SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

31 maggio 2005 *

Nel procedimento C-53/03,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Epitropi Antagonismou (Grecia) con decisione 22 gennaio 2003, pervenuta in cancelleria il 5 febbraio 2003, nella causa tra

Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri,

Panellinios syllogos farmakapothikarion,

Interfarm — A. Agelakos & Sia OE e altri,

K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton e altri

e

GlaxoSmithKline plc,

GlaxoSmithKline AEVE, già Glaxowellcome AEVE,

* Lingua processuale: il greco.

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C.W.A. Timmermans e A. Rosas e dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, presidenti di sezione, dai sigg. C. Gulmann (relatore) e R. Schintgen, dalla sig.ra N. Colneric e dal sig. S. von Bahr, giudici,

avvocato generale: sig. F.G. Jacobs
cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale,

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 18 maggio 2004,

viste le osservazioni scritte presentate:

— per la Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e a., dai sigg. P. Kaponis e S. Orfanoudakis, entrambi dikigoros;

— per la Panellinios syllogos farmakapothikarion e la K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton e a., dai sigg. L. Roumanias e G. Papaïoannou, entrambi dikigoros, e W. Rehmann, Rechtsanwalt;

— per la Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia, dal sig. D. Chatzinikolis, dikigoros;

— per l'Interfarm A. Agelakos & Sia OE e a., dal sig. G. Mastorakos, dikigoros;

— per la GlaxoSmithKline plc e la GlaxoSmithKline AEVE, dai sigg. D. Kyriakis, dikigoros, I. Forrester, QC, e A. Schulz, Rechtsanwalt;

— per il governo svedese, dal sig. A. Kruse, in qualità di agente;

— per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. T. Christoforou e F. Castillo de la Torre, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 28 ottobre 2004,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 82 CE.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia, sollevata dinanzi all'Epitropi Antagonismou (Commissione ellenica per la concorrenza), che oppone le ricorrenti, ossia le associazioni Synetairismos Farmakopoion Aitolias &

Akarnanias (Syfait) e a. (in prosieguo: la «Syfait e a.») e Panellinios syllogos farmakapothikarion (in prosieguo: la «PSF»), nonché le società Interfarm — A. Agelakos & Sia OE e a. (in prosieguo: l'«Interfarm e a.») e K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton e a. (in prosieguo: la «Marinopoulos e a.»), alla società di diritto britannico GlaxoSmithKline plc (in prosieguo: la «GSK plc») e alla sua controllata di diritto ellenico GlaxoSmithKline AEVE, già Glaxowellcome AEVE (in prosieguo: la «GSK AEVE»), relativamente al rifiuto di queste due ultime società di soddisfare gli ordini inerenti ad alcuni medicinali sul mercato greco.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 82 CE dispone quanto segue:

«È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

La normativa nazionale

4 L'art. 2 della legge n. 703/1977, relativa al controllo dei monopoli e degli oligopoli nonché alla protezione della libera concorrenza (FEK A' 278), quale modificata dalla legge n. 2941/2001 (FEK A' 201; in prosieguo: la «legge n. 703/1977»), coincide, in sostanza, con le disposizioni di cui all'art. 82 CE.

La controversia principale e le questioni pregiudiziali

5 La Syfait e a. sono associazioni di farmacisti aventi sede nel territorio ellenico. La loro principale attività consiste nella gestione di un magazzino in comune di medicinali acquistati da diverse società farmaceutiche, al fine di garantire il rifornimento dei loro membri.

6 La PSF è un'associazione che raggruppa grossisti di medicinali aventi sede nel territorio ellenico e tutela gli interessi dei suoi membri.

7 L'Interfarm e a. sono società costituite da grossisti di medicinali aventi sede nel territorio ellenico. La Marinopoulos e a. sono società di distribuzione di farmaci operanti in Grecia.

8 La GSK AEVE ha la sua sede in Grecia ed è interamente controllata dalla GSK plc, società di produzione di farmaci avente sede nel Regno Unito, risultante dalla fusione, avvenuta nell'anno 2000, tra le società Glaxowellcome plc e SmithKline Beecham.

9 La GSK AEVE importa e distribuisce numerosi prodotti farmaceutici, tra i quali i medicinali Imigran, Lamictal e Serevent. Questi sono farmaci brevettati, prodotti della ricerca e della tecnologia, e sono inclusi nell'elenco dei farmaci vendibili su ricetta medica.

10 I membri della Syfait e a. e della PSF nonché le società Interfarm e a. e Marinopoulos e a. acquistano dalla GSK AEVE in particolari detti farmaci, in tutte le loro diverse forme, per distribuirli poi sul mercato nazionale nonché all'estero.

11 Fino al novembre 2000, la GSK AEVE ha soddisfatto tutti gli ordini acquisiti. Un'ampia parte delle consegne corrispondenti a tali ordinativi è stata riesportata verso altri Stati membri, in particolare nel Regno Unito, a causa del prezzo nettamente inferiore dei farmaci Imigran, Lamictal e Serevent in Grecia.

12 Dall'inizio di novembre 2000, la GSK AEVE, invocando situazioni di grave penuria sul mercato greco, causate, a suo parere, dalla riesportazione da parte di terzi, ha modificato il suo sistema di distribuzione in Grecia e ha smesso di eseguire gli ordinativi delle ricorrenti nella causa principale nonché quelli di terzi. Essa ha dichiarato che avrebbe rifornito direttamente gli ospedali e le farmacie.

13 Nel febbraio 2001, la GSK AEVE, adducendo una certa regolarizzazione nel rifornimento di medicinali e una ricostituzione delle scorte degli ospedali e delle farmacie, ha sostituito il precedente metodo di vendita con un altro sistema di distribuzione.

14 Le ricorrenti nella causa principale hanno investito l'Epitropi Antagonismou della questione relativa alla commercializzazione da parte della GSK AEVE dei farmaci Imigran, Lamictal e Serevent sul mercato greco nell'ambito dei sistemi di distribuzione che si sono succeduti dal novembre 2000. Esse hanno contestato a tale società la mancata soddisfazione integrale degli ordinativi fattile. Una tale condotta costituirebbe un abuso di posizione dominante ai sensi degli artt. 2 della legge n. 703/1977 e 82 CE.

15 Il 3 agosto 2001, l'Epitropi Antagonismou, con decisione cautelare n. 193/111, ha obbligato la GSK AEVE a soddisfare gli ordinativi relativi ai tre farmaci in questione fino all'adozione della decisione nella causa principale. La GSK AEVE ha chiesto al Dioikitiko Efeteio Athinon (Corte d'appello amministrativa di Atene, Grecia) di sospendere tale decisione, ma quest'ultima è stata confermata il 10 gennaio 2002 ed era ancora in vigore alla data della decisione di rinvio.

16 L'Epitropi Antagonismou dichiara che la GSK AEVE si è conformata ai provvedimenti provvisori contenuti nella decisione n. 193/111, almeno limitata-

mente al proprio rifornimento da parte della GSK plc. Tale rifornimento sarebbe stato superiore al fabbisogno di consumo del mercato nazionale. Tuttavia, le prove prodotte all'Epitropi Antagonismou dalla GSK AEVE dimostrerebbero che gli ordini hanno significativamente superato tale limite, in particolare nel settembre 2001, cosicché non è stato possibile soddisfarli tutti.

17 Nella sua decisione di rinvio, l'Epitropi Antagonismou precisa che la GSK AEVE e la GSK plc agiscono conformemente alla circolare adottata il 27 novembre 2001 dall'Ethnikos Organismos Farmakon (Agenzia nazionale per i farmaci), secondo cui tutti coloro che partecipano alla distribuzione dei farmaci vendibili su ricetta medica «devono collocare sul mercato nazionale quantità almeno pari alle attuali ricette (...) più una determinata percentuale (25 %) per far fronte a bisogni straordinari e a un eventuale cambiamento delle circostanze».

18 Peraltro, il 5 dicembre 2001, la GSK AEVE ha presentato all'Epitropi Antagonismou una domanda di attestazione negativa ai sensi dell'art. 11 della legge n. 703/1977, relativa al suo rifiuto di coprire più del 125 % del fabbisogno greco.

19 L'Epitropi Antagonismou, investita, nel contempo, di tale domanda di attestazione negativa presentata dalla GSK AEVE e dei ricorsi proposti dalla Syfait e a., dalla PSF, dall'Interfarm e a. e dalla Marinopoulos e a. contro la GSK AEVE e la GSK plc, chiede in che misura il rifiuto opposto da queste due ultime società di soddisfare integralmente gli ordinativi di dette ricorrenti costituisca un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE. In assenza di un tale abuso, essa afferma di essere in grado di determinare in che misura esistono i presupposti per concedere l'attestazione negativa richiesta dalla GSK AEVE.

20 Alla luce di tali circostanze, l'Epitropi Antagonismou ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di soddisfare integralmente gli ordinativi che le vengono inoltrati dai grossisti di medicinali, quando è diretto a restringere le attività di esportazione di questi ultimi e a limitare in tal modo il danno causato dal commercio parallelo, costituisca di per sé un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 82 CE. Se sulla soluzione di tale questione influisca il fatto che il commercio parallelo è molto proficuo per i grossisti in ragione delle differenze di prezzo esistenti nell'ambito dell'Unione europea a causa dell'intervento statale, cioè in ragione del fatto che il mercato dei prodotti farmaceutici non presenta condizioni di concorrenza assolute, essendo invece caratterizzato da un grado elevato di intervento da parte dello Stato. Infine, se sia compito di un'autorità nazionale competente in materia di concorrenza applicare le regole comunitarie di concorrenza in modo indifferenziato ai mercati che funzionano in modo concorrenziale e a quelli in cui la concorrenza viene falsata dall'intervento statale.

2) Come si debba valutare l'eventuale carattere abusivo nel caso in cui la Corte giudichi che la restrizione del commercio parallelo, per le ragioni precedentemente esposte, non costituisce sempre una pratica abusiva, quando è posta in essere da un'impresa in posizione dominante.

In particolare:

a) Se sia appropriato usare il criterio della percentuale di superamento del normale consumo nazionale e/o quello del danno che l'impresa in posizione dominante ha subìto in termini di fatturato complessivo e di profitto

complessivo. In caso di soluzione affermativa, come si debba determinare il livello della percentuale di superamento e del danno subìto — consistendo quest'ultimo in una percentuale del fatturato e del profitto complessivo — al di sopra del quale il comportamento in esame è considerato abusivo.

b) Se debba essere seguita un'impostazione fondata sulla ponderazione degli interessi e, in caso di risposta affermativa, quali siano gli interessi che devono rientrare in tale ponderazione.

Più specificamente:

i) se in proposito rilevi il fatto che il paziente-consumatore finale riceve un vantaggio economico limitato dal commercio parallelo; e

ii) se debbano essere presi in considerazione, e in quale misura, gli interessi degli organismi previdenziali ad ottenere farmaci meno cari.

c) Quali altri criteri e impostazioni possano essere considerati appropriati nel caso di specie».

Sulla competenza della Corte

21 In via preliminare, occorre verificare se l'Epitropi Antagonismou costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE e se, quindi, la Corte è competente a pronunciarsi sulle questioni sottopostele.

La normativa nazionale relativa all'Epitropi Antagonismou

22 L'art. 8, n. 1, della legge n. 703/1977 dispone quanto segue:

«È istituita un'Epitropi Antagonismou che funziona come un'autorità indipendente. Ai suoi membri viene garantita un'indipendenza dal punto di vista personale e funzionale e, nell'esercizio delle loro funzioni, sono sottoposti solo alla legge e alla loro coscienza. L'Epitropi Antagonismou dispone di un'autonomia amministrativa ed economica. Essa è sottoposta al controllo del Ministro per lo (...) [Sviluppo]».

23 L'Epitropi Antagonismou è composta da nove membri designati in base alla composizione prevista dall'art. 8, n. 3, della legge n. 703/1977. Quattro membri, nonché i loro supplenti, vengono scelti dal Ministro all'interno di liste di tre candidati presentate, rispettivamente, da quattro organizzazioni professionali. Tra gli altri membri si annoverano un membro del Consiglio giuridico dello Stato o altro alto magistrato, due professori universitari, di cui uno giurista e l'altro economista, nonché due personalità di fama riconosciuta dotate dell'esperienza richiesta in diritto dell'economia e in politica della concorrenza. Ai sensi dell'art. 8, n. 5, della legge n. 703/1977, i membri dell'Epitropi Antagonismou e i loro supplenti sono nominati dal Ministro per lo Sviluppo con un mandato di tre anni.

24 Ai sensi dell'art. 8, n. 6, della stessa legge:

«Il presidente dell'Epitropi Antagonismou e il suo supplente sono designati dal Ministro per lo [Sviluppo], tra i membri dell'[Epitropi Antagonismou]. (...) Il presidente dell'Epitropi Antagonismou è un dipendente dello Stato; egli esercita tale funzione in maniera esclusiva per tutta la durata del suo mandato (...)».

25 Ai sensi dell'art. 8, n. 7, della legge n. 703/1977:

«Per la durata del loro mandato, il presidente ed i membri non esercitano, con o senza retribuzione, nessun'altra funzione pubblica o un'attività professionale privata, di impresa o meno, che sia incompatibile con la qualità e i doveri di membro dell'Epitropi Antagonismou».

26 Per quanto riguarda i rapporti tra l'Epitropi Antagonismou ed il suo segretariato, l'art. 8 c, n. 1, lett. b), di detta legge dispone quanto segue:

«Il presidente coordina e dirige il segretariato dell'[Epitropi Antagonismou]».

27 L'art. 8 c, n. 1, lett. d), delle stessa legge prevede quanto segue:

«Il presidente è il superiore gerarchico del personale del segretariato dell'Epitropi Antagonismou ed esercita sullo stesso il potere disciplinare».

28 Ai sensi del n. 3 dello stesso art. 8 c, il presidente dell'Epitropi Antagonismou può autorizzare il direttore generale o i direttori del segretariato dell'Epitropi Antagonismou ad esercitare una parte dei suoi poteri. Il direttore generale del segretariato è nominato per tre anni rinnovabili con decisione del Ministro per lo Sviluppo su parere conforme dell'Epitropi Antagonismou, come previsto dall'art. 8 d, n. 1, seconda frase, della legge n. 703/1977.

Giudizio della Corte

29 Ai sensi di una giurisprudenza costante, per valutare se l'organo remittente possiede le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 234 CE, questione unicamente di diritto comunitario, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., in particolare, sentenze 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, Racc. pag. I-4961, punto 23; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa e a., Racc. pag. I-1577, punto 33; 30 novembre 2000, causa C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Racc. pag. I-10497, punto 24, e 30 maggio 2002, causa C-516/99, Schmid, Racc. pag. I-4573, punto 34). Inoltre, i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (v., in particolare, sentenze 12 novembre 1998, causa C-134/97, Victoria Film, Racc. pag. I-7023, punto 14, e Österreichischer Gewerkschaftsbund, cit., punto 25).

30 Al riguardo, occorre innanzi tutto rilevare che l'Epitropi Antagonismou è soggetta alla tutela del Ministro per lo Sviluppo. Ora, risulta che una tale tutela implica che detto Ministro possa, entro certi limiti, controllare la legittimità delle decisioni dell'Epitropi Antagonismou.

31 Inoltre, benché sia vero che i membri dell'Epitropi Antagonismou godono, ai sensi della legge n. 703/1977, di un'indipendenza dal punto di vista personale e funzionale e, nell'esercizio delle loro funzioni, sono sottoposti solo alla legge e alla loro coscienza, ciò nondimeno non risulta che la revoca o l'annullamento della loro nomina siano soggetti a particolari garanzie. Ora, un sistema del genere non sembra tale da costituire un reale ostacolo agli indebiti interventi o pressioni da parte del potere esecutivo nei confronti dei membri dell'Epitropi Antagonismou (v., in tal senso, sentenza 4 febbraio 1999, causa C-103/97, Köllensperger e Atzwanger, Racc. pag. I-551, punto 21).

32 Occorre inoltre ricordare che, ai sensi dell'art. 8 c, n. 1, lett. b) e d), della stessa legge, il presidente di detto organo, da un lato, è competente per il coordinamento e la determinazione dell'indirizzo generale del segretariato e, dall'altro, è il superiore gerarchico del personale del medesimo segretariato ed esercita su di esso il potere disciplinare.

33 Al riguardo, occorre rilevare che, ai punti 39 e 40 della citata sentenza Gabalfrisa e a., i Tribunales Económico-Administrativos (Tribunali amministrativi tributari spagnoli) sono stati considerati dalla Corte terzi rispetto agli uffici dell'Amministrazione delle finanze incaricati della gestione, della riscossione e della liquidazione dell'IVA, in particolare a causa della separazione funzionale esistente tra gli uni e gli altri. Ora, l'Epitropi Antagonismou, organo decisionale, presentando un nesso funzionale con il suo segretariato, organo d'istruzione su proposta del quale essa decide, non si distingue nettamente, come terzo, dall'organo statale che, a causa del suo ruolo, può essere equiparato ad una parte nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza.

34 Infine, occorre ricordare che un'autorità garante della concorrenza quale l'Epitropi Antagonismou è tenuta a lavorare in stretta collaborazione con la Commissione delle Comunità europee e, ai sensi dell'art. 11, n. 6, del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU 2003, L 1, pag. 1), può essere privata della propria competenza da una decisione della Commissione. In tale contesto, occorre del resto dichiarare che detto art. 11, n. 6, conferma sostanzialmente la regola di cui all'art. 9, n. 3, del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli articoli [81 CE] e [82 CE] (GU 1962, n. 13, pag. 204), ai sensi del quale le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono automaticamente private della loro competenza qualora la Commissione avvii un procedimento (v., al riguardo, il diciassettesimo 'considerando' del regolamento n. 1/2003).

35 Ora, la Corte può essere adita solo da un organo chiamato a statuire su una controversia pendente dinanzi ad esso nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (v. citate sentenze Victoria Film, punto 14, e Österreichischer Gewerkschaftsbund, punto 25).

36 Ogni volta che la Commissione priverà della sua competenza un'autorità nazionale garante della concorrenza quale l'Epitropi Antagonismou, il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale.

37 Dagli elementi esaminati, valutati nel loro complesso, deriva che l'Epitropi Antagonismou presenta un carattere non giurisdizionale ai sensi dell'art. 234 CE.

38 Pertanto, la Corte non è competente a risolvere le questioni sottopostele dall'Epitropi Antagonismou.

Sulle spese

39 Nei confronti delle parti della causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi all'Epitropi Antagonismou, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle di dette parti, non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

La Corte di giustizia delle Comunità europee non è competente a risolvere le questioni sottopostele dall'Epitropi Antagonismou con decisione 22 gennaio 2003.

Firme