ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

31 mei 2005 *

In zaak C-53/03,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Epitropi Antagonismou (Griekenland) bij beslissing van 22 januari 2003, ingekomen bij het Hof op 5 februari 2003, in de procedure

Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a.,

Panellinios syllogos farmakapothikarion,

Interfarm — A. Agelakos & Sia OE e.a.,

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

tegen

GlaxoSmithKline plc,

GlaxoSmithKline AEVE, voorheen Glaxowellcome AEVE,

* Procestaal: Grieks.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas en R. Silva de Lapuerta, kamerpresidenten, C. Gulmann (rapporteur), R. Schintgen, N. Colneric en S. von Bahr, rechters,

advocaat-generaal: F. G. Jacobs,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 mei 2004,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a., vertegenwoordigd door P. Kaponis en S. Orfanoudakis, dikigoroi,

— Panellinios syllogos farmakapothikarion en K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton e.a., vertegenwoordigd door L. Roumanias en G. Papaïoannou, dikigoroi, en W. Rehmann, Rechtsanwalt,

— Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia, vertegenwoordigd door D. Chatzinikolis, dikigoros,

— Interfarm A. Agelakos & Sia OE e.a., vertegenwoordigd door G. Mastorakos, dikigoros,

— GlaxoSmithKline plc en GlaxoSmithKline AEVE, vertegenwoordigd door D. Kyriakis, dikigoros, I. Forrester, QC, en A. Schulz, Rechtsanwalt,

— de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Kruse als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door T. Christoforou en F. Castillo de la Torre als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 28 oktober 2004,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 82 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een bij het Epitropi Antagonismou (Griekse mededingingsautoriteit) aanhangig geding tussen klaagsters, de verenigingen Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a. (hierna:

„Syfait e.a.") en Panellinios syllogos farmakapothikarion (hierna: „PSF"), alsmede de vennootschappen Interfarm — A. Agelakos & Sia OE e.a. (hierna: „Interfarm e.a.") en K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton e.a. (hierna: „Marinopoulos e.a.") enerzijds, en de vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk GlaxoSmithKline plc (hierna: „GSK plc") en haar dochtermaatschappij naar Grieks recht GlaxoSmithKline AEVE, voorheen Glaxowellcome AEVE (hierna: „GSK AEVE"), anderzijds, ter zake van de weigering van deze laatste twee vennootschappen om op de Griekse markt bestellingen van bepaalde farmaceutische producten uit te voeren.

Toepasselijke bepalingen

De communautaire regeling

3 Artikel 82 EG bepaalt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;

b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;

c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;

d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten."

De nationale regeling

4 Artikel 2 van wet nr. 703/1977 betreffende de controle op monopolies en oligopolies en de bescherming van de vrije mededinging (FEK A' 278), zoals gewijzigd bij wet nr. 2941/2001 (FEK A' 201; hierna: „wet nr. 703/1977"), komt in wezen overeen met het bepaalde in artikel 82 EG.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

5 Syfait e.a. zijn op Grieks grondgebied gevestigde apothekersverenigingen. Hun hoofdactiviteit is het beheer en het onderhoud van een gezamenlijk depot van farmaceutische producten, die zij bij verschillende farmaceutische bedrijven kopen om de bevoorrading van hun leden te verzekeren.

6 PSF is een op Grieks grondgebied gevestigde vereniging van groothandelaren in farmaceutische producten, die de belangen van haar leden beschermt.

7 De vennootschappen Interfarm e.a. zijn op Grieks grondgebied gevestigde groothandelaren in farmaceutische producten. Marinopoulos e.a. zijn in Griekenland werkzame distributeurs van farmaceutische producten.

8 GSK AEVE heeft haar zetel in Griekenland en wordt volledig gecontroleerd door GSK plc, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde fabrikant van farmaceutische producten, die in 2000 is ontstaan uit de fusie van de vennootschappen Glaxowellcome plc en SmithKline Beecham.

9 GSK AEVE importeert en verhandelt talrijke farmaceutische specialiteiten, waaronder de geneesmiddelen Imigran, Lamictal en Serevent. Dit zijn oorspronkelijke geneesmiddelen, die voortkomen uit onderzoek en technologie en die behoren tot de categorie van op recept verkrijgbare geneesmiddelen.

10 De leden van Syfait e.a. en van PSF, alsmede de vennootschappen Interfarm e.a. en Marinopoulos e.a., kopen van GSK AEVE met name de hiervóór genoemde geneesmiddelen, in al hun vormen, en distribueren deze vervolgens zowel op de nationale markt als in het buitenland.

11 Tot november 2000 voldeed GSK AEVE aan alle bij haar geplaatste bestellingen. Een groot deel van de bestelde producten werd wederuitgevoerd naar andere lidstaten, vooral naar het Verenigd Koninkrijk, wegens de veel lagere prijs van de geneesmiddelen Imigran, Lamictal en Serevent in Griekenland.

12 Vanaf begin november 2000 wijzigde GSK AEVE, zich beroepend op ernstige tekorten op de Griekse markt, welke volgens haar werden veroorzaakt door de wederuitvoer door derden, haar distributiesysteem in Griekenland, en voerde zij de bestellingen van klaagsters in het hoofdgeding en andere derden niet langer uit. Zij verklaarde dat zij de ziekenhuizen en apotheken rechtstreeks zou bevoorraden.

13 Van oordeel dat de geneesmiddelenbevoorrading tot op zekere hoogte was genormaliseerd en dat de voorraden van ziekenhuizen en apotheken weer waren hersteld, verving GSK AEVE de vroegere verkoopmethode in februari 2001 door een ander distributiesysteem.

14 Klaagsters in het hoofdgeding hebben het Epitropi Antagonismou een vraag gesteld betreffende de verhandeling door GSK AEVE van de geneesmiddelen Imigran, Lamictal en Serevent op de Griekse markt in het kader van de diverse distributiesystemen sinds november 2000. Zij hebben deze vennootschap verweten, niet geheel te hebben voldaan aan de bij haar geplaatste bestellingen. Dit zou misbruik van machtspositie opleveren in de zin van artikel 2 van wet nr. 703/1977 en artikel 82 EG.

15 Bij beslissing nr. 193/111 van 3 augustus 2001, houdende voorlopige maatregelen, heeft het Epitropi Antagonismou de vennootschap GSK AEVE gelast om, tot een beslissing in de hoofdzaak zal zijn gegeven, de bestellingen voor de drie betrokken geneesmiddelen uit te voeren. GSK AEVE heeft het Dioikitiko Efeteio Athinon (administratief hof van beroep te Athene) verzocht, de uitvoering van deze beslissing op te schorten, maar deze laatste is op 10 januari 2002 bevestigd en was op de datum van de verwijzingsbeslissing nog steeds van kracht.

16 Het Epitropi Antagonismou wijst erop dat GSK AEVE zich, althans voorzover haar bevoorrading door GSK plc dat toeliet, naar de bij beslissing nr. 193/111 gelaste

voorlopige maatregelen heeft gevoegd. Deze bevoorrading zou van grotere omvang zijn geweest dan de consumptiebehoeften van de nationale markt. Uit de door GSK AEVE aan het Epitropi Antagonismou overgelegde bewijzen zou echter blijken dat het aantal bestellingen dit niveau, vooral in september 2001, aanmerkelijk heeft overschreden, zodat niet alle bestellingen konden worden uitgevoerd.

17 In zijn verwijzingsbeslissing preciseert het Epitropi Antagonismou dat GSK AEVE en GSK plc handelen overeenkomstig de circulaire van het Ethnikos Organismos Farmakon (nationaal bureau voor farmaceutische producten) van 27 november 2001, volgens welke alle deelnemers aan de distributie van op recept verkrijgbare geneesmiddelen „de nationale markt moeten bevoorraden met hoeveelheden die ten minste gelijk zijn aan die welke worden voorgeschreven [...] vermeerderd met een percentage (25 %) ter dekking van onvoorziene behoeften en eventuele gewijzigde omstandigheden".

18 Voorts heeft GSK AEVE het Epitropi Antagonismou op 5 december 2001 verzocht om afgifte van een negatieve verklaring als bedoeld in artikel 11 van wet nr. 703/1977 ter zake van haar weigering om meer dan 125 % van de Griekse behoeften te dekken.

19 Gevraagd zich zowel uit te spreken over dit verzoek om een negatieve verklaring van GSK AEVE als over de klachten van Syfait e.a., PSF, Interfarm e.a. en Marinopoulos e.a. jegens GSK AEVE en GSK plc, wenst het Epitropi Antagonismou te vernemen of de weigering van deze twee laatste vennootschappen om volledig aan de vraag van de klaagsters te voldoen, misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG oplevert. Voor het geval van misbruik geen sprake is verklaart het te kunnen bepalen in hoeverre aan de voorwaarden voor afgifte van de door GSK AEVE gevraagde negatieve verklaring wordt voldaan.

20 In deze omstandigheden heeft het Epitropi Antagonismou de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Levert de weigering van een onderneming met een machtspositie om de door groothandelaren in farmaceutische producten bij haar geplaatste bestellingen volledig uit te voeren, met de bedoeling hun exportactiviteit en daarmee ook de schade die de parallelhandel haar toebrengt, te beperken, per definitie misbruik in de zin van artikel 82 EG op? Is voor het antwoord op bovenstaande vraag van belang dat parallelhandel bijzonder winstgevend is voor de groothandelaren wegens de uiteenlopende, met overheidsinmenging vastgestelde prijzen in de lidstaten van de Europese Unie, met andere woorden dat op de geneesmiddelenmarkt geen zuivere mededinging bestaat, maar een situatie die in ruime mate door overheidsinmenging wordt beheerst? Is het uiteindelijk de taak van de nationale mededingingsautoriteit, de communautaire mededingingsregels op dezelfde wijze toe te passen op markten waarop de mededinging speelt als op markten waarop de mededinging door overheidsinmenging wordt verstoord?

2) Wanneer het Hof van oordeel is dat beperking van de parallelhandel, om de hiervóór voormelde redenen, niet in alle gevallen misbruik oplevert wanneer zij uitgaat van een onderneming met een machtspositie, hoe zal het eventuele misbruik dan moeten worden beoordeeld?

Meer bepaald:

a) Is het een nuttig criterium, met welk percentage het normale binnenlandse verbruik wordt overschreden en/of welke schade de onderneming met de machtspositie lijdt, vergeleken met haar totale omzet en haar totale winst?

Zo ja, hoe moet de hoogte van het betrokken overschrijdingspercentage en de hoogte van de betrokken schade — deze laatste als percentage van de omzet en van de totale winst — waarboven de betrokken gedraging misbruik oplevert, worden bepaald?

b) Is het nuttig de betrokken belangen af te wegen, en zo ja, welke zijn de belangen die moeten worden afgewogen?

Meer bepaald:

i) Is voor het antwoord van belang dat de eindgebruiker-patiënt uit de parallelhandel een beperkt economisch voordeel haalt?

ii) Moet rekening worden gehouden met de belangen die de socialezekerheidsorganen bij goedkopere geneesmiddelen hebben, en zo ja, in hoeverre?

c) Welke andere criteria en welke andere benaderingen zijn in casu relevant?"

De bevoegdheid van het Hof

21 Om te beginnen moet worden nagegaan of het Epitropi Antagonismou een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG en het Hof derhalve bevoegd is de voorgelegde vragen te beantwoorden.

De nationale regeling betreffende het Epitropi Antagonismou

22 Artikel 8, lid 1, van wet nr. 703/1977 bepaalt:

„Er wordt een Epitropi Antagonismou ingesteld, dat als onafhankelijke autoriteit functioneert. Zijn leden genieten persoonlijke en functionele onafhankelijkheid en zijn in de uitoefening van hun functie enkel gebonden door de wet en hun geweten. Het Epitropi Antagonismou beschikt over administratieve en economische autonomie. Het staat onder toezicht van de minister van [...] [Ontwikkeling]."

23 Het Epitropi Antagonismou telt negen leden, die worden aangewezen volgens de in artikel 8, lid 3, van wet nr. 703/1977 bepaalde samenstelling. Vier leden, alsmede hun plaatsvervangers, worden door de minister gekozen op de door vier beroepsorganisaties ingediende lijsten van telkens drie kandidaten. Tot de overige leden behoren een lid van de juridische dienst van de staat, of een andere hoge magistraat, twee universitaire docenten, waaronder een jurist en een econoom, en twee gezaghebbende personen met ervaring op het gebied van economisch recht en mededingingsbeleid. Krachtens artikel 8, lid 5, van wet nr. 703/1977 worden de leden van het Epitropi Antagonismou, alsmede hun plaatsvervangers, benoemd door de minister van Ontwikkeling voor een mandaat van drie jaar.

24 Artikel 8, lid 6, van deze wet bepaalt:

„De voorzitter van het Epitropi Antagonismou en zijn plaatsvervanger worden door de minister van [Ontwikkeling] aangewezen uit de leden van [het Epitropi Antagonismou]. [...] De president van het Epitropi Antagonismou is een staatsambtenaar. Hij oefent deze functie tijdens de gehele duur van zijn mandaat als enige taak uit [...]"

25 Artikel 8, lid 7, van wet nr. 703/1977 bepaalt:

„Tijdens de duur van hun mandaat mogen de voorzitter en de leden geen andere, al dan niet bezoldigde, publieke functie of particuliere beroepsactiviteit uitoefenen die onverenigbaar is met de hoedanigheid en de verplichtingen als lid van het Epitropi Antagonismou."

26 Aangaande de verhouding tussen het Epitropi Antagonismou en zijn secretariaat bepaalt artikel 8 c, lid 1, sub b, van deze wet:

„De voorzitter coördineert en leidt het secretariaat van het [Epitropi Antagonismou]".

27 Artikel 8 c, lid 1, sub d, van genoemde wet bepaalt:

„De voorzitter is het hiërarchisch hoofd van het personeel van het secretariaat van het Epitropi Antagonismou en oefent op dit personeel tuchtrechtelijk toezicht uit."

28 Volgens artikel 8 c, lid 3, kan de voorzitter van het Epitropi Antagonismou de uitoefening van een deel van zijn bevoegdheden overdragen aan de algemeen directeur of de directeuren van het secretariaat van het Epitropi Antagonismou. Overeenkomstig artikel 8 d, lid 1, tweede zin, van wet nr. 703/1977 wordt de algemeen directeur van het secretariaat bij besluit van de minister van Ontwikkeling met instemming van het Epitropi Antagonismou benoemd voor een periode van drie jaar, met de mogelijkheid van verlenging.

Beoordeling door het Hof

29 Volgens vaste rechtspraak houdt het Hof, om te beoordelen of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG is, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan (zie onder meer arresten van 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23; 21 maart 2000, Gabalfrisa e.a., C-110/98–C-147/98, Jurispr. blz. I-1577, punt 33; 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, Jurispr. blz. I-10497, punt 24, en 30 mei 2002, Schmid, C-516/99, Jurispr. blz. I-4573, punt 34). Bovendien is de nationale rechter alleen bevoegd tot verwijzing naar het Hof indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont (zie onder meer arrest van 12 november 1998, Victoria Film, C-134/97, Jurispr. blz. I-7023, punt 14, en arrest Österreichischer Gewerkschaftsbund, reeds aangehaald, punt 25).

30 Dienaangaande zij allereerst opgemerkt, dat het Epitropi Antagonismou onder toezicht van de minister van Ontwikkeling staat. Dit toezicht brengt mee dat deze minister, binnen zekere grenzen, bevoegd is om de rechtmatigheid van beslissingen van het Epitropi Antagonismou te toetsen.

31 Volgens de bewoordingen van wet nr. 703/1977 genieten de leden van het Epitropi Antagonismou weliswaar een persoonlijke en functionele onafhankelijkheid en zijn zij in de uitoefening van hun functie enkel gebonden door de wet en hun geweten, doch dit neemt niet weg dat de herroeping of intrekking van hun benoeming kennelijk niet aan bijzondere waarborgen is onderworpen. Een dergelijk systeem lijkt geen doeltreffende waarborg te bieden tegen ongeoorloofde tussenkomst of druk vanwege de uitvoerende macht jegens de leden van het Epitropi Antagonismou (zie in die zin arrest van 4 februari 1999, Köllensperger en Atzwanger, C-103/97, Jurispr. blz. I-551, punt 21).

32 Bovendien zij eraan herinnerd dat overeenkomstig artikel 8 c, lid 1, sub b en d, van deze wet, de voorzitter van dit orgaan enerzijds belast is met de coördinatie en de algemene leiding van het secretariaat, en anderzijds het hiërarchisch hoofd is van personeel van dit secretariaat en tuchtrechtelijk toezicht op hen uitoefent.

33 De Tribunales Económico-Administrativos (Spanje) zijn door het Hof in de punten 39 en 40 van het arrest Gabalfrisa e.a., reeds aangehaald, aangemerkt als derden ten opzichte van de met het beheer, de invordering en de vaststelling van de BTW belaste onderdelen van de belastingdienst, met name omdat hun taken gescheiden zijn van die van genoemde onderdelen van de belastingdienst. Het Epitropi Antagonismou, dat een beslissingsorgaan is voorzover het een functionele band heeft met zijn secretariaat, het instructieorgaan op voorstel waarvan het zijn beslissingen neemt, onderscheidt zich evenwel niet duidelijk als derde ten opzichte van het staatsorgaan dat, als gevolg van zijn rol, verwant kan zijn aan een partij in het kader van een mededingingsprocedure.

34 Ten slotte zij opgemerkt dat een mededingingsautoriteit als het Epitropi Antagonismou nauw samen dient te werken met de Commissie van de Europese Gemeenschappen en dat een dergelijke autoriteit krachtens artikel 11, lid 6, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1), door de Commissie zijn bevoegdheid kan worden ontnomen. In dit verband zij er overigens op gewezen dat dit artikel 11, lid 6, in wezen de regel handhaaft van artikel 9, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), krachtens welke een zaak automatisch onttrokken wordt aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten wanneer de Commissie een procedure inleidt (zie in dit verband de zeventiende overweging van de considerans van verordening nr. 1/2003).

35 Het Hof kan evenwel slechts worden aangezocht door een orgaan dat uitspraak moet doen in een bij hem aanhangig geding, in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont (zie reeds aangehaalde arresten Victoria Film, punt 14, en Österreichischer Gewerkschaftsbund, punt 25).

36 Telkens wanneer de Commissie een zaak aan een nationale mededingingsautoriteit als het Epitropi Antagonismou onttrekt, mondt de bij deze laatste instantie ingeleide procedure niet uit in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont.

37 Uit alle onderzochte factoren tezamen volgt, dat het Epitropi Antagonismou geen rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG.

38 Bijgevolg is het Hof niet bevoegd om de door het Epitropi Antagonismou voorgelegde vragen te beantwoorden.

Kosten

39 Ten aanzien van de partijen in het geding bij het Epitropi Antagonismou is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat dit orgaan over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart:

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is niet bevoegd om de door het Epitropi Antagonismou bij beslissing van 22 januari 2003 voorgelegde vragen te beantwoorden.

ondertekeningen