λόγω κράτους μέλους.»

7. Το τρίτο εδάφιο του ως άνω άρθρου 81 επιμένει ότι τα μέτρα που λαμβάνονται για

5 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1988, σχετικά με τη διαφάνεια των μέτρων που ρυθμίζουν τον καθορισμό των τιμών των φαρμάκων για ανθρώπινη χρήση και τη κάλυψη του κόστους των στα πλαίσια των εθνικών ασφαλιστικών συστημάτων υγείας (ΕΕ 1989, L 40, σ. 8).

6 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Νοεμβρίου 2001, περί κοινοτικού κώδικος για τα φάρμακα που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση (ΕΕ L 311, σ. 67), όπως τροποποιήθηκε από την οδηγία 2004/27/ΕΟΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004 (ΕΕ L 136, σ. 34).

7 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 1992, σχετικά με τη χονδρική πώληση φαρμάκων που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση (ΕΕ L 113, σ. 1).

την εκτέλεση του άρθρου αυτού πρέπει να δικαιολογούνται από λόγους προστασίας της δημοσίας υγείας και να είναι ανάλογα προς τον σκοπό της προστασίας αυτής, «τηρουμένων των κανόνων της Συνθήκης και, ιδίως, των κανόνων που αφορούν την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και τον ανταγωνισμό».

B — Η εθνική νομοθεσία

8. Οι διατάξεις του άρθρου 2 του νόμου 703/1977, περί ελέγχου μονοπωλίων και oligοπωλίων και προστασίας του ελευθέρου ανταγωνισμού (στο εξής: ελληνικός νόμος περί προστασίας του ανταγωνισμού), συμπύπτουν κατ' ουσίαν με αυτές του άρθρου 82 ΕΚ.

9. Σύμφωνα με το άρθρο 29, δεύτερο εδάφιο, του νόμου 1316/1983, το οποίο τροποποίησε το άρθρο 8 του νομοθετικού διατάγματος 96/1973, κάθε κάτοχος άδειας κυκλοφορίας φαρμακευτικών προϊόντων έχει υποχρέωση να εφοδιάζει κανονικά την αγορά με τα προϊόντα που εισάγει ή παράγει.

10. Τέλος, η ελληνική νομοθεσία εξαρτά τη δραστηριότητα των χονδρεμπόρων των προϊόντων αυτών από τη χορήγηση ειδικής άδειας, ενώ συγχρόνως τους υποχρεώνει να καλύπτουν τις σχετικές ανάγκες μιας συγκεκριμένης γεωγραφικής περιοχής.

III — Τα πραγματικά περιστατικά στις διαφορές των κύριων δικών και τα προδικαστικά ερωτήματα

11. Η ερευνητική φαρμακευτική εταιρία GlaxoSmithKline plc, με έδρα το Ηνωμένο Βασίλειο, διανέμει και διατηρεί τα αποθέματα των σκευασμάτων της στην Ελλάδα μέσω της θυγατρικής της GSK AEBE (στο εξής, αμφότερες οι εταιρίες από κοινού: GSK), η οποία είναι εξουσιοδοτημένη από τη μητρική εταιρία να εμπορεύεται τα σκευάσματα αυτά στην Ελλάδα. Έτσι, διανέμει τα εμπορεύματα με την εμπορική ονομασία Imigran για την ημικρανία, Lamictal για την επιληψία και Serevent για το άσθμα, τα οποία χορηγούνται αποκλειστικά με ιατρική συνταγή και για τα οποία η GSK είναι κάτοχος διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας.

12. Από πολλών ετών, οι εκκαλούσες των κύριων δικών αγοράζουν, ως μεσάζοντες χονδρέμποροι, τα φάρμακα αυτά υπό όλες τους τις μορφές και εφοδιάζουν, στη συνέχεια, την ελληνική αγορά, καθώς και την αγορά άλλων χωρών, ιδίως της Γερμανίας και του Ηνωμένου Βασιλείου.

13. Από τα τέλη Οκτωβρίου του 2000, η GSK, επικαλούμενη έλλειψη των τριών ως άνω φαρμάκων, για την οποία δήλωσε ότι δεν έφερε ευθύνη, μετέβαλε το σύστημά της διανομής στην Ελλάδα. Από τις 6 Νοεμβρίου 2000 σταμάτησε να εκτελεί τις παραγγελίες των εκκαλουσών και άρχισε να προμηθεύει τα φάρμακα αυτά στα νοσοκομεία και στα φαρμακεία μέσω της εταιρίας Farmacenter ΑΕ.

14. Τον Φεβρουάριο του 2001, η GSK αποκατέστησε το σύνηθες σύστημα εφοδιασμού και, διακόπτοντας τη συνεργασία της με τη Farmacenter ΑΕ, άρχισε να εφοδιάζει και πάλι τους χονδρεμπόρους με Imigran, Lamictal και Serevent, σε περιορισμένες, όμως, ποσότητες. Η συμπεριφορά αυτή της GSK προκάλεσε τις αντιδράσεις των εκκαλουσών, οι οποίες προσέφυγαν τόσο στα διοικητικά όσο και στα πολιτικά δικαστήρια.

15. Η GSK κίνησε τη διοικητική διαδικασία, ζητώντας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού να χορηγήσει αρνητική πιστοποίηση σχετικά με τις αλλαγές στην πολιτική της διανομής φαρμάκων με τη σειρά τους, οι εκκαλούσες των κύριων δικών, ορισμένες ελληνικές ενώσεις φαρμακοποιών και άλλες φαρμακαποθήκες κίνησαν, με βάση τα ίδια πραγματικά περιστατικά, διαδικασία, προκειμένου να αναγνωριστεί ότι η συμπεριφορά της GSK συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, κατά την έννοια του άρθρου 2 του ελληνικού νόμου περί προστασίας του ανταγωνισμού και του άρθρου 82 ΕΚ.

16. Με την απόφασή της ασφαλιστικών μέτρων, η Επιτροπή Ανταγωνισμού υποχρέωσε την GSK να εκτελεί τις παραγγελίες των τριών φαρμάκων μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασεως. Παρά ταύτα, η ρυθμιστική αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού στην ελληνική αγορά, διατηρώντας αμφιβολίες όσον αφορά την ερμηνεία του εθνικού δικαίου υπό το φως το κοινοτικού δικαίου, ανέστειλε τη διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο ορισμένα προδικαστικά ερωτήματα σχετικά με την ερμηνεία του άρθρου 82 ΕΚ, τα οποία πρωτοκολλήθηκαν από τη Γραμματεία του Δικαστηρίου με αριθμό C-53/03.

17. Το Δικαστήριο δεν εισήλθε με την απόφασή του στην ουσία της διαφοράς, κρίνοντας ότι ήταν αναρμόδιο να απαντήσει σε όργανο που στερείται δικαιοδοτικού χαρακτήρα κατά το άρθρο 234 ΕΚ⁸. ωστόσο, η Επιτροπή Ανταγωνισμού εξέδωσε απόφαση επί των καταγγελιών των εκκαλουσών την 1η Σεπτεμβρίου 2006, κρίνοντας ότι η GSK κατείχε δεσπόζουσα θέση μόνον όσον αφορά το Lamictal, δεδομένου ότι οι επιληπτικοί ασθενείς δυσκολεύονταν να προσαρμοστούν σε άλλα παρόμοια φάρμακα, ότι ο όμιλος επιχειρήσεων GSK είχε παραβεί μόνον το άρθρο 2 του ελληνικού νόμου περί προστασίας του ανταγωνισμού και μόνον κατά την περίοδο μεταξύ Νοεμβρίου 2000 και Φεβρουαρίου 2001 και όχι μεταγενέστερα, καθώς και ότι δεν συνέτρεχε παράβαση του άρθρου 82 ΕΚ.

18. Οι εκκαλούσες προσέβαλαν την απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, του οποίου η απόφαση εκκρεμεί.

19. Η ένδικη διαδικασία ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων κινήθηκε με την άσκηση από τις νυν εκκαλούσες αγωγών ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, οι

8 — Απόκλινε, έτσι, από την απόφαση της 21ης Μαρτίου 2000, C-110/98 έως C-147/98, Gabalfria κ.λπ. (Συλλογή 2000, σ. I-1577), την οποία ανέκαθεν χαρακτήριζα εσφαλμένη, προσεγγίζοντας μάλλον την άποψη που υποστηρίζω με τις προτάσεις μου στην υπόθεση De Coster, επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 29ης Σεπτεμβρίου 2001, C-17/00, De Coster (Συλλογή 2001, σ. I-9445): βλ., σχετικά με το στάδιο στο οποίο βρίσκεται η συζήτηση αυτή, τις προτάσεις μου της 22ας Νοεμβρίου 2007 στην υπόθεση C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt (εκκρεμής ενώπιον του Δικαστηρίου).

οποίες συζητήθηκαν στις 30 Απριλίου 2001⁹, 30 Οκτωβρίου 2001¹⁰, 5 Μαρτίου 2002¹¹ και 11 Νοεμβρίου 2002¹².

20. Οι εκκαλούσες υποστήριξαν ότι η διακοπή εφοδιασμού από την GSK και η διάθεση των φαρμάκων στο εμπόριο μέσω της Farmacenter συνιστούσαν πράξεις αθέμιτου ανταγωνισμού και κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσεως που κατέχει η εταιρία GSK στην αγορά των τριών προαναφερθέντων σκευασμάτων. Με τα αιτήματά τους ζήτησαν τη συνέχιση του εφοδιασμού στις μέσες μηνιαίες ποσότητες που τους είχε εφοδιάσει η GSK κατά την περίοδο μεταξύ 1ης Ιανουαρίου και 31ης Οκτωβρίου 2000, προσαυξημένες κατά 20 %, καθώς και την αποκατάσταση των ζημιών που υπέστησαν και τα διαφυγόντα κέρδη.

21. Με εξαίρεση το αίτημα που αφορά τα διαφυγόντα κέρδη, το οποίο απέρριψε ως απαράδεκτο, το Πολυμελές Πρωτοδικείο Αθηνών αποφάνθηκε, μεταξύ Ιανουαρίου 2003 και Οκτωβρίου 2003, επί των αγωγών, απορρίπτοντας τες ως αβάσιμες, με το σκεπτικό ότι η άρνηση πωλήσεως εκ μέρους της GSK ήταν δικαιολογημένη και, επομένως, δεν συνιστούσε καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσεώς της.

22. Οι εκκαλούσες στις δίκες ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων άσκησαν έφεση κατά των αποφάσεων αυτών ενώπιον του Τριμελούς Εφετείου Αθηνών, το οποίο, αφού ανέμεινε μάταια τη γνώμη του Δικαστηρίου

ως προς τα ερωτήματα που είχε υποβάλει η Επιτροπή Ανταγωνισμού στην προαναφερθείσα υπόθεση C-53/03, αποφάσισε να αναστείλει την εκδίκαση της εφέσεως και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ίδια προδικαστικά ερωτήματα, δηλαδή¹³:

«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 ζημιά 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 ιδιαίτερος επικερδής για τους χονδρέμπορους 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;

9 — Υποθέσεις C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 και C-478/06.

10 — Υπόθεση C-473/06.

11 — Υπόθεση C-477/06.

12 — Υποθέσεις C-469/06 και C-471/06.

13 — Παρατίθενται τα ερωτήματα των υποθέσεων C-474/06 έως C-478/06, καθόσον τα ερωτήματα των προγενέστερων υποθέσεων (C-468/06 έως C-473/06) έκαναν εκ παραδρομής λόγο για «εθνική αρχή προστασίας του ανταγωνισμού» αντί για «εθνικό δικαστήριο», πιθανώς επειδή αντιγράφηκαν κατά λέξη τα ερωτήματα που εστάλησαν στο Δικαστήριο από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, όπως εκθέτουν οι προσφεύγοντες με τις παρατηρήσεις τους στις υποθέσεις C-469/06 έως C-476/06.

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, πώς θα αποτιμηθεί η τυχόν καταχρηστικότητα;

ii) Λαμβάνονται, και σε ποιο βαθμό, υπόψη τα συμφέροντα των κοινωνικοασφαλιστικών οργανισμών για φθηνότερα φάρμακα;

Ειδικότερα:

γ) Ποια άλλα κριτήρια και ποιες άλλες προσεγγίσεις θεωρούνται πρόσφορα/ες εν προκειμένω;»

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;

IV — Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

23. Όλες οι διατάξεις περί υποβολής των προδικαστικών ερωτημάτων καταχωρίστηκαν στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 21 Νοεμβρίου 2006. Σύμφωνα με το άρθρο 43 του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου, ο Πρόεδρος, με διάταξη της 29ης Ιανουαρίου 2007, διέταξε τη συνεδρίαση των υποθέσεων λόγω αντικειμενικής συνάφειας.

24. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν, εντός της προθεσμίας που τάσσει το άρθρο 23 του Οργανισμού του Δικαστηρίου, οι εταιρίες Σωτ. Λέλος και Σία ΕΕ (υπόθεση C-468/06), Φαρμακεμπορική Ανώνυμη Εταιρία Εμπορίας και Διανομής Φαρμακευτικών Προϊόντων κ.λπ. (υποθέσεις C-469/06 έως C-476/06) και Κόκκορης Δ. Τσάνας Κ. ΕΠΕ κ.λπ. (υποθέσεις C-477/06 και C-478/06), εκκαλούσες στις κύριες δίκες, καθώς και η GSK, η Πολωνική Κυβέρνηση και η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

25. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 29ης Ιανουαρίου 2008, παρέστησαν για να εκθέσουν τους ισχυρισμούς τους και να απαντήσουν στις ερωτήσεις του Δικαστηρίου οι εκπρόσωποι των εταιριών Φαρμακευτική Ανώνυμη Εταιρία Εμπορίας και Διανομής Φαρμακευτικών Προϊόντων κ.λπ., Κόκκορης Δ. Τσάνας Κ. ΕΠΕ, GSK, της Ιταλικής Δημοκρατίας, η οποία δεν είχε καταθέσει γραπτές παρατηρήσεις, της Πολωνικής Κυβερνήσεως και της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

V — Εξέταση των προδικαστικών ερωτημάτων

A — Προκαταρκτικά ζητήματα

1. Ενστάσεις ως προς τη διατύπωση των ερωτημάτων

α) Η δεσπόζουσα θέση

26. Αναφέρθηκε προηγουμένως στην απόφαση της ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού της 1ης Σεπτεμβρίου 2006, η οποία αναγνώρισε το εξαιρετικό πλεονέκτημα της GSK μόνον ως προς το φάρμακο Lamictal και όχι ως προς τα Imigran και

Serevent. Εντούτοις, η GSK, με το σημείο 5 των γραπτών παρατηρήσεών της, αμφισβητεί την κρίση αυτή, στηριζόμενη σε δύο κύρια επιχειρήματα: ότι της είναι αδύνατον να ενεργεί χωρίς να λαμβάνει υπόψη τους ανταγωνιστές της και ότι η οικεία αγορά δεν είναι αυτή των φαρμάκων για τις συγκεκριμένες ασθένειες, αλλά η πανευρωπαϊκή αγορά όλων των υποχρεωτικά συνταγογραφούμενων φαρμάκων.

27. Υπάρχει πάγια νομολογία για τον σαφή διαχωρισμό των καθηκόντων μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων και του Δικαστηρίου στις διαδικασίες του άρθρου 234 ΕΚ, σύμφωνα με την οποία η εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της υποθέσεως εναπόκειται στον εθνικό δικαστή¹⁴.

28. Δεδομένου ότι η διαπίστωση της θέσεως μιας εταιρίας σε μια συγκεκριμένη αγορά και ο προσδιορισμός της αγοράς αυτής άπτονται της εκτιμήσεως των πραγματικών περιστατικών, πρέπει να γίνει δεκτό ότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο και να αποκλειστεί οποιαδήποτε κρίση του Δικαστηρίου επί των ζητημάτων αυτών.

29. Επομένως, το Τριμελές Εφετείο Αθηνών πρέπει να εξετάσει αν πληρούται η εκ των ων ουκ άνευ προϋπόθεση για την εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ και, αν καταλήξει σε αρνητική απάντηση, να απορρίψει τις εφέσεις που ασκήθηκαν ενώπιόν του.

¹⁴ — Αποφάσεις της 15ης Νοεμβρίου 1979, 36/79, Denkavit Futtermittel (Συλλογή τόμος 1979/II, σ. 667, σκέψη 12), της 5ης Οκτωβρίου 1999, συνεκδικασθείσες αποφάσεις C-175/98 και C-177/98, Lirussi και Bizzaro (Συλλογή 1999, σ. I-6881, σκέψη 37), της 22ας Ιουνίου 2000, C-318/98, Fornasar κ.λπ. (Συλλογή 2000, σ. I-4785, σκέψη 31), και της 21ης Ιουνίου 2007, C-259/05, Omni Metal Service (δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 17).

30. Ωστόσο, δεδομένο ότι η διοικητική προσφυγή κατά της αποφάσεως της Επιτροπής Ανταγωνισμού εξακολουθεί να εκκρεμεί στην Ελλάδα, θα πρέπει να θεωρηθεί ως δεδομένο ότι η GSK κατέχει δεσπόζουσα θέση, προκειμένου να δοθεί μια απάντηση στις αμφιβολίες του αιτούντος δικαστηρίου.

β) «Πλήρης» ικανοποίηση των παραγγελιών

31. Με το έγγραφο των παρατηρήσεών της, η εκκαλούσα στη διαφορά της κύριας δίκης εταιρία Σωτ. Λέλος και Σία ΕΕ επικρίνει τη διατύπωση του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος για τη χρήση της εκφράσεως «να ικανοποιήσει πλήρως τις παραγγελίες», η οποία είναι, κατά την άποψή της, αποπροσανατολιστική, καθόσον μεταθέτει τη συζήτηση από το πλαίσιο στο οποίο δημιουργήθηκε σε ένα πιο θεωρητικό επίπεδο, σύμφωνα με το οποίο θα έπρεπε να εκτιμάται η βάση κάθε παραγγελίας προς την GSK, όσο μεγάλη και υπερβολική και αν είναι.

32. Οι λοιπές εκκαλούσες αναφέρονται επίσης, αν και με λιγότερη επιμονή, στην ανάγκη να επανέλθει η συζήτηση στο πλαίσιο εντός του οποίου ανέκυψε, όπως αυτό προσδιορίστηκε κατά τις δίκες ενώπιον των ελληνικών δικαστηρίων, δεδομένου ότι η GSK υπερβάλλει τα αιτήματα των Ελλήνων χονδρεμπόρων, δημιουργώντας με τις παρατηρήσεις της την εντύπωση ότι ζητούν την ικανοποίηση οποιασδήποτε παραγγελίας, όσο υπερβολική και αν είναι.

33. Συμφωνώ με τους εξαγωγείς του παράλληλου εμπορίου ότι η διαφορά πρέπει να επικεντρωθεί στις περιστάσεις που τη δημιούργησαν, δηλαδή στον εφοδιασμό των εν λόγω εταιριών από την GSK με τα επίδικα φάρμακα στις μέσες μηνιαίες ποσότητες του 2000, αυξημένες κατά 20 %, όπως προκύπτει από την απόφαση περί παραπομπής, καθόσον, αφενός, στις διαδικασίες που κινήθηκαν δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, τα πραγματικά περιστατικά παρέχονται από το αιτούν δικαστήριο και το Δικαστήριο δεν μπορεί να υπεισέλθει σε αυτά και, αφετέρου, η απομάκρυνση από το πλαίσιο των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών θα αφαιρούσε από την απάντηση τη χρησιμότητά της.

2. Σκεπτικό

34. Προς την καλύτερη κατανόηση της παρούσας διαδικασίας, είναι σκόπιμο να προσφύγουμε στη δυνατότητα που έχει, κατά τη νομολογία¹⁵, το Δικαστήριο να αναδι-ατυπώσει τα ερωτήματα του Τριμελούς Εφετείου Αθηνών, καθόσον με το πρώτο ερώτημα ερωτάται αν η παράλειψη εφοδιασμού εκ μέρους της GSK, η οποία έχει ως σκοπό τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, συνιστά καθεαυτήν (per se) κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, αφού στοχεύει αποκλειστικά στην εξάλειψη των ανταγωνιστών της από την αγορά της χονδρικής διανομής.

15 — Για παράδειγμα, στις αποφάσεις της 23ης Νοεμβρίου 1977, 38/77, Enka (Συλλογή τόμος 1977, σ. 713), της 1ης Απριλίου 1993, C-250/91, Hewlett-Packard-France (Συλλογή 1993, σ. I-1819), και της 10ης Μαΐου 2001, συνεδικασθείσες αποφάσεις C-223/99 και C-260/99, Agorà και Excelsior (Συλλογή 2001, σ. I-3605).

35. Τα ερωτήματα που διατυπώνονται στη συνέχεια, ωστόσο, αναφέρονται σε μια σειρά από περιστασιακά στοιχεία που αφορούν την ενδεχόμενη δικαιολόγηση της καταχρήσεως: θα ήταν, επομένως, πιο λογικό να υπαχθούν στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα περί των ορθών κριτηρίων για την εκτίμηση της υπερβολής στη συμπεριφορά της GSK. Εξάλλου, οι γραπτές παρατηρήσεις που κατατέθηκαν στην παρούσα διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως εμπνεύστηκαν σε μεγάλο βαθμό από τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs στη υπόθεση ΣΥΦΑΙΤ κ.λπ., στις οποίες γίνεται επίσης εκτενής αναφορά στους λόγους που δικαιολογούν την κατάχρηση.

36. Με αυτόν τον τρόπο προσεγγίσεως των ερωτημάτων καθίσταται επίσης δυνατή η τοποθέτηση επί ενός σχετικά επίκαιρου θεωρητικού προβλήματος, της υπάρξεως *per se* καταχρηστικών πρακτικών, καθώς και η σε βάθος εξέταση των λόγων που ενδεχομένως τις δικαιολογούν.

B — Per se καταχρήσεις δεσπόζουσας θέσεως κατ' άρθρο 82 ΕΚ (πρώτο προδικαστικό ερώτημα)

37. Στις κύριες δίκες, η GSK κατηγορείται ότι διέκοψε την πώληση Imigram, Lamictal και Serevent προς τους χονδρεμπόρους, επικαλούμενη υποτιθέμενη έλλειψη, καθώς και ότι, όταν αποκατέστησε τον εφοδιασμό των ανταγωνιστών αυτών, περιόρισε τον όγκο των ποσοτήτων στις ανάγκες της ελληνικής αγοράς, ώστε να αποτρέψει την επανεξαγωγή των ως άνω φαρμάκων σε άλλες ευρωπαϊκές χώρες, και ιδίως στη Γερμανία και στο Ηνωμένο Βασίλειο.

38. Προτού εξεταστεί αν η συμπεριφορά αυτή μπορεί να χαρακτηριστεί καταχρηστική «καθ'εαυτήν» (*per se*), πρέπει να μελετηθεί εν συντομία η αντιμετώπιση από την κοινοτική νομολογία της αρνήσεως εφοδιασμού, καθώς και ο βαθμός στον οποίον η πρόδηλη πρόθεση παρακωλύσεως του παράλληλου εμπορίου λειτουργεί ως επιβαρυντικό στοιχείο της συμπεριφοράς αυτής. Σε περίπτωση που διαπιστωθεί η ύπαρξη καταχρήσεως, η ανάλυση μπορεί να επικεντρωθεί στην κατηγοριοποίησή της ως καταχρήσεως *per se*.

1. Η άρνηση εφοδιασμού ως καταχρηστική πράξη

α) Κοινοτική νομολογία

39. Οι σπάνιες σχετικές αποφάσεις του Δικαστηρίου εκδόθηκαν επί πραγματικών περιστατικών που καθιστούν αμφίβολη τη δυνατότητα εφαρμογής της νομολογίας αυτής στην παρούσα διαφορά: και αυτό διότι, εν προκειμένω, οι εταιρίες χονδρικής εμπορίας των τριών ως άνω φαρμάκων αντιμετωπίζουν την άρνηση εφοδιασμού από τον μοναδικό τους προμηθευτή, την εταιρία που κατέχει τα διπλώματα ευρεσιτεχνίας παρασκευής τους και που υπήρξε ανέκαθεν ανταγωνίστριά τους στην εμπορία των φαρμάκων αυτών. Εντούτοις, είναι χρήσιμο να αναφερθούν, λόγω του γενικού χαρακτήρα τους, ορισμένες από τις σημαντικότερες αποφάσεις για το άρθρο 82 ΕΚ.

40. Στην υπόθεση *Commercial Solvents* κατά Επιτροπής¹⁶, η ομώνυμη εταιρία διέκοψε τον εφοδιασμό με αμινοβουτανόλη της ανταγωνίστριας της στην αγορά ιταλικής εταιρίας *Zoja*, η οποία παρασκεύαζε αιθαμβουτόλη. Η απόφαση έκρινε τη διακοπή των παραδόσεων αντίθετη προς το άρθρο 82 ΕΚ, με το αιτιολογικό ότι η δεσπόζουσα θέση, την οποία κατείχε η *Commercial Solvents* στην παρασκευή της ουσίας αυτής και η οποία της παρείχε τη δυνατότητα να ελέγχει τον εφοδιασμό των κατασκευαστών παραγώγων προϊόντων, δεν της παρείχε το δικαίωμα να καταργήσει τον ανταγωνισμό με τους πρώην πελάτες της, εκ μόνου του λόγου ότι είχε αρχίσει να παρασκευάζει η ίδια τα παράγωγα αυτά¹⁷.

41. Υπάρχουν προφανείς ομοιότητες μεταξύ της αποφάσεως *Commercial Solvents* και της επίδικης υποθέσεως, καθόσον, κατ' αρχήν, η *GSK* διέκοψε επίσης τον εφοδιασμό των Ελλήνων χονδρεμπόρων με σκευάσματά της, με σκοπό την εκ νέου οργάνωση των πωλήσεών της στα επίμαχα αυτά φάρμακα μέσω του δικού της αποκλειστικού διανομέα στη χώρα¹⁸ μετά τρεις περίπου μήνες άρχισε εκ νέου τις αποστολές, περιορίζοντας, όμως, τις ποσότητες στη ζήτηση της ελληνικής αγοράς.

42. Στην υπόθεση *United Brands* κατά Επιτροπής, η οποία αφορούσε τις μπανάνες «*Chiquita*»¹⁸, η απόφαση έκρινε ότι η *United Brands*, διακόπτοντας τις πωλή-

σεις μπανάνας προς τη δανική εταιρία ωριμάνσεως-διανομής *Olesen*, διότι η τελευταία είχε συμμετάσχει σε διαφημιστική εκστρατεία της ανταγωνίστριας *Dole*, παρέβη το δίκαιο ανταγωνισμού.

43. Στην περίπτωση εκείνη, το Δικαστήριο έκρινε ότι μία εταιρία με δεσπόζουσα θέση όσον αφορά τη διανομή ενός προϊόντος δεν μπορεί να παύσει τον εφοδιασμό ενός παλιού πελάτη «ο οποίος τηρεί τις εμπορικές συνήθειες, εφόσον οι παραγγελίες του τελευταίου δεν παρουσιάζουν καμιά ανωμαλία»¹⁹.

44. Επισημαίνονται οι ομοιότητες της υποθέσεως *United Brands* με την επίδικη υπόθεση, όσον αφορά τη δεσπόζουσα θέση της εταιρίας, καθώς και την τήρηση των εμπορικών συνηθειών —ή εκτέλεση των συμβάσεων— από τους ανταγωνιστές χονδρεμπόρους. Ωστόσο, τα προβλήματα που ανακύπτουν εν προκειμένω στις κύριες δίκες διαφέρουν αναλόγως του αν οι ποσότητες που ζητούν οι εκκαλούσες ενώπιον του Τριμελούς Εφετείου Αθηνών χαρακτηριστούν φυσιολογικές ή υπερβολικές. Στην υπόθεση *United Brands* δεν τέθηκε τέτοιο ζήτημα, οπότε το Δικαστήριο θεώρησε τα αιτήματα της *Olesen* λογικά. Ο σχετικός χαρακτηρισμός, όμως, θα κριθεί με βάση τους λόγους που δικαιολογούν ενδεχομένως την άρνηση της *GSK* να εκτελέσει το σύνολο των παραγγελιών των εταιριών που επιδίδονται στο παράλληλο εμπόριο, οπότε δεν χρειάζεται να εμβαθύνω στο ζήτημα αυτό.

16 — Απόφαση της 6ης Μαρτίου 1974, συνεκδικασθείσες αποφάσεις 6/73 και 7/73, (Συλλογή τόμος 1974, σ. 113).

17 — Προπαρατεθείσα απόφαση *Commercial Solvents*, σκέψεις 25 και 26.

18 — Απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 1978, 27/76 (Συλλογή τόμος 1978, σ. 75).

19 — Προπαρατεθείσα απόφαση *United Brands*, σκέψη 182.

45. Σε άλλες υποθέσεις, το Δικαστήριο αποφάνθηκε μεν επί της αρνήσεως αυτής, αλλά λαμβάνοντας υπόψη είτε πραγματικά περιστατικά είτε νομικό πλαίσιο πολύ διαφορετικά από αυτά της επίδικης υποθέσεως. Από την πρώτη κατηγορία αξίζει να αναφερθεί η απόφαση CBEM²⁰, η οποία επεξέτεινε στην αγορά των υπηρεσιών την απαγόρευση προς τις εταιρίες με δεσπόζουσα θέση να κρατούν για τις ίδιες ή για άλλη εταιρία του ίδιου ομίλου την αγορά βοηθητικής δραστηριότητας που ασκεί τρίτη επιχείρηση σε παραπλήσια, αλλά διαφορετική αγορά· στη δεύτερη περίπτωση εμπίπτουν οι αποφάσεις με αντικείμενο την πρόσβαση σε αναγκαία υποδομή («essential facility»), όπως η απόφαση Bronner²¹, ή οι σχετικές με την άρνηση χορηγήσεως αδείας για τη χρήση αγαθού προστατευόμενου από δικαίωμα πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας, όπως οι αποφάσεις Magill²² και IMS Health²³, οι οποίες, όμως, απέχουν πολύ από την περίπτωση της επίδικης υποθέσεως.

46. Εν ολίγοις, από τις αποφάσεις Commercial Solvents και United Brands συνάγεται ότι η εταιρία με δεσπόζουσα θέση που αποφεύγει τον εφοδιασμό με εμπορεύματα, ιδίως αν δεν υπάρχουν εναλλάξιμα εμπορεύματα, όπως στην περίπτωση του Lamictal, κρατώντας για τον εαυτό της την αγορά του παράλληλου εμπορίου, επιδεικνύει καταχρηστική συμπεριφορά κατά την έννοια του άρθρου 82 ΕΚ. Μένει να εξεταστεί αν η πρόθεση εξαλείψεως αυτού του παράλληλου εμπορίου καθιστά την κατάχρηση αυτή *per se*, κατά την έννοια του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού.

20 — Απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 1985, 311/84 (Συλλογή 1985, σ. 3261, γνωστή ως απόφαση «Telemarketing»).

21 — Απόφαση της 26ης Νοεμβρίου 1998, C-7/97 (Συλλογή 1998, σ. I-7791).

22 — Απόφαση της 6ης Απριλίου 1995, συνεκδικασθείσες αποφάσεις C-241/91 P και C-242/91 P, RTE και ITP κατά Επιτροπής (Συλλογή 1995, σ. I-743, γνωστή ως απόφαση «Magill»).

23 — Απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-418/01 (Συλλογή 2004, σ. I-5039).

β) Η πρόθεση ως επιβαρυντικό στοιχείο

47. Κατ' αρχάς, η κοινοτική νομολογία έχει καθιερώσει την αρχή ότι η κατά το άρθρο 82 ΕΚ έννοια της «καταχρήσεως» αποτελεί αντικειμενική έννοια που συνδέεται με τις δραστηριότητες των εταιριών με δεσπόζουσα θέση²⁴ και είναι, ως εκ τούτου, ανεξάρτητη από κάθε αναφορά στους σκοπούς που υπαγόρευαν τη σχετική συμπεριφορά²⁵. Επίσης, έχει κρίνει ότι, για την εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ, δεν είναι αναγκαίο η κατάχρηση να γίνεται με πρόθεση²⁶.

48. Πρέπει, ωστόσο, να ληφθούν υπόψη δύο σημαντικές πτυχές που καθιστούν δυνατή την απόκλιση από τις ως άνω θέσεις.

49. Αφενός, δεν μπορεί να αποκλειστεί εντελώς το ενδεχόμενο τα υποκειμενικά στοιχεία της παραβάσεως να αποτελούν συχνά ενδείξεις για την επιδίωξη σκοπού αντίθετου προς τον ανταγωνισμό ή να συνθέτουν τα ίδια την καταχρηστική συμπεριφορά²⁷.

24 — Αποφάσεις της 13ης Φεβρουαρίου 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1979/I, σ. 215, σκέψη 91), της 9ης Νοεμβρίου 1983, 322/81, Michelin κατά Επιτροπής (Συλλογή 1983, σ. 3461, σκέψη 70), και της 3ης Ιουλίου 1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. I-3359, σκέψη 69).

25 — Σχεδόν ομόφωνη άποψη στη θεωρία: Schröter, H., «Artikel 82», στο έργο των Schröter H., Jacob T., και Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, εκδ. Nomos, Baden-Baden, 2003, σ. 905.

26 — Απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973, 6/72, Europemballage και Continental Can κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1972-1973, σ. 445, σκέψεις 25 έως 27, στο εξής: Continental Can).

27 — Gleiss, A., και Hirsch, M., *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, εκδ. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 3η εκδ., Χαϊδελβέργη 1978, σ. 347.

50. Αφετέρου, το Δικαστήριο έχει επιβεβαιώσει κρίση του Πρωτοδικείου σύμφωνα με την οποία, δεδομένου ότι το άρθρο 82 ΕΚ, σε αντίθεση με το άρθρο 81 ΕΚ, παράγραφος 1, δεν περιέχει καμιά αναφορά στο αντίθετο προς τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα της εκάστοτε πρακτικής, για να αποδειχθεί η παράβαση του άρθρου 82 ΕΚ, αρκεί συναφώς να αποδειχθεί ότι η καταχρηστική συμπεριφορά της επιχειρήσεως με δεσπόζουσα θέση κατατείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό ή, άλλως, μπορεί να προκαλέσει τέτοιο αποτέλεσμα²⁸.

51. Ως εκ τούτου, όσο πλησιέστερα βρίσκεται η εταιρία με δεσπόζουσα θέση στην παρακώλυση του ελεύθερου ανταγωνισμού στην αγορά, τόσο ισχυρότερο καθίσταται το τεκμήριο της καταχρηστικής συμπεριφοράς. Σε αυτή τη συλλογιστική εντάσσεται και η κρινόμενη διαφορά. Ακόμη και η ίδια η GSK δεν διέψευσε ότι πραγματική της πρόθεση ήταν να εξαλείψει τις παράλληλες εξαγωγές των τριών επίμαχων φαρμάκων από την Ελλάδα προς άλλες κοινοτικές χώρες από τις εταιρίες χονδρικής πωλήσεως.

52. Επιπλέον, δεδομένου ότι οι εν λόγω μειώσεις του όγκου των πωλήσεων των άλλων διανομέων περιορίζουν την αγορά των ανταγωνιστών της GSK κατά την έννοια του άρθρου 82 ΕΚ, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο β', υπάρχουν σοβαρές ενδείξεις ότι η

συμπεριφορά αυτή, και, κατά συνέπεια, ο σκοπός που την υπαγόρευσε, αντιβαίνει στο πρώτο εδάφιο της διατάξεως αυτής²⁹.

53. Είναι προφανές ότι η πρόθεση της GSK έρχεται σε αντίθεση με τους σκοπούς της Συνθήκης, καθόσον θίγει το ελεύθερο εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών σε τέτοιο βαθμό, ώστε να διακυβεύεται η επίτευξη της ενιαίας αγοράς, κατά την έννοια της νομολογίας και του άρθρου 3, παράγραφος 1, στοιχείο ζ', ΕΚ, καθόσον απομονώνει αναμφισβήτητα τις εθνικές αγορές αλλοιώνει τη δομή του ανταγωνισμού στην κοινή αγορά³⁰.

54. Εν ολίγοις, οι προηγούμενες σκέψεις αποδεικνύουν ότι η GSK υπέπεσε σε σοβαρή παράβαση της Συνθήκης, η οποία μπορεί να χαρακτηριστεί ως κατάχρηση *per se*, δεδομένου ότι το μοναδικό οικονομικό της κίνητρο φαίνεται να είναι η εξάλειψη του παράλληλου εμπορίου των ανταγωνιστών της, των Ελλήνων χονδρεμπόρων³¹. Εντούτοις, διατηρώ ορισμένες αμφιβολίες μεθοδολογικής φύσεως ως προς τη διαβάθμιση της συμπεριφοράς που επιδεικνύουν οι επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση, η οποία αξίζει να αναλυθεί περαιτέρω.

29 — Schröter, H., ό.π., σ. 959.

30 — Αποφάσεις της 31ης Μαΐου 1979, 22/78, Hugin κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1979/II, σ. 951, σκέψη 17), και της 11ης Δεκεμβρίου 1980, 31/80, L'Oréal (Συλλογή τόμος 1980/III, σ. 471, σκέψη 27).

31 — Η άποψη αυτή είχε κάποιον αντίκτυπο στη θεωρία: Koenig, Ch., και Engelmann, Ch., «Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC — Commentary on the Opinion of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*», *E.C.L.R.*, τεύχος 6/2005, σ. 341.

28 — Απόφαση της 15ης Μαρτίου 2007, C-95/04 P, *British Airways* κατά Επιτροπής (Συλλογή 2007, σ. I-2331, σκέψη 30), σχετικά με τις αποφάσεις του Πρωτοδικείου της 30ής Σεπτεμβρίου 2003, T-203/01, *Michelin* κατά Επιτροπής (Συλλογή 2003, σ. II-4071, σκέψη 239), και της 17ης Δεκεμβρίου 2003, T-219/99, *British Airways* κατά Επιτροπής (Συλλογή 2003, σ. II-5917, σκέψη 293).

2. Η αναγνώριση των καταχρήσεων *per se* στο πλαίσιο του άρθρου 82 ΕΚ: ένα μεθοδολογικό πρόβλημα

55. Προτού εκθέσω τα επιχειρήματα κατά της αποδοχής των καταχρήσεων *per se*, είναι σκόπιμη η αναφορά στην εξέλιξη της έννοιας στην κοινοτική νομολογία.

α) Νομολογία του Δικαστηρίου

56. Μέχρι τώρα, το Δικαστήριο έχει αναγνωρίσει τρεις πρακτικές επιχειρήσεων με δεσπόμενη θέση, οι οποίες οδηγούσαν αναπόφευκτα σε κατάχρηση της ισχύος των επιχειρήσεων αυτών στην αγορά και για τη δικαιολόγηση των οποίων δεν φαίνεται να δέχεται κανένα αποδεικτικό στοιχείο.

57. Στις πρακτικές αυτές κρίθηκε ότι εμπίπτει η υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας που επιβάλλει η επιχείρηση με δεσπόμενη θέση στους αγοραστές, τόσο αν επιβλήθηκε άνευ ετέρου όσο και αν συμφωνήθηκε ως αντάλλαγμα για την παροχή εκπτώσεων³².

32 — Προπαρατεθείσα απόφαση Hoffmann La Roche, σκέψη 89.

58. Η χορήγηση εκπτώσεων για τους τακτικούς πελάτες αποτελεί τη δεύτερη από τις πρακτικές αυτές που θεωρούνται πάντοτε καταχρηστικές, καθόσον, σε αντίθεση με τις εκπτώσεις λόγω όγκου πωλήσεων, οι οποίες συνδέονται αποκλειστικά με το μέγεθος των αγορών που πραγματοποιεί ο ενδιαφερόμενος παραγωγός, έχουν σκοπό να εμποδίσουν, μέσω της παροχής οικονομικών πλεονεκτημάτων, τον εφοδιασμό των πελατών από τους λοιπούς ανταγωνιστές παραγωγούς³³.

59. Η τρίτη πρακτική που θεωρείται καταχρηστική *per se* αφορά τις επιθετικές τιμές. Κατά το Δικαστήριο, οι τιμές που είναι κατώτερες του μέσου όρου των κυμαινόμενων εξόδων (τα οποία κυμαίνονται ανάλογα με τις παραγόμενες ποσότητες), δεδομένου ότι δεν δικαιολογούνται από κανένα οικονομικό λόγο, αποτελούν απόδειξη ότι υφίσταται σκοπός εξαφάνισης ανταγωνιστή και, ως εκ τούτου, κρίνονται καταχρηστικές³⁴. Αντιθέτως, οι τιμές που είναι κατώτερες του μέσου όρου των συνολικών εξόδων (στα οποία περιλαμβάνονται τόσο τα πάγια όσο και τα κυμαινόμενα), αλλά υπερβαίνουν τον μέσον όρο των κυμαινόμενων εξόδων, πρέπει να θεωρούνται καταχρηστικές, όταν καθορίζονται στο πλαίσιο σχεδίου με σκοπό την εξαφάνιση ανταγωνίστριας επιχείρησης³⁵.

60. Η συλλογιστική των αποφάσεων αυτών απέκλεισε κάθε δικαιολόγηση της

33 — Αποφάσεις της 16ης Δεκεμβρίου 1975, συνεκδικασθείσες αποφάσεις 40/73 έως 48/73, 50/73, 54/73 έως 56/73, 111/73, 113/73 και 114/73, Suiker Unie κ.λπ. (Συλλογή τόμος 1975, σ. 507), και προπαρατεθείσα απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, Michelin, σκέψη 71.

34 — Προπαρατεθείσα απόφαση ΑΚΖΟ, σκέψη 71, και απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1996, C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής (Συλλογή 1996, σ. I-5951, σκέψη 41).

35 — Προπαρατεθείσα απόφαση ΑΚΖΟ, σκέψη 72.

επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση³⁶. Εντούτοις, η πιο πρόσφατη νομολογία δεν ακολουθεί την άποψη του υποχρεωτικού χαρακτηρισμού των πρακτικών αυτών ως καταχρηστικών, ακόμη και στην περίπτωση των εκπτώσεων προς τους τακτικούς πελάτες. Έτσι, στην περίπτωση εκπτώσεων που συνδέονται με την επίτευξη στόχων ατομικών πωλήσεων στις υπηρεσίες αεροπορικής μεταφοράς επιβατών και που παρέχονται από ταξιδιωτικά πρακτορεία για λογαριασμό επιχειρήσεως με δεσπόζουσα θέση στη βρετανική αγορά αερομεταφορών, το Δικαστήριο έδωσε στην εταιρία τη δυνατότητα να προβάλει οικονομικούς λόγους προκειμένου να δικαιολογήσει το σύστημα κινήτρων της, που είχε ως αποτέλεσμα την κατάργηση του ανταγωνισμού³⁷.

61. Ως εκ τούτου, το Δικαστήριο δέχεται την απαλλαγή των επιχειρήσεων με δεσπόζουσα θέση, ακόμη και σε περιπτώσεις που φαινόταν να δέχεται ενδεχόμενες *per se* καταχρήσεις, ακολουθώντας, στην πραγματικότητα, την κλασική του νομολογία, η οποία παγιώθηκε ανεξάρτητα από τις αποφάσεις εκείνες που καθιέρωσαν την προαναφερθείσα κατηγορία αυτόματα καταχρηστικών πρακτικών³⁸. Εκτός, όμως, από τις συγκεκριμένες ενδείξεις που διαμορφώνονται από τις περιστάσεις κάθε συγκεκριμένης περιπτώσεως, το Δικαστήριο δεν έχει διαμορφώσει γενικούς κανόνες, σύμφωνα με τους οποίους οι ενδεχόμενες *per se* καταχρήσεις δεν υπάγονται στο άρθρο της Συνθήκης για την κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Θα έπρεπε, επομένως, να διαμορφωθούν ορισμένοι τέτοιοι κανόνες.

36 — Loewenthal, P.-J., «The Defence of "Objective Justification" in the Application of Article 82 EC», *World Competition*, τεύχος 28(4), 2005, σ. 470.

37 — Προπαρατεθείσα απόφαση της 15ης Μαρτίου 2007, *British Airways* κατά Επιτροπής, σκέψη 69.

38 — Προπαρατεθείσα απόφαση *Tetra Pak*, σκέψη 37, αποφάσεις της 15ης Δεκεμβρίου 1994, C-250/92, *DLG* (Συλλογή 1994, σ. I-5641, σκέψη 52), και της 13ης Νοεμβρίου 1975, 26/75, *General Motors* κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1975, σ. 425, σκέψεις 20 και 22).

β) Μη υπαγωγή των καταχρήσεων *per se* στο άρθρο 82 ΕΚ

62. Το άρθρο 82 ΕΚ δεν είναι κατάλληλο να διέπει τα είδη συμπεριφοράς που χαρακτηρίζονται ως καταχρηστικά καθεαυτά, για λόγους τόσο νομικούς όσο και οικονομικούς.

i) Κριτήρια νομικής φύσεως

63. Στα κριτήρια αυτά εμπίπτει η δομή του άρθρου 82 ΕΚ, ιδίως σε σύγκριση με αυτήν του άρθρου 81 ΕΚ.

64. Το άρθρο 81 ΕΚ αποτελείται από τρεις παραγράφους, οι οποίες προβλέπουν, αντιστοίχως, την αρχή της απαγορεύσεως των εναρμονισμένων πρακτικών, την ακυρότητα ως κύρια συνέπεια της παραβάσεως της απαγορεύσεως που προβλέπει η παράγραφος 1 και τη δυνατότητα απαλλαγής, υπό την προϋπόθεση ότι δεν έχει ήδη χορηγηθεί απαλλαγή δυνάμει κάποιου από τους κανονισμούς που εισάγουν απαλλαγές ανά κατηγορία και που εκδίδονται βάσει του άρθρου 83 ΕΚ, παράγραφος 2, στοιχείο β', σε συνδυασμό με την παράγραφο 1 του ίδιου άρθρου.

65. Τα παραδείγματα αντίθετων προς τον ανταγωνισμό συμφωνιών που απαριθμούνται

στα στοιχεία α' έως ε' του άρθρου 81 ΕΚ, παράγραφος 1, εξομοιώνονται κατά παράδοση με τις παραβάσεις *per se* της διατάξεως αυτής και, για τον λόγο αυτόν, δεν εντάσσονται στις απαλλαγές ανά κατηγορία της παραγράφου 3³⁹. Καίτοι οι συμφωνίες αυτές παρουσιάζουν πολλά προβλήματα, μπορούν πάντως να διατηρήσουν το κύρος τους χάρη στις ατομικές απαλλαγές, αν οι ενδιαφερόμενοι αποδείξουν ότι οι συμφωνίες τους πληρούν τις προϋποθέσεις της παραγράφου 3 του άρθρου 81 ΕΚ. Στο πλαίσιο αυτό, το Ανώτατο Δικαστήριο των Ηνωμένων Πολιτειών ευθυγράμμισε πρόσφατα τη νομολογία του περί επιβολής ελάχιστων τιμών μεταπώλησης («Resale price maintenance») στις κάθετες συμφωνίες με την άποψη της υπαγωγής τους στον «rule of reason»⁴⁰, αποκλίνοντας έτσι από την παλαιότερη αυστηρή νομολογία του, η οποία βασιζόταν σε νομολογιακό προηγούμενο του 1911 και χαρακτήριζε την πρακτική αυτή παράνομη *per se*, ως αντίθετη προς το άρθρο 1 της Sherman Act⁴¹.

66. Εν ολίγοις, η ίδια η διάταξη παρέχει στις επιχειρήσεις διάφορες δυνατότητες να προσβάλουν τον χαρακτηρισμό ως *per se* παραβάσεων των ρητρών που προβλέπουν στις συμφωνίες τους. Δεν συμβαίνει, όμως, το ίδιο και με τις επιχειρήσεις που κατέχουν δεσπόζουσα θέση, σύμφωνα με το σχετικό άρθρο της Συνθήκης.

39 — Αυτό προβλέπει το άρθρο 4, του κανονισμού (ΕΚ) 2790/1999 της Επιτροπής, της 22ας Δεκεμβρίου 1999, για την εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 3, της Συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών (ΕΕ L 336, σ. 21), το οποίο αναφέρεται στις «μαύρες» ρήτρες.

40 — Απόφαση της 28ης Ιουνίου 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc* (n° 06-480) Llorente, C., «La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin», στο *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 736, σ. 2 επ.

41 — Απόφαση της 3ης Απριλίου 1911, *Dr. Miles Medical Co.* κατά *John D. Park & Sons Co.* (220 U.S. 373).

67. Δεδομένης της διατυπώσεως του άρθρου 82 ΕΚ, η οποία ουδέν προβλέπει για την απαλλαγή ορισμένων ειδών καταχρήσεως, η ανάλυση των ειδών συμπεριφοράς απαιτεί διάλογο μεταξύ των επιχειρήσεων που κατέχουν δεσπόζουσα θέση σε μια συγκεκριμένη αγορά με τις αρμόδιες για την προστασία του ανταγωνισμού αρχές, κρατικές ή κοινοτικές, και με τα θιγόμενα μέρη.

68. Καθένας από αυτούς τους συμμετέχοντες στον διάλογο προσκομίζει τις αποδείξεις των ισχυρισμών του, σύμφωνα με το παλαιό λατινικό ρητό *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* [το βάρος αποδείξεως φέρει ο προβάλλων τον ισχυρισμό και όχι ο αρνούμενος αυτόν].

69. Υπό το πρίσμα αυτό, αν από ορισμένα είδη συμπεριφοράς τεκμαιρόταν πάντοτε κατάχρηση, οι επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση θα στερούνταν του δικαιώματος να αμυνθούν, αφού, όπως προαναφέρθηκε, η δομή του άρθρου 82 ΕΚ δεν επιτρέπει καμιά απαλλαγή· έτσι, τη διαπίστωση της καταχρήσεως ακολουθεί η αναγνώριση της παραβάσεως, εκτός εάν υπάρχουν επαρκείς ενδείξεις ότι τέτοια παράβαση δεν διαπράχθηκε.

70. Επιπλέον, σε αντίθεση με τα παραδείγματα του άρθρου 81 ΕΚ, παράγραφος 1, στοιχεία α' έως ε', τα παραδείγματα που παρατίθενται στα στοιχεία α' έως δ' του άρθρου 82 ΕΚ, παράγραφος 2, δεν λειτουργούν ως νομικά τεκμήρια. Στην καλύτερη περίπτωση, λόγω της οικονομικής λογικής στην οποία στηρίζονται⁴², θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως μαχητά τεκμήρια, τα οποία μετριάζουν το βάρος αποδείξεως όσων τα επικαλούνται: σε καμιά περίπτωση, όμως, δεν πρέπει να θεωρηθεί ότι υποκαθιστούν τον διάλογο στον οποίον αναφέρθηκε με τις προηγούμενες σκέψεις. Όπως οι εναρμονισμένες πρακτικές *per se* του άρθρου 81 ΕΚ μπορούν να δικαιολογηθούν δυνάμει της παραγράφου 3 του άρθρου αυτού, έτσι πρέπει να γίνει δεκτό ότι και ορισμένες καταχρηστικές πρακτικές μπορούν να θεωρηθούν συμβατές με το άρθρο 82 ΕΚ, αν δικαιολογούνται από αντικειμενικούς λόγους.

ii) Κριτήρια οικονομικής φύσεως

71. Κατ' αρχάς, αν γίνει δεκτό ότι όλες οι καταχρήσεις δεσπόζουσας θέσεως είναι καταχρήσεις *per se*, παραβιάζεται η αρχή της εξετάσεως κάθε περιπτώσεως σύμφωνα με τις παραμέτρους του οικονομικού και νομικού πλαισίου της.

72. Δεύτερον, από καθαρά οικονομικής απόψεως, η προσέγγιση *per se* είναι υπερβο-

λικά τυπολατρική και αυτός είναι ο λόγος για τον οποίον έχει επικριθεί από διάφορες αξιόλογες φωνές που υποστηρίζουν μια διαφορετική ερμηνεία του άρθρου 82 ΕΚ, που θα εστιάζει στις συνέπειες κάθε καταχρήσεως και θα σταθμίζει τις συγκεκριμένες περιστάσεις μέσω μιας⁴³ ανάλυση των οφελών («rule of reason»)⁴⁴.

73. Εξάλλου, η προτίμηση σε στερεότυπες και τυπολατρικές απόψεις όσον αφορά την κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως θα επισκίαζε το γεγονός ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, η εν λόγω πρακτική είναι δυνατόν να ωφελεί τον καταναλωτή⁴⁵. Αυτό συμβαίνει όταν η ισχύς ενός από τους επιχειρηματίες περιορίζει τον ανταγωνισμό στη σχετική αγορά, μολοντί, όπως ορθώς επισημάνθηκε, το άρθρο 82 ΕΚ δεν περιέχει καμιά ρήτρα που να παρέχει στον επιχειρηματία αυτόν τη δυνατότητα να αμυνθεί επιτυχώς έναντι της κατηγορίας της καταχρήσεως, αποδεικνύοντας την αποτελεσματικότητα της συμπεριφοράς του από οικονομικής απόψεως⁴⁶.

74. Τέλος, αν, όπως αναφέρθηκε, είθισται το άρθρο 82 ΕΚ να εφαρμόζεται σε δύο κατηγορίες περιπτώσεων, αυτές που βλάπτουν τους καταναλωτές (καταχρηστική εκμετάλλευση)

43 — Η υποσημείωση αυτή δεν αφορά την ελληνική μετάφραση.

44 — Έκθεση της EAGCP «An Economic Approach to Article 82», Ιούλιος 2005, διαθέσιμη στον δικτυακό τόπο http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf, σ. 5 και 6.

45 — Ο Jacquemin, A. P., «The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community», στοιχείο έργου των Greaves, R. (συντονίστρια), *Competition Law*, εκδ. Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Ηνωμένο Βασίλειο), 2003, σ. 214, επισημαίνει τον κίνδυνο που ενέχει ο κανόνας των *per se* καταχρήσεων, ακόμη και πέρα από τη δεσπόζουσα θέση.

46 — Pelkmans, J., *European Integration — Methods an Economic Analysis*, εκδ. Longman, Λονδίνο 1997, σ. 194.

42 — Σχετικά με τη χρήση αυτών των πραγματικών τεκμηρίων, Paulis, E., «The burden of proof in Article 82 cases», Hawk, B. E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, εκδ. Juris Publishing, Inc., Νέα Υόρκη 2007, σ. 470.

και αυτές που ζημιώνουν τους πραγματικούς ή ενδεχόμενους ανταγωνιστές (καταχρηστικός αποκλεισμός)⁴⁷, με αποτέλεσμα να μπορεί να συνιστά κατάχρηση οποιαδήποτε αντίθετη προς τον ανταγωνισμό πράξη επιχειρήσεως με δεσπόζουσα θέση⁴⁸, δεδομένου ότι το άρθρο 82 ΕΚ δεν ιεραρχεί τις κατηγορίες αυτές⁴⁹, θα πρέπει να γίνει δεκτή η δυνατότητα της επιχειρήσεως με δεσπόζουσα θέση να αμύνεται προβάλλοντας τα οικονομικά αποτελέσματα που επιτυγχάνει.

3. Προτεινόμενη απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα

76. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, τα *per se* καταχρηστικά είδη συμπεριφοράς δεν εμπίπτουν στο άρθρο 82 ΕΚ και, ως εκ τούτου, η απάντηση προς το Τριμελές Εφετείο Αθηνών πρέπει να είναι αρνητική. Επομένως, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει απερίφραστα ότι το άρθρο 82 ΕΚ δεν μπορεί να αποτελέσει νομική βάση για να προσαφθούν σε επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση πράξεις καταχρηστικές καθεαυτές, ακόμη και αν τα περιστατικά της υποθέσεως δεν αφήνουν περιθώριο αμφιβολίας ούτε ως προς την πρόθεσή τους ούτε ως προς το βλαπτικό για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα των πράξεων αυτών.

75. Μόνον από τη σύγκριση των θετικών και αρνητικών συνεπειών για τον καταναλωτή και τους λοιπούς επιχειρηματίες της ίδιας αγοράς μπορούν να συναχθούν τα κατάλληλα στοιχεία για τη συναγωγή ορθών συμπερασμάτων.

77. Αφού απαντήθηκε το πρώτο ερώτημα, πρέπει να εξεταστεί το δεύτερο, το οποίο αφορά το ενδεχόμενο αντικειμενικής δικαιολόγησεως τέτοιων πράξεων.

47 — Το «έγγραφο προβληματισμού» της Ευρωπαϊκής Επιτροπής με τίτλο «DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses» ασχολείται μόνο με τον καταχρηστικό αποκλεισμό από την αγορά και είναι διαθέσιμο στη ιστοσελίδα <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Η πρακτική αυτή δέχθηκε επικρίσεις: Díez Estella, F., «El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, τεύχος 242, Μάιος 2006, σ. 24.

48 — Hildebrand, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, εκδ. Kluwer, Χάγη 1998, σ. 62.

49 — Η έλλειψη σκοπού, την επίτευξη του οποίου να επιδιώκει ρητώς το άρθρο 82 ΕΚ, επικρίθηκε από τον Whish, R., «Rethinking Article 82 CE», στο *Concurrences: revue des droits de la concurrence*, τεύχος 4/2005, σ. 18, ο οποίος, λόγω αυτής της έλλειψης προανατολισμού, παρομοιάζει το άρθρο 82 ΕΚ με «βάρκα χωρίς κουπιά». Αντιθέτως, ο Schröter, H., ό.π.π., σ. 813, συνάγει από τις προπαραθεθείσες αποφάσεις Hoffmann-La Roche, Michelin και L'Oréal, το συμπέρασμα ότι η διάταξη αυτή έχει πρωτίστως ως σκοπό την προστασία του ανταγωνισμού ως θεσμού, προστασία η οποία, κατά έμμεσο τρόπο, αποβαίνει προς όφελος των ανταγωνιστών, των εμπορικών εταιρών της επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση και των καταναλωτών.

Γ — Στοιχεία που δικαιολογούν την κοινή καταχρηστική συμπεριφορά (δεύτερο προδικαστικό ερώτημα)

78. Κατ' αρχάς, θα ήθελα να υπενθυμίσω ότι, όπως προανέφερα, ένα μέρος του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος συνδέεται με την

απάντηση στο δεύτερο ερώτημα, καθόσον σχετίζεται με τους λόγους απαλλαγής των πρακτικών που περιγράφονται στο άρθρο 82 ΕΚ. Κατά την άποψή μου, το αιτούν δικαστήριο ζητεί ακριβώς να μάθει ποια κριτήρια μπορούν να χρησιμοποιηθούν για να αντισταθίσουν την κατ' αρχήν αρνητική κρίση που διατυπώνεται σε βάρος της επιχειρήσεως με δεσπόζουσα θέση.

κανονικές συνθήκες ανταγωνισμού. Επικαλείται δύο ζητήματα που δικαιολογούν τους περιορισμούς στις παράλληλες εξαγωγές των Ελλήνων χονδρεμπόρων: τον καθορισμό ανώτατων τιμών πώλησεως των φαρμάκων, συνήθη πρακτική σε όλα τα κράτη μέλη και την υποχρέωση εφοδιασμού με επαρκή εμπορεύματα για την μόνιμη κάλυψη της εγχώριας ζήτησης.

79. Υπάρχουν τρεις δικαιολογητικοί λόγοι τους οποίους μπορούν να επικαλεστούν οι επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση, όταν τους προσάπτεται κατάχρηση: οι σχετιζόμενοι με την αγορά στην οποία δραστηριοποιούνται⁵⁰, η νόμιμη προστασία των εμπορικών τους συμφερόντων και η απόδειξη θετικού οικονομικού αποτελέσματος. Στη συνέχεια θα εξετάσω τους λόγους αυτούς χωριστά, υπό το πρίσμα πάντοτε των πραγματικών περιστατικών που προβλήθηκαν ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου.

81. Οι εκκαλούσες της κύριας δίκης, η Πολωνική Κυβέρνηση και η Επιτροπή απορρίπτουν την ανάλυση αυτή, χωρίς οι απόψεις τους να συμπίπτουν σε όλα τα σημεία. Προτού αρχίσω την εξέταση των δικαιολογητικών λόγων, είναι σκόπιμο να αναφερθώ στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της σχετικής αγοράς.

1. Οι συνθήκες μιας ατελούς αγοράς

α) Βασικά χαρακτηριστικά της αγοράς

80. Η εταιρία GSK ισχυρίστηκε ότι η κρατική ρύθμιση την εμποδίζει να αναπτύξει τις εμπορικές της δραστηριότητες υπό

82. Όπως ορθώς επισημάνθηκε, η ευρωπαϊκή αγορά φαρμάκων, με την έννοια του εμπορίου και της διανομής προϊόντων με ή χωρίς την προστασία που παρέχει το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, διακρίνεται από έναν περιορισμένο βαθμό εναρμονίσεως λόγω της κρατικής παρεμβάσεως στις τιμές και στα δημόσια συστήματα καλύψεως των φαρμακευτικών δαπανών του ασθενούς, γεγονός

50 — Στο ως άνω έγγραφο προβληματισμού, η Επιτροπή (σημείο 80) απαιτεί η συμπεριφορά της επιχειρήσεως να είναι αναγκαία για λόγους ασφαλείας ή δημόσιας υγείας· θεωρώ αυτή τη διέξοδο των δεσποζουσών επιχειρήσεων υπερβολικά ανεπαρκή και προτείνω μια διέξοδο που να είναι μεν ευρύτερη, αλλά να συνδέεται με την αγορά.

που καθιστά λιγότερο σημαντικό το ποσό που καταβάλλει ο τελικός καταναλωτής⁵¹.

ιδιοκτησίας δημιουργούν ευκολότερα δεσπόμενες θέσεις, καθόσον τα μονοπώλια αυτά αποτελούν παράγοντες που εμποδίζουν την είσοδο στην αγορά, τόσο από νομική όσο και από χρονική άποψη⁵².

83. Όσοι κατέθεσαν παρατηρήσεις στην παρούσα διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως συμφωνούν ότι όλα τα κράτη μέλη ρυθμίζουν τις τιμές που απαιτούν οι εταιρίες παραγωγής του κλάδου από τους ασθενείς, καθορίζοντας τα ποσά που καλύπτουν οι διάφοροι οργανισμοί κοινωνικής ασφαλίσεως και περιορίζοντας έτσι τις δημόσιες δαπάνες στον τομέα της υγείας. Συμφωνούν επίσης ότι οι τιμές πωλήσεως παρουσιάζουν τεράστιες διαφορές μεταξύ των κρατών μελών. Παράλληλα με το σύστημα αυτό κρατικής χρηματοδοτήσεως υπάρχει και ένα άλλο εξ ολοκλήρου ιδιωτικό σύστημα, στο οποίο οι φαρμακοβιομηχανίες χρεώνουν ελεύθερα τα φάρμακα: διακρίνω, πάντως, μια συναίνεση ως προς το γεγονός ότι το τελευταίο αυτό μοντέλο αντιπροσωπεύει πολύ περιορισμένο ποσοστό, το οποίο βέβαια ποικίλλει ανά χώρα.

85. Στην προκειμένη περίπτωση, η GSK υποστηρίζει ότι η παρέμβαση των κρατών μελών στις τιμές και η υποχρέωση διαχειρίσεως ικανών αποθεμάτων για την κάλυψη της εγχώριας ζήτησης την περιορίζουν σε τέτοιο βαθμό, ώστε, για να αποκαταστήσει την επιχειρηματική της δραστηριότητα, δεν της μένει παρά να δυσχεράνει τις παράλληλες εξαγωγικές δραστηριότητες των Ελλήνων χονδρεμπόρων προς χώρες στις οποίες τα επιστρεφόμενα στους ασθενείς ποσά ανά φάρμακο υπερβαίνουν κατά πολύ τα αντίστοιχα ποσά στην Ελλάδα.

β) Εξέταση των ως άνω δικαιολογητικών λόγων

84. Τέλος, πρέπει να επισημανθεί και ένα άλλο χαρακτηριστικό που διακρίνει την αγορά αυτή, ο μεγάλος αριθμός των φαρμάκων που προστατεύονται από διπλώματα ευρεσιτεχνίας. Μολονότι το σημείο αυτό δεν αποτελεί ένδειξη του κρατικού ελέγχου, είναι σημαντικό, διότι οι κάτοχοι των σχετικών δικαιωμάτων βιομηχανικής

86. Μολονότι η κοινοτική νομολογία ουδέποτε έχει δεχθεί ως δικαιολογητικό λόγο τις ιδιαιτερότητες που παρουσιάζει η ρύθμιση μιας συγκεκριμένης αγοράς, νομίζω ότι υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες θα μπορούσε να το πράξει, λαμβάνοντας υπόψη τις συνέπειες του ελέγχου της αγοράς από το κράτος. Η GSK επικαλέστηκε δύο βασικούς παράγοντες: την παρέμβαση στις τιμές και την υποχρέωση εφοδιασμού.

51 — Myhre, J. W., «The pharmaceutical sector — Article 81 EC and Article 82 EC — Imperfect tools for an imperfect market?», στο έργο των Johansson, M., Wahl, N., και Bernitz, U. (εκδότες), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons*, εκδ. Bruylant, Βρυξέλλες 2006, σ. 378.

52 — Pelkmans, J., όπ.π., σ. 193.

i) Ο καθορισμός τιμών από τα κράτη μέλη

87. Όσον αφορά την πολιτική των κρατών μελών σχετικά με την επιστροφή από τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης των φαρμακευτικών εξόδων στα οποία υποβάλλονται οι ασθενείς, η απόφαση Merck και Beecham⁵³ αναγνώρισε μεν ότι η επιβολή ελέγχων των τιμών μπορεί να νοθεύσει τον ανταγωνισμό μεταξύ των κρατών μελών, διευκρίνισε, ωστόσο, ότι η στρέβλωση του ανταγωνισμού που οφείλεται στην παρέμβαση του κράτους δεν δικαιολογεί παρέκκλιση από την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων⁵⁴.

88. Οι επιχειρήσεις μπορεί μεν να μην υπόκεινται στην απαγόρευση του άρθρου 28 ΕΚ, υποχρεούνται, όμως, να μην παρακωλύουν τους σκοπούς της Συνθήκης και, ειδικότερα, το ελεύθερο εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, σύμφωνα με τα άρθρα 81 ΕΚ και 82 ΕΚ, τα οποία χαρακτηρίζουν ασυμβίβαστες με τη Συνθήκη τις πρακτικές που προκαλούν τεχνητή απομόνωση των εθνικών αγορών και αλλοιώσεις του ανταγωνισμού⁵⁵. Είναι αναγκαία, επομένως, η επίκληση της νομολογίας του Δικαστηρίου σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, τουλάχιστον όσον αφορά τη στεγανοποίηση των εθνικών αγορών.

89. Σε κάθε περίπτωση, η αυστηρότητα της πολιτικής τιμών μετριάζεται με τις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 2 της οδηγίας 89/105⁵⁶, η οποία εφαρμόζεται σε όλους τους τύπους κρατικής παρεμβάσεως⁵⁷. Από την ως άνω παράγραφο 2 προκύπτει σαφώς ότι οι παραγωγοί φαρμάκων συμμετέχουν σε συζητήσεις με τις αρχές που είναι αρμόδιες για τον καθορισμό των τιμών, οι οποίες οφείλουν να αιτιολογούν με «αντικειμενικά και επαληθεύσιμα κριτήρια» την άρνησή τους να επιτρέψουν την κυκλοφορία του φαρμάκου στην τιμή που προτείνει ο αιτών. Στην παράγραφο 1 προβλέπεται ακόμη και σιωπηρή έγκριση εκ μέρους της διοικήσεως, καθώς, αν δεν υπάρξει απόφαση του κράτους μέλους μέσα σε ενενήντα ημέρες από την υποβολή της αιτήσεως, ο αιτών δικαιούται να διαθέσει το φάρμακο στην αγορά.

90. Όσο σκληρές και αν είναι οι διαπραγματεύσεις, δεν πρέπει να λησμονούμε τη θέση των φαρμακευτικών εταιριών, ιδίως όταν αυτές διαθέτουν νέα διπλώματα ευρεσιτεχνίας, τα οποία, κατά κανόνα, συνεπάγονται μια πρόοδο για τον ασθενή που υποβάλλεται σε θεραπευτική αγωγή με τα αντίστοιχα φάρμακα. Το στοιχείο αυτό έχει ιδιαίτερη σημασία, καθώς είναι προς το συμφέρον του κράτους μέλους, το οποίο υποχρεούται να εξασφαλίζει στον ασθενή υγειονομική περίθαλψη ποιότητας, να έχει στη διάθεσή του τα καλύτερα μέσα που του προσφέρει η αγορά, εφόσον μπορεί να τα προμηθεύεται σε εύλογη τιμή⁵⁸.

53 — Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1996, C-267/95 και C-268/95, Merck και Beecham (Συλλογή 1996, σ. I-6285, σκέψη 47).

54 — Όπ.π.

55 — Απόφαση της 31ης Μαΐου 1979, 22/78, Hugin (Συλλογή τόμος 1979/I, σ. 951, σκέψη 17).

56 — Όπως περιγράφονται στο σημείο 5 των ανά χείρας προτάσεων.

57 — Άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/105.

58 — Δεύτερη και τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 89/105.

91. Αναγνωρίζω ότι, με την πάροδο του χρόνου, το πλεονέκτημα του κατόχου διπλώματος ευρεσιτεχνίας στον τομέα της φαρμακευτικής εξασθενεί, υποχρεώνοντάς τον να μειώνει τις τιμές που συμφώνησε αρχικώς με τις υγειονομικές αρχές. Η εξέλιξη αυτή, όμως, είναι φυσιολογική και οφείλεται στην προσφορά από άλλους παραγωγούς υποκατάστατων προϊόντων που εξασφαλίζουν αποτελεσματικότερη θεραπεία και που υποκαθίστανται με τη σειρά τους, χάρη στις προόδους της έρευνας.

92. Κατά τα λοιπά, τα επίπεδα της συμφωνηθείσας τιμής πρέπει να είναι τέτοια ώστε οι επιχειρήσεις του κλάδου να μην αναγκάζονται να πωλούν κάτω από την τιμή κόστους.

93. Με λίγα λόγια, μολονότι η αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων δεν λειτουργεί με το σύνηθες καθεστώς ανταγωνισμού, το σύστημα ρυθμίσεως των τιμών δεν εκφεύγει εντελώς από την επιρροή των παραγωγών τους, οι οποίοι διαπραγματεύονται τις τιμές αυτές με τις υγειονομικές αρχές των κρατών μελών, διαθέτουν σχετική ισχύ στην αγορά και προσαρμόζονται εύκολα στις εναλλαγές της πολιτικής υγείας, τουλάχιστον όσον αφορά τα φάρμακα.

ii) Η υποχρέωση εφοδιασμού

94. Ο δεύτερος παράγοντας ρυθμίσεως της αγοράς, ο οποίος, κατά την GSK, διαταράσσει τη φυσιολογική της δραστηριότητα στην Ελλάδα και δικαιολογεί τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, αφορά την υποχρέωση για συνεχή και επαρκή εφοδιασμό της ελληνικής αγοράς. Η εταιρία υποστηρίζει επίσης ότι η εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής την εμποδίζει να ικανοποιεί δεόντως τις παραγγελίες των χονδρεμπόρων.

95. Η έκταση της υποχρέωσης αυτής επιβάλλει ορισμένες διευκρινίσεις, καθόσον ορισμένες από τις εκκαλούσες της κύριας δίκης θεωρούν ότι έχουν επίσης υποχρέωση να εφοδιάζουν την αγορά, βάσει του άρθρου 81, δεύτερο εδάφιο, της οδηγίας 2001/83/ΕΟΚ, στην οποία έγινε αναφορά στο σημείο 6 των ανά χειράς προτάσεων. Δεν βλέπω, επομένως, γιατί η GSK επικαλείται υπέρ αυτής την εν λόγω υποχρέωση.

96. Χωρίς αμφιβολία, οι ανάγκες των ασθενών σε ένα κράτος μέλος δεν υπόκεινται σε ξαφνικές μεταβολές, με εξαίρεση τις επιδημίες ή τις πανδημίες· επομένως, τα στατιστικά στοιχεία για τους πάσχοντες από κάθε ασθένεια είναι αξιόπιστα και παρέχουν στις επιχειρήσεις σχετική δυνατότητα προβλέψεως που τους επιτρέπει να προσαρμόζονται στην αγορά.

97. Εν ολίγοις, για όλους τους παραπάνω λόγους, η υποχρέωση εφοδιασμού δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί για να δικαιολογήσει τη μείωση των ποσοτήτων που η εταιρία GSK προμηθεύει στους ανταγωνιστές της Έλληνες χονδρεμπόρους.

98. Συνεπώς, αφού απορρίφθηκαν οι δύο λόγοι απαλλαγής που πρότεινε η GSK, πρέπει να αποκλειστεί η άποψη ότι υπάρχουν στην κρινόμενη υπόθεση αντικειμενικοί λόγοι συνδεδεμένοι με την κρατική παρέμβαση στην αγορά, ικανοί να δικαιολογήσουν τη συμπεριφορά της εταιρίας.

2. Η προστασία των νόμιμων εμπορικών συμφερόντων

α) Νομολογιακή εξέταση

99. Από σύντομη εξέταση της νομολογίας προκύπτει ότι αυτή η κατηγορία αντικειμενικών δικαιολογητικών λόγων είναι η μόνη που έχει αποκρυσταλλωθεί μέχρι τώρα και ότι η ουσιαστική συζήτηση σχετικά με το άρθρο 82 ΕΚ έχει περιοριστεί στη διάκριση μεταξύ

καταχρηστικών πρακτικών και πρακτικών που έχουν ως σκοπό την προστασία νόμιμων εμπορικών συμφερόντων⁵⁹.

100. Η άρνηση πλήρους ικανοποίησης των παραγγελιών των Ελλήνων χονδρεμπόρων ισοδυναμεί με, έστω και μερική, άρνηση εφοδιασμού, γι' αυτό θα περιοριστώ στις σπάνιες σχετικές κρίσεις του Δικαστηρίου.

101. Η απόφαση United Brands αναγνώρισε στην προστασία των νόμιμων εμπορικών συμφερόντων ένα εργαλείο για τη διασκέδαση των υποψιών περί καταχρήσεως από επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση, το οποίο τους επιτρέπει να λαμβάνουν τα κατάλληλα για την προστασία αυτή μέτρα, υπό την απαραίτητη προϋπόθεση ότι η απάντησή τους είναι ανάλογη προς τις επιθέσεις που υφίστανται τα συμφέροντά τους⁶⁰.

102. Εντούτοις, η καθιέρωση της αρχής αυτής δεν χρησίμευσε στην αμερικανική

59 — Van Bael, I., και Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community*, 4η έκδ., εκδ. Kluwer, Χάγη 2005, σ. 907.

60 — Προπαρατεθείσα απόφαση United Brands, σκέψεις 189 και 190.

πολυεθνική εμπορίας μπανάνας, καθόσον η απόφαση έκρινε ότι δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις της νόμιμης προστασίας, επειδή ακριβώς η άρνηση της εταιρίας να εκτελέσει τις παραγγελίες της πελάτιδας και ανταγωνίστριας της Olesen ήταν δυσανάλογα επαχθής⁶¹.

103. Σε άλλη υπόθεση, το Δικαστήριο εξέτασε την άρνηση εφοδιασμού σε περίοδο ελλείψεως, κατά τη διάρκεια της κρίσεως του πετρελαίου⁶² της δεκαετίας του '70, και επέτρεψε στην εταιρία BP να εφαρμόσει σε έναν περιστασιακό αγοραστή, τον ολλανδικό συνεταιρισμό ABG, ποσοστό μείωσης της προμήθειας σε αργό πετρέλαιο μεγαλύτερο από το αντίστοιχο των συνήθων πελατών της, προκειμένου να μην υποστούν οι τελευταίοι μεγαλύτερες σχετικά ζημιές⁶³.

104. Πέραν της κοινοτικής νομολογίας, δικαιολογητικοί λόγοι έχουν αναγνωριστεί και σε άλλους τομείς. Έτσι, για παράδειγμα, η Επιτροπή αναγνωρίζει το δικαίωμα ενός δεσπόζοντος παραγωγού να αναθεωρεί τις εμπορικές του σχέσεις όταν ένας πελάτης μεταβάλει την πολιτική του προκειμένου να προωθήσει μια ανταγωνιστική μάρκα⁶⁴.

61 — Σκέψεις 191 επ. της αποφάσεως United Brands.

62 — Απόφαση της 29ης Ιουνίου 1978, 77/77, BP κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1978, σ. 483, γνωστή ως «Κρίση του πετρελαίου»).

63 — Όπ.π., σκέψεις 32 και 33.

64 — Απόφαση 87/500/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 29ης Ιουλίου 1987, σχετικά με τη διαδικασία βάσει του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ (IV/32-279 BBI/Boosey & Hawkes: προσωρινά μέτρα) (ΕΕ L 286, σ. 36), σημείο 19.

105. Η θεωρία αναγνωρίζει και άλλους δικαιολογητικούς λόγους, όπως αυτόν του ακατάλληλου εμπορικού εταίρου, δηλαδή του εταίρου που βρίσκεται στα όρια της πτωχεύσεως, που παραλείπει συστηματικά να εκτελέσει τη σύμβαση ή που ζημιώνει την εικόνα ή την ποιότητα των εμπορευμάτων του προμηθευτή⁶⁵. Στις περιπτώσεις αυτές, η κοινή λογική υπαγορεύει να γίνεται σεβαστή η απόφαση οποιασδήποτε δεσπόζουσας επιχειρήσεως να μην εκτελεί τις παραγγελίες ενός τέτοιου εταίρου.

β) Προβαλλόμενοι λόγοι

106. Από τα επιχειρήματα που προβάλλει η GSK με τις παρατηρήσεις που υπέβαλε στο Δικαστήριο, όλα όσα σχετίζονται με την πώση των εσόδων της λόγω της απώλειας του μεριδίου της στην αγορά προς όφελος των χονδρεμπόρων και με τις επιπτώσεις της πτώσεως αυτής στην ανάκτηση των επενδύσεων στην έρευνα και την ανάπτυξη (στο εξής: E+A) ανάγονται στην προστασία των νόμιμων συμφερόντων.

107. Τόσο η GSK όσο και ορισμένοι θεωρητικοί της νομικής επιστήμης αναφέρονται στο τεράστιο κόστος των επενδύσεων σε E+A που προϋποθέτει η κυκλοφορία ενός φαρμάκου· προσθέτουν ότι το χρονικό

65 — Van Bael, I., και Bellis, J.-F., όπ.π., σ. 957.

διάστημα μεταξύ της αποκτήσεως του διπλώματος ευρεσιτεχνίας για μια δραστική ουσία και της διαθέσεώς του για θεραπευτικούς σκοπούς φθάνει κατά μέσο όρο τα δώδεκα ή δεκατρία έτη, με αποτέλεσμα η περίοδος της κερδοφόρας διαθέσεώς του να περιορίζεται σε επτά ή οκτώ έτη⁶⁶.

108. Υπ' αυτές τις συνθήκες —υποστηρίζει η άποψη αυτή— το παράλληλο εμπόριο και η παρασκευή γενόσημων μετά τη λήξη της προστασίας από το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ελαχιστοποιούν την αναπλήρωση των δαπανών E+A.

109. Δεν φαίνεται να υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ενδεχόμενης ζημίας στις επενδύσεις E+A και του παράλληλου εμπορίου, για τους εξής λόγους: κατ' αρχάς, η GSK και οι προαναφερθέντες συγγραφείς δεν έχουν παράσχει κανένα στοιχείο που να εξηγεί την ύπαρξη της περιόδου κατά την οποία το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας δεν αποφέρει κέρδη. Αυτή η τόσο παρατεταμένη αναμονή, όμως, οφείλεται στις εσωτερικές δομές των εξόδων των ίδιων των φαρμακευτικών εταιριών. Εν πάση περιπτώσει, καθώς οι εταιρίες αυτές θεωρούν πολύ σύντομη την περίοδο κερδοφορίας του διπλώματος ευρεσιτεχνίας, ανακαλύπτουν πώς αισθάνεται όποιος απολαμβάνει τα δικαιώματά του για περιορισμένο χρονικό διάστημα. Θα τολμούσα, δε, να εικάσω ότι υπάρχουν και

άλλοι τομείς στους οποίους συμβαίνει κάτι ανάλογο με αυτό το είδος άυλης ιδιοκτησίας.

110. Δεύτερον, μολοντί θα ήταν λογικό να σκεφθεί κάποιος ότι η οικονομική επιτυχία ενός διπλώματος ευρεσιτεχνίας και μόνο διασφαλίζει τη συγκέντρωση περισσότερων πόρων για τη συνέχιση της έρευνας, η πολιτική E+A στον φαρμακευτικό κλάδο έχει αναχθεί σε κλειδί για το σύνολο της εταιρικής δραστηριότητας. Σε αυτόν τον κλάδο της οικονομίας μόνον η συνεχής αναζήτηση νέων επαναστατικών φαρμάκων καθιστά δυνατή την επιβίωση σε μια ιδιαίτερα ανταγωνιστική και επικερδή παγκοσμιοποιημένη αγορά. Χωρίς, όμως, μια καλά σχεδιασμένη εμπορική πολιτική, ακόμη και οι πιο ιδιοφυείς εφευρέσεις κινδυνεύουν να περάσουν απαρατήρητες. Για τον λόγο αυτόν, κάθε επιχείρηση είναι υποχρεωμένη να αναζητεί τα πιο πρόσφορα μέσα για να φθάσει στον καταναλωτή και να τον πείσει.

111. Η GSK είναι ελεύθερη να καθορίζει το σύστημα διανομής των εμπορευμάτων της στην Ευρώπη. Επέλεξε μια στρατηγική που περιελάμβανε τους Έλληνες χονδρεμπόρους, διότι την έκρινε πιο αποτελεσματική και αποδοτική από οικονομικής απόψεως. Θα μπορούσε να έχει επιλέξει ένα κάθετα διαρθρωμένο σύστημα διανομής των φαρμάκων

66 — Krapf, E., *Parallelimporte von Arzneimitteln und europäisches Kartellrecht — eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels*, εκδ. Shaker, Άαχεν 2006, σ. 107 και 108.

της, όπως αυτό που εφάρμοσε τον Νοέμβριο του 2000. Μολονότι είναι ελεύθερη να αναδιμορφώνει το σύστημα παραδόσεων, εφόσον σέβεται τις συνήθειες της αγοράς, στην επίδικη περίπτωση κατηγορείται ότι τιμώρησε τους χονδρεμπόρους, επειδή εκμεταλλεύτηκαν καλύτερα τις συνθήκες της αγοράς, εμποδίζοντάς τους να ασκήσουν την εξαγωγική τους δραστηριότητα.

112. Τρίτον, από την εξέταση των στοιχείων που παρέχει η θεωρία στην οποία αναφέρθηκε στο σημείο 107 των ανά χειράς προτάσεων, σύμφωνα με τα οποία, μεταξύ των ετών 1998 και 2003, το μερίδιο των παράλληλων εισαγωγών στην αγορά αυξήθηκε από 1,8 σε 6,8 %⁶⁷, δημιουργείται η εντύπωση ότι η πραγματική μάχη αφορά την ανάκτηση αυτών των περιθωρίων κέρδους που κέρδισαν οι ανταγωνιστές των μεγάλων φαρμακευτικών εταιριών.

113. Υπό το πρίσμα αυτό, θεωρώ παραπλανητικό το επιχείρημα περί αποθαρρύνσεως που προκαλεί η απώλεια εσόδων λόγω της παράλληλης εισαγωγής φαρμάκων που προστατεύονται με δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, καθώς στοχεύει στην παραπλάνηση της κοινής γνώμης, ήδη ευαίσθητοποιημένης στη ζωτική σημασία του διδύμου E+A για την

ανταγωνιστικότητα, μεταθέτοντας το βάρος από την επιχειρηματική αντιπαλότητα στην πολιτική προωθήσεως της έρευνας, τομέα τον οποίον η Ευρωπαϊκή Ένωση έχει συμπεριλάβει στους σκοπούς της αφότου η Ενιαία Ευρωπαϊκή Πράξη ενσωμάτωσε στη Συνθήκη ΕΚ τον τίτλο XVIII «Έρευνα και τεχνολογική ανάπτυξη».

114. Στο πλαίσιο αυτό, η Ευρωπαϊκή Ένωση προσφέρει ευνοϊκό περιβάλλον στις επιχειρήσεις, ενθαρρύνοντάς τες να μειώσουν το κόστος E+A μέσω της απαλλαγής ανά κατηγορία των οριζόντιων συμφωνιών τέτοιας φύσεως⁶⁸, έχοντας συναίσθηση ότι η συνεργασία στον τομέα αυτόν και η κοινή εκμετάλλευση των αποτελεσμάτων της συμβάλλει στην προαγωγή της τεχνικής και οικονομικής προόδου, με την ευρύτερη διάδοση της τεχνολογίας· επιπλέον, αποτρέπει τη διεξαγωγή περιττών εργασιών E+A, δημιουργεί τις προϋποθέσεις για νέα επιτεύγματα μέσω της ανταλλαγής συμπληρωματικής τεχνολογίας και συντελεί στον εξορθολογισμό της παραγωγής των προϊόντων ή της εφαρμογής των διαδικασιών που αποτελούν καρπό της E+A⁶⁹.

115. Ως εκ τούτου, ακόμη και αν η συμπεριφορά της εφεσίβλητης μπορούσε να δικαιολογηθεί, θα έπρεπε να χαρακτηριστεί

67 — Graf, E., όπ.π., σ. 2.

68 — Κανονισμός (ΕΚ) 2659/2000 της Επιτροπής, της 29ης Νοεμβρίου 2000, σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 3, της Συνθήκης σε κατηγορίες συμφωνιών έρευνας και ανάπτυξης (ΕΕ L 304, σ. 7).

69 — Δέκατη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού 2659/2000.

δυσανάλογα επαχθής, καθόσον καταργεί τον ανταγωνισμό εντός της Ευρώπης, εξουθενώνοντας τις παράλληλες εισαγωγές από την Ελλάδα.

ούτε τους ασθενείς ούτε τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης που αναλαμβάνουν την επιστροφή των ιατρικών εξόδων. Παραθέτει το στοιχείο αυτό σε αντιδιαστολή προς τα μεγάλα κέρδη των χονδρεμπόρων από την πώληση του εμπορεύματος σε χώρες στις οποίες η τιμή που καλύπτεται από τις ιατρικές ασφαλίσσεις είναι μεγαλύτερη απ' ό,τι στην Ελλάδα, ενώ ταυτόχρονα παραπονεείται για τα μεγάλα ποσά που η ίδια έχει παύσει να εισπράττει.

3. Το θετικό οικονομικό αποτέλεσμα

116. Ο τελευταίος δικαιολογητικός λόγος που προβάλλουν οι δεσπόζουσες εταιρίες αφορά την οικονομική αποτελεσματικότητα της φερόμενης ως καταχρηστικής συμπεριφοράς («efficiency defence»). Το έγγραφο προβληματισμού της Επιτροπής σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ την εντάσσει στον καθορισμό της πολιτικής της⁷⁰, απηχώντας τη θεωρία που ζητούσε την αναγνώρισή της⁷¹.

118. Πέρα από την περιγραφή των «τραγικών» συνεπειών του παράλληλου εμπορίου, η GSK δεν αναφέρει κανένα θετικό αποτέλεσμα που να απορρέει από τον περιορισμό που επέβαλε στις παραδόσεις φαρμάκων προς τους χονδρεμπόρους, με εξαίρεση το γεγονός ότι ανέκτησε τα περιθώρια κέρδους της· όπως, όμως, ορθώς επισημαίνει η Πολωνική Κυβέρνηση, το γεγονός αυτό είναι άνευ σημασίας για τον χαρακτηρισμό της συμπεριφοράς της ως καταχρηστικής ή για τη δικαιολόγηση της συμπεριφοράς αυτής.

117. Από τις παρατηρήσεις της GSK συνάγεται το συμπέρασμα ότι σε αυτή την κατηγορία θα έπρεπε να υπαχθούν οι ισχυρισμοί της σχετικά με τις στρεβλωτικές συνέπειες του παράλληλου εμπορίου υποχρεωτικά συνταγογραφούμενων φαρμάκων. Η ίδια ισχυρίζεται ότι το παράλληλο εμπόριο δεν ωφελεί

119. Ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι οι επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση δικαιούνται να αποδείξουν το θετικό οικονομικό αποτέλεσμα των καταχρήσεών τους, η GSK δεν απέδειξε κανένα γεγονός ικανό να κλίσει την πλάστιγγα προς το μέρος της, μολονότι τα κριτήρια της καλής διαβίωσης του ασθενούς και της μείωσης των δαπανών της δημόσιας υγείας αξίζουν ιδιαίτερης προσοχής στην κύρια δίκη. Παρέλκει, επομένως, η εξέταση

70 — Ευρωπαϊκή Επιτροπή, όπ.π., σημεία 84 έως 91.

71 — Loewenthal, P.-J., όπ.π., σ. 464 και 465.

της αναλογικότητας, η οποία θα αποτελούσε το τελευταίο βήμα της αναλύσεως, αν είχε γίνει δεκτός κάποιος δικαιολογητικός λόγος.

- στοιχεία σχετικά με τη ρύθμιση της αγοράς, τα οποία δεν έχει τη δυνατότητα να επηρεάσει και, ως εκ τούτου, την εξαναγκάζουν να συμπεριφερθεί κατ' αυτόν τον τρόπο· στην επίδικη διαφορά, αποκλείονται ο καθορισμός των τιμών των φαρμάκων και η υποχρέωση διατήρησης αποθεμάτων για τον εφοδιασμό των ασθενών·

4. Προτεινόμενη απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα

120. Σύμφωνα με τις ανωτέρω σκέψεις, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα ότι ο περιορισμός από μια επιχείρηση με δεσπίζουσα θέση των προμηθειών που της παραγγέλλουν οι χονδρέμποροι φαρμάκων στις ποσότητες που καλύπτουν τη ζήτηση της εγχώριας αγοράς, με σκοπό να θέσει τέλος στις παράλληλες εισαγωγές των χονδρεμπόρων αυτών προς άλλα κράτη μέλη, αποτελεί, κατ' αρχήν, καταχρηστική συμπεριφορά υπό την έννοια του 82 ΕΚ.

- στοιχεία ότι το μοναδικό της κίνητρο ήταν η υπεράσπιση των νόμιμων εμπορικών της συμφερόντων· στην παρούσα υπόθεση, δεν περιλαμβάνονται σε αυτά οι επιπτώσεις στα κίνητρα για καινοτομία·

- και τα οικονομικά οφέλη της ελεγχόμενης συμπεριφοράς.

121. Εντούτοις, η ελεγχόμενη επιχείρηση δύναται να προσκομίσει τα κατάλληλα για την αντικειμενική δικαιολόγηση της συμπεριφοράς της στοιχεία και ειδικότερα:

122. Αφού διαπιστωθεί το βάσιμο του δικαιολογητικού λόγου, δεν πρέπει να παραλειφθεί η εξέταση της αναλογικότητας, δηλαδή η επαλήθευση του αναγκαίου και ανάλογου χαρακτήρα της εν λόγω συμπεριφοράς.

VI — Πρόταση

123. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, αποκλίνοντας από τις προαναφερθείσες προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs στην υπόθεση ΣΥΦΑΙΤ κ.λπ., προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα του Τριμελούς Εφετείου Αθηνών ως εξής:

- «1) Το άρθρο 82 ΕΚ δεν μπορεί να αποτελέσει νομική βάση για να προσαφθεί σε επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση καθεαυτή καταχρηστική συμπεριφορά, ακόμη και αν από τα περιστατικά της υποθέσεως καθίσταται προφανής η πρόθεσή τους και το βλαπτικό για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα της συμπεριφοράς αυτής.

- 2) Η άρνηση μιας επιχειρήσεως με δεσπόζουσα θέση να ικανοποιήσει πλήρως τις παραγγελίες που της απευθύνουν οι χονδρέμποροι φαρμάκων, η οποία οφείλεται στην πρόθεσή της να περιορίσει τις εξαγωγές τους και τη ζημία που της προκαλεί το παράλληλο εμπόριο, αποτελεί καταχρηστική συμπεριφορά υπό την έννοια του 82 ΕΚ. Ωστόσο, η επιχείρηση δύναται να προσκομίσει τα κατάλληλα για την αντικειμενική δικαιολόγηση της συμπεριφοράς της στοιχεία και ειδικότερα:
 - στοιχεία σχετικά με τη ρύθμιση της αγοράς, τα οποία δεν έχει τη δυνατότητα να επηρεάσει και, ως εκ τούτου, την εξαναγκάζουν να συμπεριφερθεί κατ' αυτόν τον τρόπο, μη συμπεριλαμβανομένων σε αυτά, στην επίδικη διαφορά, του καθορισμού των τιμών των φαρμάκων και της υποχρέωσης διατηρήσεως αποθεμάτων για τον εφοδιασμό των ασθενών·

 - στοιχεία ότι το μοναδικό της κίνητρο ήταν η υπεράσπιση των νόμιμων εμπορικών της συμφερόντων, μη συμπεριλαμβανομένων σε αυτά, στην παρούσα υπόθεση, των επιπτώσεων στα κίνητρα για καινοτομία·

 - και τα οικονομικά οφέλη της ελεγχόμενης συμπεριφοράς.»