DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

31. maj 2005 *

I sag C-53/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF indgivet af Epitropi Antagonismou (Grækenland) ved beslutning af 22. januar 2003, indgået til Domstolen den 5. februar 2003, i sagen:

Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) m.fl.,

Panellinios Syllogos Farmakapothikarion,

Interfarm — A. Agelakos & Sia OE m.fl.,

K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton m.fl.

mod

GlaxoSmithKline plc,

GlaxoSmithKline AEVE, tidligere Glaxowellcome AEVE,

* Processprog: græsk.

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas og R. Silva de Lapuerta samt dommerne C. Gulmann (refererende dommer), R. Schintgen, N. Colneric og S. von Bahr,

generaladvokat: F.G. Jacobs
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. maj 2004

efter at der er afgivet indlæg af:

— Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) m.fl. ved dikigoroi P. Kaponis og S. Orfanoudakis

— Panellinios Syllogos Farmakapothikarion og K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton m.fl. ved dikigoroi L. Roumanias og G. Papaïoannou og Rechtsanwalt W. Rehmann

— Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia ved dikigoros D. Chatzinikolis

— Interfarm — A. Agelakos & Sia OE m.fl. ved dikigoros G. Mastorakos

— GlaxoSmithKline plc og GlaxoSmithKline AEVE ved dikigoros D. Kyriakis, I. Forrester, QC, og Rechtsanwalt A. Schulz

— den svenske regering ved A. Kruse, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved T. Christoforou og F. Castillo de la Torre, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. oktober 2004,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse angår fortolkningen af artikel 82 EF.

2 Denne anmodning er indgivet i en sag, der verserer ved Epitropi Antagonismou (det græske konkurrencenævn), mellem klagerne, nemlig sammenslutningerne Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) m.fl. (herefter »Syfait m.fl.«)

og Panellinios Syllogos Farmakapothikarion (herefter »PSF«) samt selskaberne Interfarm — A. Agelakos & Sia OE m.fl. (herefter »Interfarm m.fl.«) og K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton m.fl. (herefter »Marinopoulos m.fl.«) på den ene side, og det britiske selskab GlaxoSmithKline plc (herefter »GSK plc«) og dets græske datterselskab, Glaxo-SmithKline AEVE, tidligere Glaxowellcome AEVE (herefter »GSK AEVE«), på den anden side, vedrørende de to sidstnævnte selskabers afslag på at efterkomme bestillinger af visse lægemidler på det græske marked.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Artikel 82 EF bestemmer følgende:

»En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

Misbrug kan især bestå i:

a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser

b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne

c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartner, som derved stilles ringere i konkurrencen

d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.«

De nationale bestemmelser

4 Artikel 2 i lov nr. 703/77 om kontrol af monopoler og oligopoler og beskyttelse af den frie konkurrence (FEK A'278), som ændret ved lov nr. 2941/2001 (FEK A'201, herefter »lov nr. 703/77«), er i det væsentlige identisk med bestemmelserne i artikel 82 EF.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

5 Syfait m.fl. er sammenslutninger af medicinalvaregrossister med hjemsted i Grækenland. Deres vigtigste virksomhed består i den løbende drift af et fælles lager af lægemidler indkøbt hos forskellige medicinalvareselskaber for at sikre forsyningen af deres medlemmer.

6 PSF er en sammenslutning af lægemiddelgrossister med hjemsted i Grækenland, som varetager sine medlemmers interesser.

7 Selskaberne Interfarm m.fl. er lægemiddelgrossister med hjemsted i Grækenland. Marinopoulos m.fl. er selskaber, der driver virksomhed med distribution af lægemidler i Grækenland.

8 GSK AEVE har hjemsted i Grækenland og kontrolleres fuldt ud af GSK plc, et selskab, der fremstiller medicinalvarer og har hjemsted i Det Forenede Kongerige, og som er et resultat af fusionen i 2000 mellem selskaberne Glaxowellcome plc og SmithKline Beecham.

9 GSK AEVE importerer og distribuerer talrige medicinske specialiteter, heriblandt lægemidlerne Imigran, Lamictal og Serevent. Disse er originale lægemidler, som er et resultat af forskning og teknologi, og som klassificeres som receptpligtige lægemidler.

10 Medlemmerne af Syfait m.fl. og PSF samt selskaberne Interfarm m.fl. og Marinopoulos m.fl. køber bl.a. disse lægemidler af GSK AEVE i alle deres former for dernæst at distribuere dem på det indenlandske marked samt i udlandet.

11 Indtil november 2000 efterkom GSK AEVE alle de bestillinger, som selskabet modtog. En stor del af de leverancer, der svarede til disse bestillinger, blev genudført til andre medlemsstater, navnlig til Det Forenede Kongerige, på grund af den betydeligt lavere pris på lægemidlerne Imigran, Lamictal og Serevent i Grækenland.

12 Fra begyndelsen af november 2000 påberåbte GSK AEVE sig alvorlige mangelsituationer på græske marked, som ifølge selskabet skyldtes genudførsler foretaget af tredjeparter, som begrundelse for at ændre sit distributionssystem i Grækenland og ophøre med at efterkomme bestillingerne fra klagerne i hovedsagen samt bestillinger fra tredjemænd. Selskabet erklærede, at det ville forsyne hospitaler og apoteker direkte.

13 I februar 2001 fandt GSK AEVE, at lægemiddelforsyningen i et vist omfang var blevet normaliseret, og at hospitalernes og apotekernes lagre var blevet genoprettet, og erstattede derfor det tidligere salgssystem med et andet distributionssystem.

14 Klagerne i hovedsagen forelagde Epitropi Antagonismou spørgsmålet om GSK AEVE's forhandling af lægemidlerne Imigran, Lamictal og Serevent på det græske marked som led i de distributionssystemer, der har afløst hinanden siden november 2000. De kritiserede dette selskab for ikke fuldt ud at efterkomme de bestillinger, som det modtog. En sådan adfærd er ifølge klagerne misbrug af dominerende stilling i henhold til artikel 2 i lov nr. 703/77 og artikel 82 EF.

15 Den 3. august 2001 pålagde Epitropi Antagonismou ved beslutning nr. 193/111 om foreløbige forholdsregler GSK AEVE foreløbigt, og indtil der blev truffet afgørelse i hovedsagen, at efterkomme bestillinger af de tre pågældende lægemidler. GSK AEVE indbragte sagen for Dioikitiko Efeteio Athinon (appelretten i forvaltningssager i Athen) og krævede denne beslutning udsat, men beslutningen blev opretholdt den 10. januar 2002 og var stadig i kraft på datoen for forelæggelsesbeslutningen.

16 Epitropi Antagonismou har bemærket, at GSK AEVE har overholdt de foreløbige forholdsregler, der er fastsat ved beslutning nr. 193/111, i hvert fald for så vidt

selskabet er blevet forsynet af GSK plc. Disse forsyninger har mere end dækket forbrugernes behov på det indenlandske marked. De beviser, som GSK AEVE har fremlagt for Epitropi Antagonismou, godtgør imidlertid, at bestillingerne lå betydeligt over dette niveau, navnlig i september 2001, således at de ikke alle kunne efterkommes.

17 I forelæggelsesbeslutningen har Epitropi Antagonismou præciseret, at GSK AEVE og GSK plc handler i overensstemmelse med det cirkulære, der er udstedt den 27. november 2001 af Ethnikos Organismos Farmakon (det nationale kontor for lægemidler), hvorefter alle, der deltager i distributionen af receptpligtige lægemidler, »skal forsyne det indenlandske marked med mængder mindst svarende til de skrevne recepter [...] plus et bestemt kvantum (25%) til dækning af ekstraordinære behov og behov, der følger af en eventuel ændring i forholdene«.

18 Desuden indgav GSK AEVE den 5. december 2001 en ansøgning til Epitropi Antagonismou om en negativattest i henhold til artikel 11 i lov nr. 703/77 vedrørende selskabets afslag på at dække mere end 125% af de græske behov.

19 Epitropi Antagonismou, som både skal tage stilling til denne ansøgning om negativattest fra GSK AEVE og de klager, der er indgivet af Syfait m.fl., PSE, Interfarm m.fl. og Marinopoulos m.fl. over GSK AEVE og GSK plc, spørger, i hvilket omfang de to sidstnævnte selskabers afslag på fuldt ud at efterkomme de bestillinger, der afgives af klagerne, udgør misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF. Myndigheden har påpeget, at såfremt der ikke foreligger et sådant misbrug, er den i stand til at afgøre, i hvilket omfang betingelserne for udstedelse af den negativeattest, som GSK AEVE har ansøgt om, er opfyldt.

20 På den baggrund har Epitropi Antagonismou besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Når en virksomhed med dominerende stilling ikke fuldt ud efterkommer bestillinger fra medicinalvaregrossister, fordi virksomheden vil begrænse disses eksportaktivitet og hermed det tab, som parallelhandelen påfører den, udgør dette i sig selv et misbrug efter betydningen i artikel 82 EF? Påvirkes besvarelsen af dette spørgsmål af den omstændighed, at parallelhandelen er særdeles indbringende for medicinalvaregrossisterne på grund af de prisforskelle, som er en følge af den statslige intervention i EU's medlemsstater, eller med andre ord på grund af, at lægemiddelmarkedet ikke er undergivet rene konkurrencebetingelser, men tværtimod udgør et marked, der er præget af en høj grad af statslig intervention? Er det endelig en national konkurrencemyndigheds pligt at anvende fællesskabsretlige konkurrenceregler på samme måde på de markeder, hvor der er fri konkurrence, og på de markeder, hvor konkurrencen fordrejes af statslig intervention?

2) Såfremt Domstolen finder, at begrænsningen af parallelhandelen af de ovenfor anførte grunde ikke altid udgør misbrug, når den foretages af en virksomhed med dominerende stilling, hvorledes skal det da afgøres, om der er tale om misbrug?

Nærmere bestemt:

a) Kan den procentdel, der overstiger det normale indenlandske forbrug og/eller det tab, en virksomhed med dominerende stilling lider set i forhold til dens samlede omsætning og dens samlede fortjeneste anses for egnede

kriterier? I bekræftende fald, hvorledes fastsættes da procentsatsen for overstigelsen og for tabet — sidstnævnte forstået som en procentdel af omsætningen og den samlede fortjeneste — ved hvis overskridelse den pågældende adfærd må anses for et misbrug?

b) Skal der følges en fremgangsmåde baseret på en afvejning af interesser, og i bekræftende fald, hvilke interesser skal da indgå i afvejningen?

Nærmere bestemt:

i) påvirkes besvarelsen af, at den endelige forbruger/patienten kun har en begrænset økonomisk fordel af parallelhandelen?

ii) skal der tages hensyn til social- og sygesikringsorganisationernes interesse i billigere lægemidler, og i bekræftende fald i hvilket omfang?

c) Hvilke andre kriterier og hvilke andre synspunkter kan anses for relevante i denne sag?«

Domstolens kompetence

21 Indledningsvis skal der tages stilling til, om Epitropi Antagonismou er en ret i den i artikel 234 EF omhandlede betydning, og om Domstolen følgelig er kompetent til at besvare de spørgsmål, som er stillet den.

De nationale bestemmelser om Epitropi Antagonismou

22 Artikel 8, nr. 1, i lov nr. 703/77 bestemmer følgende:

»Der oprettes en Epitropi Antagonismou, der fungerer som en uafhængig myndighed. Dens medlemmer nyder personlig og funktionel afhængighed og er under udøvelsen af deres hverv alene bundet af love og deres samvittighed. Epitropi Antagonismou har administrativ og økonomisk selvstændighed. Myndigheden står under tilsyn af ministeren for [...] [udvikling].«

23 Epitropi Antagonismou består af ni medlemmer, som udpeges efter den sammensætning, der er fastsat i artikel 8, nr. 3, i lov nr. 703/77. Fire medlemmer samt deres suppleanter vælges af ministeren fra lister med tre kandidater, som hver især indgives af fire faglige organisationer. De øvrige medlemmer omfatter et medlem af statens lovråd eller en dommer ved en af de højeste domstole, to universitetsprofessorer, hvoraf en er jurist og en økonom, samt to anerkendte personligheder med den nødvendige erfaring inden for erhvervsret og konkurrencepolitik. I henhold til artikel 8, nr. 5, i lov nr. 703/77 udnævnes Epitropi Antagonismous medlemmer samt deres suppleanter af ministeren for udvikling for en embedsperiode på tre år.

24 Samme lovs artikel 8, nr. 6, bestemmer følgende:

»Præsidenten for Epitropi Antagonismou og dennes suppleant udpeges af ministeren for [udvikling] blandt [Epitropi Antagonismous] medlemmer. [...] Epitropi Antagonismous præsident er statslig tjenestemand; han udøver udelukkende dette hverv i hele sin embedsperiode [...]«

25 Artikel 8, nr. 7, i lov nr. 703/77 bestemmer:

»I hele deres embedsperiode udøver præsidenten og medlemmerne ikke andre, lønnede eller ulønnede, offentlige hverv eller private faglige aktiviteter, hverken inden for en virksomhed eller som selvstændig, som er uforenelige med deres egenskab af og pligter som medlem af Epitropi Antagonismou.«

26 Med hensyn til forholdet mellem Epitropi Antagonismou og dets sekretariat bestemmer den nævnte lovs artikel 8 c, nr. 1, litra b), følgende:

»Præsidenten koordinerer og leder [Epitropi Antagonismous] sekretariat.«

27 Samme lovs artikel 8 c, nr. 1, litra d), bestemmer følgende:

»Præsidenten er den øverste chef for sekretariatspersonalet ved Epitropi Antagonismou og udøver disciplinær myndighed over dette.«

28 Ifølge nr. 3 i samme artikel 8 c kan Epitropi Antagonismous præsident bemyndige generaldirektøren eller direktøren for Epitropi Antagonismous sekretariat til at udøve en del af sine beføjelser. Sekretariatets generaldirektør udnævnes for tre år med mulighed for genudnævnelse ved beslutning truffet af ministeren for udvikling efter indstilling fra Epitropi Antagonismou, således som det er bestemt i artikel 8 d, nr. 1, andet punktum, i lov nr. 703/77.

Domstolens bemærkninger

29 Det fremgår af fast retspraksis, at for at bedømme, om det organ, der forelægger en sag, er en ret efter betydningen i artikel 234 EF — et spørgsmål, som alene skal afgøres på grundlag af fællesskabsretten — tager Domstolen en hel række forhold i betragtning, nemlig om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, samt om det er uafhængigt (jf. bl.a. dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft, Sml. I, s. 4961, præmis 23, af 21.3.2000, forenede sager C-110/98 — C-147/98, Gabalfrisa m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 33, af 30.11.2000, sag C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 10497, præmis 24, og af 30.5.2002, sag C-516/99, Schmid, Sml. I, s. 4573, præmis 34). Endvidere bemærkes, at nationale retsinstanser kun kan forelægge spørgsmål for Domstolen, hvis der verserer en tvist for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag (jf. bl.a. dom af 12.11.1998, sag C-134/97, Victoria Film, Sml. I, s. 7023, præmis 14, og Österreichischer Gewerkschaftsbund-dommen, præmis 25).

30 Hertil bemærkes først, at Epitropi Antagonismou står under tilsyn af ministeren for udvikling. Det fremgår, at et sådant tilsyn indebærer, at denne minister inden for visse grænser er bemyndiget til at kontrollere lovligheden af Epitropi Antagonismous beslutninger.

31 Dernæst bemærkes, at skønt Epitropi Antagonismous medlemmer ifølge ordlyden af lov nr. 703/77 nyder personlig og funktionel uafhængighed og under udøvelsen af deres hverv alene er bundet af loven og deres samvittighed, står det dog fast, at det ikke fremgår, at der er særlige garantier mod afskedigelse eller annullation af deres udnævnelse. En sådan ordning synes ikke at være egnet til effektivt at hindre utilbørlige indgreb eller pres fra den udøvende magt over for Epitropi Antagonismous medlemmer (jf. hertil dom af 4.2.1999, sag C-103/97, Köllensperger og Atzwanger, Sml. I, s. 551, præmis 21).

32 Desuden bemærkes, at i henhold til samme lovs artikel 8 c, nr. 1, litra b) og d), skal det nævnte organs præsident dels varetage koordination og almindelig ledelse af sekretariatets arbejde, dels er han sekretariatspersonalets øverste chef og udøver disciplinær myndighed over dette personale.

33 I denne forbindelse bemærkes, at Tribunales Económico-Administrativos (Spanien) af Domstolen i præmis 39 og 40 i dommen i sagen Gabalfrisa m.fl. er blevet anset for tredjemænd i forhold til de skatte- og afgiftsmyndigheder, som varetager forvaltningen, opkrævningen og fastsættelsen af moms, navnlig på grund af den funktionelle adskillelse mellem de førstnævnte og de sidstnævnte. Imidlertid bemærkes, at Epitropi Antagonismou, som er et besluttende organ, i det omfang det har en funktionel forbindelse med sit sekretariat, som er et undersøgelsesorgan, og på hvis forslag det handler, ikke klart udskiller sig som tredjemand i forhold til det statsorgan, som i kraft af sin rolle kan have en partslignende stilling under en konkurrencesag.

34 Endelig bemærkes, at en konkurrencemyndighed som Epitropi Antagonismou skal virke i nært samarbejde med Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og i henhold til artikel 11, nr. 6, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1) kan miste sin kompetence ved en beslutning truffet af Kommissionen. I denne sammenhæng skal det i øvrigt påpeges, at artikel 11, nr. 6, i forordning nr. 1/2003 i det væsentlige opretholder bestemmelsen i artikel 9, nr. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81), hvorefter medlemsstaternes konkurrencemyndigheder automatisk mister deres kompetence, når Kommissionen indleder en procedure (jf. hertil betragtning 17 til forordning nr. 1/2003).

35 Det bemærkes i denne forbindelse, at en sag kun kan forelægges for Domstolen af et organ, der skal træffe afgørelse i en tvist, der verserer for det, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag (jf. Victoria Film-dommen, præmis 14, og Österreichischer Gewerkschaftsbund-dommen, præmis 25).

36 Hver gang Kommissionen fratager en national konkurrencemyndighed som Epitropi Antagonismou dens kompetence, udmunder den procedure, som er indledt for sidstnævnte myndighed, ikke i en afgørelse af en retssag.

37 Det følger af de gennemgåede omstændigheder, betragtet under ét, at Epitropi Antagonismou ikke er en ret i den i artikel 234 EF omhandlede betydning.

38 Følgelig har Domstolen ikke kompetence til at besvare de spørgsmål, der er forelagt af Epitropi Antagonismou.

Sagens omkostninger

39 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer ved Epitropi Antagonismou, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

De Europæiske Fællesskabers Domstol er ikke kompetent til at besvare de spørgsmål, der er forelagt af Epitropi Antagonismou ved beslutning af 22. januar 2003.

Underskrifter