

Αριθμός 1930/2022

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΤΜΗΜΑ Στ´

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 6 Ιουνίου 2022, με την εξής σύνθεση: Ι. Γράβαρης, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Στ´ Τμήματος, Ι. Σύμπλης, Ειρ. Σταυρουλάκη, Σύμβουλοι, Στ. Λαμπροπούλου, Δ. Τομαράς, Πάρεδροι. Γραμματέας ο Λ. Ρίκος.

Για να δικάσει την από 17 Σεπτεμβρίου 2021 αίτηση:

των: 1. ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «Glaxosmithkline Μονοπρόσωπη Ανώνυμη Εμπορική και Βιομηχανική Εταιρεία Φαρμακευτικών Προϊόντων» και τον διακριτικό τίτλο «Glaxosmithkline Μονοπρόσωπη ΑΕΒΕ», που εδρεύει στο Χαλάνδρι Αττικής (Λεωφ. Κηφισίας 266) και 2. ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «GLAXOSMITHKLINE PLC», που εδρεύει στο Λονδίνο Ηνωμένου Βασιλείου (980 Great West Road, Brentford, Middlesex, TW8 9GS), οι οποίες παρέστησαν με τους δικηγόρους: α) Ιωάννη Δρυλλεράκη (Α.Μ. 2279), β) Θεμιστοκλή Κλουκίνα (Α.Μ. 12348) και γ) Δημήτριο Καραβά (Α.Μ. 35907), που τους διόρισαν με πληρεξούσια,

κατά των: 1. Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (Πατησίων και Κότσικα 1α), η οποία παρέστη με τη Γεωργία Καφήρα, Πάρεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, 2. ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ Κ. Ξ. ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», που εδρεύει στην Αθήνα (Σολωμού 65), η οποία παρέστη με τη δικηγόρο Ευαγγελία Καρμοίρη (Α.Μ. 3278 Δ.Σ. Πειραιώς), που τη διόρισε με πληρεξούσιο και 3. ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ Ι.Σ. ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑ Εμπορία - Διανομή - Αντιπροσώπευση και Προώθηση Φαρμάκων - Παραφαρμάκων - Καλλυντικών», που εδρεύει στην Πυλαία Θεσσαλονίκης (Ι. Κρανιδιώτη 3), η οποία δεν παρέστη.

Με την αίτηση αυτή οι αναιρεσείουσες εταιρείες επιδιώκουν να αναιρεθεί η υπ' αριθ. 1040/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως του εισηγητή, Συμβούλου Ι. Σύμπλη.

Κατόπιν το δικαστήριο άκουσε τους πληρεξουσούς των αναιρεσειουσών εταιρειών, οι οποίοι ανέπτυξαν και προφορικά τους προβαλλόμενους λόγους αναιρέσεως και ζήτησαν να γίνει δεκτή η αίτηση, την πληρεξούσια της αναιρεσίβλητης εταιρείας και την αντιπρόσωπο της αναιρεσίβλητης Επιτροπής, που παρέστησαν, οι οποίες ζήτησαν την απόρριψή της.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη σε αίθουσα του δικαστηρίου κ α ι

Α φ ο ύ μ ε λ έ τ η σ ε τ α σ χ ε τ ι κ ά έ γ γ ρ α φ α

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο ν Ν ό μ ο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινομένης αιτήσεως έχει κατατεθεί το κατά νόμον παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο 403167250951 1115 0042).

2. Επειδή, με την αίτηση αυτή ζητείται η αναίρεση της 1040/2021 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με την απόφαση αυτή, κατά μερική αποδοχή προσφυγής των αναιρεσειουσών εταιρειών, μεταρρυθμίστηκε η 608/1.4.2015 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕπΑντ) ως προς το κεφάλαιο της επιμέτρησης του προστίμου που είχε επιβληθεί σε αυτές για κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, κατά παράβαση των άρθρων 2 του ν. 703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ, και της χρηματικής ποινής που τους είχε επιβληθεί για παραβίαση των ασφαλιστικών μέτρων που είχε διατάξει η ΕπΑντ κατά την περίοδο διερεύνησης της παράβασης.

3. Επειδή, για το παραδεκτό της αιτήσεως αναιρέσεως πρέπει, μεταξύ άλλων, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 53 του π.δ. 18/1989 (Α´, 8), όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 12

παρ. 1 του ν. 3900/2010 (Α΄, 213) και στην συνέχεια με το άρθρο 15 παρ. 2 του ν. 4446/2016 (Α΄, 240), να προβάλλεται από τον αναιρεσείοντα με το εισαγωγικό δικόγραφο και με συγκεκριμένους, ειδικούς ισχυρισμούς ότι με καθέναν από τους προβαλλόμενους λόγους αναιρέσεως τίθεται συγκεκριμένο νομικό ζήτημα, κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, επί του οποίου είτε δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας είτε η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έρχεται σε αντίθεση προς μη ανατραπέυσα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ή άλλου ανωτάτου δικαστηρίου ή προς ανέκκλητη απόφαση διοικητικού δικαστηρίου επί του αυτού (και όχι απλώς παρόμοιου) νομικού ζητήματος (ΣΤΕ 1366/2017, 7μ, 266/2014, 2115/2013 κ.ά.). Νομικό δε ζήτημα κατά την έννοια της εν λόγω διατάξεως θέτουν μόνο λόγοι αναιρέσεως που αφορούν ερμηνεία κανόνα δικαίου, -διατάξεως νόμου ή γενικής αρχής του ουσιαστικού ή του δικονομικού δικαίου-, με δυνατότητα, ως εκ τούτου, γενικότερης νομολογιακής εφαρμογής· άσχετα αν το ζήτημα ανακύπτει από την μείζονα πρόταση ή προκύπτει από την υπαγωγή του οικείου δικανικού συλλογισμού, όπως όταν πρόκειται για τον νομικό χαρακτηρισμό των πραγματικών περιστατικών που έγιναν ανελέγκτως δεκτά ή για την νόμιμη βάση ορισμένης υπαγωγικής κρίσης· γιατί και τέτοιων ζητημάτων η επίλυση μπορεί να δημιουργήσει νομολογιακό προηγούμενο με κατευθυντήρια λειτουργία ή γενικότερη εφαρμογή κατά την ερμηνεία κανόνων και την επίλυση άλλων διαφορών· στην τελευταία δε αυτή περίπτωση νομολογία θεωρείται ότι υπάρχει μόνον όταν το ζήτημα έχει επιλυθεί υπό τα ίδια ή ουσιαδώς παρεμφερή πραγματικά περιστατικά, γιατί τότε μόνο πρόκειται για το ίδιο νομικό ζήτημα (ΣΤΕ 550/2015, 7μ, 585-7/2015, 7μ κ.ά.). Κατ' επέκταση ζήτημα νομικό μπορεί να θέτει και λόγος αναιρέσεως περί μη απαντήσεως σε ουσιαδών ισχυρισμό, αν προβάλλεται ότι ο ισχυρισμός αυτός αναγόταν σε συγκεκριμένο νομικό ζήτημα υπό την προεκτεθείσα έννοια (και όχι αν προβάλλεται γενικώς ότι οι ουσιαδών ισχυρισμοί πρέπει να απαντώνται) ή ότι οι δικαστικές αποφάσεις πρέπει να αιτιολογούνται. Αντιθέτως, ισχυρισμοί που, χωρίς να αναδεικνύουν με τον επιβαλλόμενο ως άνω τρόπο ζήτημα ερμηνείας κανόνα δικαίου, πλήσσουν κατ' ουσίαν την in concreto επάρκεια της αιτιολογίας της αναιρεσιβαλλομένης σε σχέση με το πραγματικό της συγκεκριμένης υπόθεσης, δεν θέτουν νομικό ζήτημα, υπό την έννοια της εν λόγω διατάξεως· όπως, αντιστοίχως, δεν θέτουν νομικό ζήτημα ούτε και λόγοι που απλώς πλήσσουν ευθέως την ουσιαστική κρίση ή την εκτίμηση των αποδείξεων από το δικαστήριο της ουσίας. Τέτοιοι λόγοι δεν προβάλλονται παραδεκτώς (ΣΤΕ 2267/2016, 2942-2954/2014 κ.ά.). Εξ άλλου, δεν προβάλλονται, κατά τ' ανωτέρω, παραδεκτώς ούτε και λόγοι που, ακόμη και αν θέτουν νομικό ζήτημα, πάντως αυτό δεν είναι κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, όπως είναι ιδίως οι προβαλλόμενοι αλυσιτελώς ή οι λόγοι που ερείδονται σε εσφαλμένη προϋπόθεση.

4. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, η πρώτη αναιρεσείουσα εταιρεία, θυγατρική και αντιπρόσωπος της δεύτερης στην Ελλάδα, τον Νοέμβριο του 2000 διέκοψε τον εφοδιασμό των συνεταιρισμών φαρμακοποιών, των φαρμακεμπόρων, και των φαρμακαποθηκών με τρία ιδιοσκευάσματα παραγωγής της μητρικής της (LAMICTAL, IMIGRAN και SEREVENT). Η ΕπΑντ, κατ' αποδοχήν αιτήσεων συνεταιρισμών φαρμακοποιών για την λήψη ασφαλιστικών μέτρων, με την 193/III/3-8-2001 απόφασή της, υποχρέωσε την πρώτη αναιρεσείουσα να εκτελεί, προσωρινώς και μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης τις παραγγελίες του συνόλου των συνεταιρισμών φαρμακοποιών και των φαρμακεμπορικών επιχειρήσεων «χωρίς ποσοτικούς περιορισμούς», με την απειλή χρηματικής ποινής 1.000.000 δραχμών για κάθε ημέρα μη συμμόρφωσης. Προσφυγή της αναιρεσείουσας κατά της ως άνω αποφάσεως απορρίφθηκε με την 68/2002 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Εν τω μεταξύ, κατά της αρνήσεώς της να προμηθεύει την εγχώρια χονδρεμπορική αγορά είχαν εκδοθεί, μετά από αιτήσεις ασφαλιστικών μέτρων φαρμακεμπορικών επιχειρήσεων, και αποφάσεις του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, με τις οποίες, ως μέτρο προσωρινής ρύθμισης της κατάστασης, υποχρεώθηκε η πρώτη αναιρεσείουσα να προμηθεύει τις αιτούσες επιχειρήσεις με συγκεκριμένες κατά μήνα ποσότητες. Εν τω μεταξύ είχε εκδοθεί και η 50262/27.11.2001 εγκύκλιος του ΕΟΦ, σύμφωνα με την οποία όλοι οι συμμετέχοντες στην διακίνηση των συνταγογραφούμενων φαρμάκων έπρεπε να διαθέτουν στην εθνική αγορά ποσότητες ιδιοσκευασμάτων τουλάχιστον ίσες της τρέχουσας συνταγογραφίας πλέον ποσοστού 25% για τυχόν έκτακτες ανάγκες ή αλλαγή συνθηκών. Ακολούθως, υποβλήθηκαν στην Επιτροπή Ανταγωνισμού νέες καταγγελίες (μεταξύ άλλων της τρίτης αναιρεσίβλητης), σύμφωνα με τις οποίες, είχαν πωληθεί στις καταγγέλλουσες επιχειρήσεις μικρές ποσότητες των ανωτέρω φαρμάκων, αφού προηγήθηκε επιλεκτική ικανοποίηση εκ μέρους της πρώτης αναιρεσείουσας παραγγελιών συγκεκριμένων επιχειρήσεων που αφορούσαν σε εξαιρετικά μεγάλες ποσότητες, με αποτέλεσμα την αδυναμία εκτέλεσης των παραγγελιών των λοιπών επιχειρήσεων του κλάδου λόγω εξάντλησης των αποθεμάτων. Επ' αυτών, εκδόθηκε η 318/V/1-9-2006 απόφαση της ΕπΑντ, η οποία, με κριτήριο την κύρια θεραπευτική ένδειξη έκρινε ότι, για ένα από τα τρία επίμαχα σκευάσματα (LAMICTAL) υπάρχει δεσπόζουσα θέση των αναιρεσειουσών στην ελληνική αγορά και

παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977, όχι όμως του άρθρου 82 της Συνθήκης ΕΚ, και μόνο για την χρονική περίοδο από τον Νοέμβριο του 2000 έως τον Φεβρουάριο του 2001, ενώ δεν αποφάνθηκε ως προς τα άλλα δύο σκευάσματα με την αιτιολογία ότι δεν διέθετε πρόσφατα στοιχεία για το μερίδιο αγοράς τους εν όψει και του ότι αυτά είναι εν μέρει εναλλάξιμα με άλλα παρεμφερή. Έκρινε δε, περαιτέρω, ότι η πρώτη αναιρεσείουσα μετά την έκδοση της εγκυκλίου του ΕΟΦ συμμορφώθηκε με την απόφαση ασφαλιστικών μέτρων. Κατά της αποφάσεως αυτής ασκήθηκαν προσφυγές από ορισμένους από τους καταγγέλλοντες. Επ' αυτών εκδόθηκαν οι 2019/2009, 2100/2009, και 1983/2010 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (οι οποίες έχουν καταστεί αμετάκλητες μετά την απόρριψη των κατ' αυτών αιτήσεων αναιρέσεως).

5. Επειδή, κατά τα περαιτέρω εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, με τις προαναφερθείσες αποφάσεις του, το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, αφού έλαβε υπ' όψη του την εν τω μεταξύ εκδοθείσα απόφαση του ΔΕΚ στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C- 468/06 έως C- 478/06 Σωτ. Λέλος και Σία ΕΕ κá κατά GlaxoSmithKline ΑΕΒΕ Φαρμακευτικών Προϊόντων, έκρινε (δεσμευτικά για την ένδικη διαφορά) τα ακόλουθα: (α) η άρνηση συναλλαγής με τις φαρμακαποθήκες περιελάμβανε και παραγγελίες προοριζόμενες για εξαγωγή, που κατά ποσότητα ήσαν συνήθεις, δηλαδή παρόμοιες με των προηγούμενων ετών, και, συνεπώς, συνιστούσε παράβαση και του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, (β) τουλάχιστον από 20.4.2001 και έως 19.3.2002, η πρώτη αναιρεσείουσα, αρνούμενη να πωλήσει στους φαρμακέμπορους τις ποσότητες των ενδίκων φαρμάκων που είχαν ορισθεί με την απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, παραβίασε συγχρόνως και το διατακτικό της 193/III/3-8-2001 απόφασης διοικητικών ασφαλιστικών μέτρων της ΕπΑντ, η δε τυχόν συμμόρφωσή της προς την εγκύκλιο του ΕΟΦ δεν ασκεί επιρροή, γιατί η εγκύκλιος αυτή ρυθμίζει τις υποχρεώσεις κανονικού εφοδιασμού της αγοράς και δεν αφορά στις υποθέσεις που εκκρεμούν ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή των αρμόδιων δικαστηρίων σε σχέση με τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των εμπλεκόμενων υπόχρεων και (γ) η ΕπΑντ είχε υποχρέωση να εξετάσει αν η αναιρεσείουσα είχε δεσπόζουσα θέση και ως προς τα άλλα δύο σκευάσματα, προκειμένου δε να αποφανθεί επ' αυτού όφειλε να αποβλέψει αποκλειστικά στα μερίδια αγοράς τους στην ελληνική αγορά, ως ποσοστό των συνολικών φαρμάκων που μπορούν να θωρακισθούν «με την ίδια θεραπευτική ένδειξη», «με βασικό κριτήριο τη θεραπευτική τους αξία (την κατά προορισμό χρήση τους), αλλά και την τιμή τους», στηριζόμενη στα διαθέσιμα στοιχεία του παγκόσμιου οργανισμού «Information Medical Statistics» (I.M.S.), ο οποίος πραγματοποιεί την στατιστική παρακολούθηση της διακίνησης φαρμακευτικών προϊόντων μέσω φαρμακείων και σε μηνιαίες, εξαμηνιαίες και ετήσιες εκθέσεις του καταγράφει την εθνική κατανάλωση φαρμάκων ανά θεραπευτική κατηγορία και προϊόν, τα στοιχεία δε αυτού θεωρούνται ακριβή με απόκλιση +5%.

6. Επειδή, ακολούθως, η προσβαλλόμενη απόφαση εκθέτει ότι η ΕπΑντ, επανελεύσασα, σε συμμόρφωση με τις ανωτέρω αποφάσεις, αποφάνθηκε ότι, με αφετηρία εξέτασης της εναλλαξιμότητας των φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων το 3ο επίπεδο της «Ανατομικής Θεραπευτικής Κατάταξης» (“Anatomical Therapeutic Classification”) του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας (Π.Ο.Υ.), οι αναιρεσείουσες είχαν δεσπόζουσα θέση μόνο στο ένα από τα δύο υπολειπόμενα επίμαχα ιδιοσκευάσματα (IMIGRAN), με μερίδια αγοράς ανώτερα του 50% επί 7 συνεχόμενα έτη, περίοδο μεγάλη για την φαρμακευτική αγορά, στην οποία η κατοχή δεσπόζουσας θέσης είναι συνήθως βραχεία. Ειδικότερα, διαπιστώθηκε ότι τα μερίδια αγοράς της ανήλθαν κατά τα έτη 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 και 2006 αντιστοίχως σε ποσοστό 74,7%, 76,1%, 70,8%, 62,5%, 57,6%, 57,7%, 51,1%, 48,4%, και 37,8%, ενώ το μερίδιο του εκάστοτε αμέσως επόμενου ανταγωνιστή της κατά την περίοδο 1998-2004 παρέμενε πάντοτε υποπολλαπλάσιο, η δε σειρά κατάταξης των ανταγωνιστών της, αντίθετα από την δική της σταθερά κυρίαρχη θέση, παρουσίαζε μεταβολές. Για την διατύπωση της τελικής κρίσης της περί δεσπόζουσας θέσης στην σχετική αγορά η ΕπΑντ, πέρα από τα μερίδια αγοράς, έλαβε επί πλέον υπ' όψη της και την οικονομική ευρωστία των αναιρεσειουσών, σε συνδυασμό με τις συνεχείς επενδύσεις της μητρικής εταιρείας σε έρευνα και ανάπτυξη. Περαιτέρω η ΕπΑντ έκρινε ότι η αιφνίδια ολοσχερής άρνηση της πρώτης αναιρεσειουσας να ικανοποιεί τις παραγγελίες των χονδρεμπόρων, αδιακρίτως, κατά την περίοδο από 6.11.2000 έως και τον Φεβρουάριο του 2001 συνιστά κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της, εφ' όσον κατά την προηγούμενη διετία, σύμφωνα με δήλωση της ίδιας, ικανοποιούσε το σύνολο ή σχεδόν το σύνολο των παραγγελιών. Για την περίοδο από τον Μάρτιο του 2001 μέχρι το 2004 προέκυψε ότι οι παραγγελίες 41 φαρμακαποθηκών αντιστοιχούσαν, σε σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς, σε ποσοστά κυμαινόμενα ανά εκάστη φαρμακαποθήκη από 0,15% (το ελάχιστο) μέχρι 3,44% (το μέγιστο) του όγκου των πωλήσεων του συγκεκριμένου σκευάσματος από τα φαρμακεία, δεν απέκλιναν από τις παραγγελίες τους των ετών 1999-2000, ανταποκρίνονταν, όχι μόνον ανά φαρμακαποθήκη, αλλά και στο σύνολό τους στις εμπορικές σχέσεις που διατηρούσαν μεταξύ τους τα συμβαλλόμενα μέρη, καθώς και στις ανάγκες της εθνικής αγοράς (συνολικά περίπου 53,56% της εγχώριας

κατανάλωσης για το έτος 2001, 38,72% για το έτος 2002, 38,88% για το έτος 2003, και 49,3% για το έτος 2004), και το τμήμα τους που προοριζόταν για εξαγωγές δεν ήταν σημαντικό.

7. Επειδή, τέλος, όπως εκθέτει η προσβαλλόμενη απόφαση, κατόπιν των ανωτέρω, η ΕπΑντ έκρινε (κατά πλειοψηφία) ότι η άρνηση της πρώτης αναιρεσείουσας να ικανοποιήσει τις παραγγελίες των 41 αυτών φαρμακαποθηκών στο σύνολό τους ήταν καταχρηστική, ενώ, αντιθέτως, η άρνησή της να ικανοποιήσει μέρος των παραγγελιών τεσσάρων άλλων χονδρεμπόρων (μεταξύ αυτών η δεύτερη και τρίτη αναιρεσίβλητη) ήταν αντικειμενικώς δικαιολογημένη, γιατί οι παραγγελίες τους δεν ήταν ομαλές, αλλά τελούσαν σε προφανή δυσαναλογία με τις συνολικές ανάγκες της εγχώριας αγοράς. Για τις παραβάσεις που διαπιστώθηκαν η ΕπΑντ επέβαλε πρόστιμο ίσο με ποσοστό 9% επί της συνολικής αξίας των πωλήσεων του κάθε ενός από τα δύο ιδιοσκευάσματα, για την περίοδο ολοσχερούς άρνησης ικανοποίησης των παραγγελιών, ήτοι από τον Νοέμβριο του 2000 έως και τον Φεβρουάριο 2001 και με ποσοστό 5% για την περίοδο μερικής άρνησης ικανοποίησης των παραγγελιών, ήτοι για την περίοδο από 20.4.2001 έως και 19.3.2002 για το πρώτο από τα δύο σκευάσματα (LAMICTAL) και για την περίοδο από τον Μάρτιο 2001 έως και το 2004 για το δεύτερο από αυτά (IMIGRAN). Τέλος, η Επιτροπή δεν αναγνώρισε την συνδρομή στην εξεταζόμενη περίπτωση οιοδήποτε παράγοντα ελαφρυντικού ή επιβαρυντικού του προστίμου. Καθ' όσον αφορά την μη συμμόρφωση της πρώτης αναιρεσείουσας με τις αποφάσεις ασφαλιστικών μέτρων η ΕπΑντ έκρινε ότι αυτή είχε διαρκή και αδιάλειπτο χαρακτήρα, καθώς εκδηλωνόταν σε πλείονες, επαναλαμβανόμενες χρονικώς περιστάσεις, έναντι κάθε φορά διαφορετικού αριθμού αποδεκτών, καθ' όλο το χρονικό διάστημα από τις 8.8.2001, ημερομηνία κοινοποίησης της έως και την 1.9.2006, ημερομηνία έκδοσης της απόφασης 318/V/2006, με την εξαίρεση του χρονικού διαστήματος ισχύος της προσωρινής διαταγής του Προέδρου του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία ανεστάλη η εκτέλεση της εν λόγω 193/III/2001 απόφασης από 26.9.2001 έως 23.11.2001, ήτοι συνολικά για 1.797 ημέρες. Περαιτέρω, έκρινε ότι, εν όψει των περιστάσεων της υπόθεσης και ιδίως του γεγονότος ότι η πρώτη προσφεύγουσα δεν διατηρούσε δεσπόζουσα θέση και στις τρεις σχετικές αγορές καθ' όλο τον κρίσιμο χρόνο δεν πρέπει να καταπέσει στο σύνολό της η επαπειληθείσα χρηματική ποινή (2.934 ευρώ ημερησίως), αλλά ποινή ίση προς τα 2/3 αυτής (1.958 ευρώ) για το χρονικό διάστημα 1242 ημερών (από 8.8.2001 έως και 31.12.2004) που η αναιρεσείουσα είχε δεσπόζουσα θέση σε δύο από τις τρεις αγορές και προς το 1/3 αυτής (979 ευρώ) για το χρονικό διάστημα 612 ημερών (από 1.1.2005 έως 1.9.2006), που είχε δεσπόζουσα θέση σε μία μόνο αγορά (LAMICTAL). Κατά της αποφάσεως αυτής οι αναιρεσείουσες άσκησαν προσφυγή.

8. Επειδή, οι αναιρεσείουσες με την προσφυγή τους προέβαλαν ότι μόνα τα μερίδια αγοράς τους, τα οποία μάλιστα έφθιναν, ενώ των ανταγωνιστών τους αυξάνονταν, δεν αποδεικνύουν δεσπόζουσα θέση. Η αιτίαση αυτή απορρίφθηκε από το διοικητικό εφετείο με την σκέψη ότι η κατοχή υψηλού μεριδίου αγοράς για μεγάλο χρονικό διάστημα αποτελεί, εκτός εξαιρέσεων, απόδειξη δεσπόζουσας θέσης, η οποία εξ άλλου, εν προκειμένω, θεμελιώνεται επαρκώς με βάση και τους λοιπούς παράγοντες που συνεκτιμήθηκαν, δηλαδή την απόσταση ανάμεσα στα μερίδια αγοράς των αναιρεσείουσών και αυτά των ανταγωνιστών της, την οικονομική της ευρωστία, και τις επενδυτικές και αναπτυξιακές της δυνατότητες.

9. Επειδή, περαιτέρω, οι αναιρεσείουσες με την προσφυγή τους προέβαλαν ότι κατ' εσφαλμένη και στρεβλή ερμηνεία των κριτηρίων της ως άνω απόφασης «Λέλος» η ΕπΑντ απέβλεψε στην περίπτωση κάθε αντισυμβαλλομένου ατομικά και μεμονωμένα, ενώ κατ' ορθή ερμηνεία της απόφασης αυτής για να διαπιστωθεί αν υφίσταται κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης κρίσιμο είναι μόνο αν το σύνολο των παραγγελιών που αποδέχεται να ικανοποιήσει η δεσπόζουσα επιχείρηση υπερκαλύπτει επαρκώς την εγχώρια ζήτηση, εν προκειμένω δε οι ποσότητες που διοχέτευαν στην ελληνική αγορά οι αναιρεσείουσες κατά τα έτη 2000-2004 υπερκάλυπταν την εθνική ζήτηση σε ποσοστό κατά μέσο όρο 60%, ποσοστό υπερδιπλάσιο του περιθωρίου ασφαλείας 25% που είχε καθορισθεί με εγκύκλιο του ΕΟΦ. Ο λόγος αυτός απορρίφθηκε από το διοικητικό εφετείο το μεν ως νόμω αβάσιμος (με την σκέψη ότι νομικά κρίσιμες είναι αφ' ενός οι προϋφιστάμενες εμπορικές σχέσεις με κάθε χονδρέμπορο, και αφ' ετέρου το εάν οι παραγγελίες του τελούσας σε εύλογη σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς), το δε ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋποθέσεως, με την σκέψη ότι, πάντως, εν προκειμένω, από την έρευνα και ανάλυση των υφισταμένων στοιχείων προκύπτει ότι οι παραγγελίες των 41 φαρμακαποθηκών ως προς τις οποίες διαπιστώθηκε παράβαση ήταν στο σύνολό τους εύλογες, αντίθετα από τις παραγγελίες των φαρμακαποθηκών με εξαγωγική κυρίως δραστηριότητα, έναντι των οποίων η συμπεριφορά των αναιρεσείουσών δεν κρίθηκε καταχρηστική.

10. Επειδή, τέλος, το διοικητικό εφετείο, κατ' αποδοχή σχετικών λόγων της προσφυγής, περιόρισε το πρόστιμο που είχε επιβληθεί στις αναιρεσείουσες, λαμβάνοντας υπ' όψη «ως

ελαφρυντικό παράγοντα, τις ειδικότερες περιστάσεις [...] και των νομικών ζητημάτων και ασαφειών που ανέκυψαν και επιλύθηκαν τελικώς από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο ως προς την συμβατότητα της συμπεριφοράς των [αναιρεσειουσών] με τους κανόνες του ανταγωνισμού, στην περίπτωση της μερικής ικανοποίησης παραγγελιών φαρμακευτικών προϊόντων στο πλαίσιο της προώπισης των συμφερόντων των φαρμακευτικών επιχειρήσεων έναντι του παράλληλου εμπορίου και αφετέρου, ως επιβαρυντικό παράγοντα, το γεγονός ότι, μετά την έκδοση της 193/III/2001 απόφασης και την εν γένει διεξαγόμενη έρευνα από την Επιτροπή καθώς και την αναστολή της διαδικασίας αξιολόγησης της πρώτης αίτησης χορήγησης στην πρώτη προσφεύγουσα αρνητικής πιστοποίησης, αλλά και των εκκρεμών δικών, πολιτικών και διοικητικών που ακολούθησαν, οι [αναιρεσειούσες] ήταν σε θέση να πιθανολογήσουν - πάντως- και την περίπτωση της δυσμενούς εξέλιξης της υπόθεσής τους και να προσαρμόσουν αναλόγως τη συμπεριφορά τους, πράγμα που δεν έπραξαν». Επίσης, το διοικητικό εφετείο εμείωσε (σε 1.468 ευρώ την ημέρα, χωρίς περαιτέρω ειδικότερες σκέψεις) την χρηματική ποινή για την περίοδο μη συμμόρφωσης στην απόφαση ασφαλιστικών μέτρων από 8.8.2001 έως 31.12.2004.

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο αναιρέσεως, οι αναιρεσειούσες προβάλλουν ότι τα κριτήρια που έθεσε το ΔΕΚ στην απόφαση «Λέλος» (όγκος παραγγελιών σε σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς και προγενέστερες εμπορικές σχέσεις μεταξύ της δεσπόζουσας επιχείρησης και των χονδρεμπόρων) πρέπει να ερμηνεύονται σωρευτικά και όχι αυτοτελώς, με προέχον μέτρο αναφοράς τις πραγματικές ανάγκες της εθνικής αγοράς κατά τον παρόντα χρόνο, και όχι με βάση την ενδεχομένως υπέρογκη προγενέστερη ζήτηση παραλλήλων εξαγωγέων και το αν ικανοποιήθηκαν οι συνήθειες, δηλαδή οι φυσιολογικές σε σχέση με τις τρέχουσες ανάγκες της εθνικής αγοράς παραγγελίες να αξιολογείται σε επίπεδο συνολικών πωλήσεων και όχι αποκλειστικά στο επίπεδο του κάθε πελάτη - χονδρεμπόρου· και ότι το διοικητικό εφετείο εσφαλμένα ερμήνευσε τα κριτήρια αυτά. Για το παραδεκτό του λόγου αυτού προβάλλεται, βασίμως, ότι δεν υπάρχει νομολογία για το νομικό ζήτημα του τρόπου εφαρμογής των κριτηρίων που έθεσε η προαναφερθείσα απόφαση του ΔΕΚ.

12. Επειδή, αφετηρία της κρίσεως του ΔΕΚ στην απόφαση «Λέλος» είναι η σκέψη «Το Δικαστήριο έχει επανειλημμένως χαρακτηρίσει συμφωνίες που αποσκοπούν στη στεγανοποίηση των εθνικών αγορών σύμφωνα με τα εθνικά σύνορα ή παρακωλύουν την οικονομική αλληλοδιείσδυση των εθνικών αγορών, και ιδίως εκείνες που έχουν σκοπό την απαγόρευση ή τον περιορισμό των παράλληλων εξαγωγών, ως συμφωνίες που έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού» (σκ. 65). Εν συνεχεία, ως εξαίρεση στον ανωτέρω κανόνα το ΔΕΚ επισημαίνει ότι «εντούτοις, όσον αφορά τα κράτη μέλη που διαθέτουν σύστημα καθορισμού των τιμών, κατά την εκτίμηση του καταχρηστικού χαρακτήρα της αρνήσεως μιας επιχειρήσεως να εφοδιάσει χονδρεμπόρους που δραστηριοποιούνται στις παράλληλες εξαγωγές, δεν μπορεί να αγνοηθεί ότι αυτή η κρατική παρέμβαση αποτελεί έναν από τους παράγοντες που μπορούν να δημιουργήσουν ευκαιρίες για το παράλληλο εμπόριο. [...] Ως εκ τούτου, μολονότι ο βαθμός ρυθμίσεως των τιμών των φαρμάκων δεν μπορεί να άρει τον καταχρηστικό χαρακτήρα κάθε αρνήσεως εκ μέρους φαρμακευτικής εταιρίας με δεσπόζουσα θέση να ικανοποιήσει τις παραγγελίες που τις απευθύνουν χονδρέμποροι δραστηριοποιούμενοι στις παράλληλες εξαγωγές, μία τέτοια επιχείρηση πρέπει, πάντως, να είναι σε θέση να λάβει μέτρα κατάλληλα και ανάλογα προς την ανάγκη προασπίσεως των εμπορικών της συμφερόντων» (σκ. 67, 69). Περαιτέρω, εξειδικεύοντας ποιά μέτρα μπορεί να θεωρηθούν κατάλληλα και ανάλογα, διευκρινίζει ότι «πρέπει να εξετάζεται αν οι παραγγελίες που της απηύθυναν οι χονδρέμποροι αυτοί παρουσιάζουν ασυνήθη χαρακτήρα (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση United Brands και United Brands Continentaal κατά Επιτροπής, σκέψη 182). Πράγματι, μολονότι δεν επιτρέπεται σε μια φαρμακευτική εταιρία με δεσπόζουσα θέση, σε κράτος μέλος στο οποίο οι τιμές είναι σχετικώς χαμηλές, να παύσει να εκτελεί τις συνήθειες παραγγελίες παλαιού πελάτη αποκλειστικά και μόνον επειδή αυτός προμηθεύει μεν την αγορά του εν λόγω κράτους μέλους, αλλά εξάγει και ορισμένες από τις παραγγελθείσες ποσότητες προς άλλα κράτη μέλη στα οποία ισχύουν υψηλότερες τιμές, εντούτοις, η εταιρία αυτή έχει δικαίωμα να αντιτίθεται, σε βαθμό εύλογο και ανάλογο, στην απειλή που μπορεί να συνιστούν για τα εμπορικά της συμφέροντα οι δραστηριότητες μιας επιχειρήσεως, η οποία επιθυμεί να προμηθευτεί στο πρώτο αυτό κράτος μέλος σημαντικές ποσότητες προϊόντων, τις οποίες προορίζει ουσιαστικά για τις παράλληλες εξαγωγές. Εν προκειμένω, από τις αποφάσεις περί παραπομπής προκύπτει ότι, στις επίδικες διαφορές, οι εκκαλούσες των κύριων δικών απαίτησαν από την GSK AEBE όχι να ικανοποιήσει πλήρως τις παραγγελίες τους, αλλά να τους πωλήσει ποσότητες φαρμάκων αντίστοιχες προς τις μέσες μηνιαίες ποσότητες που τους είχε πωλήσει τους δύο πρώτους μήνες του 2000. Σε έξι από τις ένδεκα αγωγές των κυρίων δικών, οι εκκαλούσες ζητούσαν να προσαυξηθούν οι ποσότητες αυτές κατά ορισμένο ποσοστό, το οποίο ορισμένες από αυτές καθόρισαν στο 20 %» (σκ. 7-72). Αυτά είναι τα δεδομένα τα οποία οφείλει κατά το ΔΕΚ να εξετάσει το αιτούν δικαστήριο,

προκειμένου «να διαπιστώσει τον συνήθη χαρακτήρα των εν λόγω παραγγελιών, υπό το πρίσμα των προηγούμενων εμπορικών σχέσεων που διατηρούσε η φαρμακευτική εταιρία που κατέχει δεσπόζουσα θέση με τους εν λόγω χονδρεμπόρους, καθώς και του όγκου των παραγγελιών σε σχέση με τις ανάγκες της αγοράς του οικείου κράτους μέλους» (σκ. 73). Η διατύπωση αυτών των σκέψεων («παραγγελίες παλαιού πελάτη [που] εξάγει και ορισμένες από τις παραγγελθείσες ποσότητες», «μιας επιχειρήσεως, η οποία [...] προμηθεύεται [...] σημαντικές ποσότητες προϊόντων, [...] ουσιαστικά για τις παράλληλες εξαγωγές», «να τους πωλήσει ποσότητες φαρμάκων αντίστοιχες προς τις μέσες μηνιαίες ποσότητες που τους είχε πωλήσει τους δύο πρώτους μήνες του 2000», «με τους εν λόγω χονδρεμπόρους») δεν καταλείπει αμφιβολία ότι οι παραγγελίες κάθε χονδρεμπόρου εξετάζονται αυτοτελώς, τούτο δε επιβεβαιώνεται και από τις παραπομπές σε προγενέστερη νομολογία που παρατίθενται στην σκ. 73 της απόφασης «Λέλος» («βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση United Brands και United Brands Continentaal κατά Επιτροπής, σκέψη 182, και απόφαση της 29ης Ιουνίου 1978, 77/77, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 1513, σκέψεις 30 έως 32»). Επομένως, η ερμηνευτική εκδοχή που υποστηρίζουν οι αναιρεσείουσες δεν είναι υποστηρίξιμη. Για τον λόγο αυτό ο σχετικός λόγος αναιρέσεως, σύμφωνα με τον οποίο η κρίση του διοικητικού εφετείου έρχεται σε αντίθεση προς τα κριθέντα με την απόφαση «Λέλος» πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος (τούτο δε ανεξαρτήτως του ότι το ενωσιακό δίκαιο δεν απαγορεύει στον εθνικό δικαστή να χαρακτηρίζει ως καταχρηστικές, κατά το εθνικό δίκαιο, και πρακτικές που δεν είναι καταχρηστικές κατά το ενωσιακό).

13. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο αναιρέσεως προβάλλεται ότι κατ' εσφαλμένη ερμηνεία του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ το διοικητικό εφετείο, για την στοιχειοθέτηση δεσπόζουσας θέσης της αιτούσας απέβλεψε αποκλειστικά στο μερίδιο αγοράς των αναιρεσειουσών χωρίς να συνεκτιμήσει αν συνιστούν εξαιρετικές περιστάσεις που ανατρέπουν το τεκμήριο εκ του μεριδίου αγοράς (α) η πτωτική τάση του μεριδίου αυτού, και (β) η επέμβαση του ΕΟΦ λόγω έλλειψης φαρμάκων στην εθνική αγορά το 2001, «κάτι που στοιχειοθετεί έλλειψη πραγματικής δυνατότητας της GSK να λειτουργεί αυτόνομα και υπό καθεστώς πραγματικής αυτοδυναμίας». Για το παραδεκτό του λόγου αυτού προβάλλεται αντίθεση προς αποφάσεις του ΔΕΚ και του ΠΕΚ, σύμφωνα με τις οποίες το υψηλό μερίδιο αγοράς συνιστά απλώς μαχητό τεκμήριο δεσπόζουσας θέσης, που ανατρέπεται αν συντρέχουν εξαιρετικές περιστάσεις, επικουρικώς ότι δεν υφίσταται σχετική νομολογία που να αφορά ειδικώς κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης στην αγορά φαρμάκων.

14. Επειδή, ο πιο πάνω λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί προεχόντως γιατί ερείδεται επί εσφαλμένης προϋποθέσεως και, συνεπώς, δεν θέτει νομικό ζήτημα ουσιώδες για την επίλυση της ένδικης διαφοράς. Πράγματι, το διοικητικό εφετείο (βλ. ανωτέρω, σκ. 8) δεν στηρίχθηκε αποκλειστικά στο μερίδιο αγοράς της αναιρεσειούσας, αλλά έκρινε ότι η δεσπόζουσα θέση της θεμελιώνεται επαρκώς μετά από συνεκτίμηση και ποιοτικών χαρακτηριστικών και αφού έλαβε υπ' όψη και την πτωτική τάση του μεριδίου αγοράς της, την οποία αξιολόγησε υπό το φως των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της φαρμακευτικής αγοράς. Η δε «παρέμβαση του ΕΟΦ», στην οποία αορίστως αναφέρονται οι αναιρεσείουσες, όχι μόνο δεν αποκλείει την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης στην αγορά φαρμάκου, αλλά, αντιθέτως, μπορεί να την προϋποθέτει, γιατί ανάγκη κρατικής παρέμβασης κατ' αρχήν υπάρχει αν η συνήθης λειτουργία του ανταγωνισμού δεν διασφαλίζει τον ομαλό εφοδιασμό της αγοράς. Τούτα δε ανεξαρτήτως του ότι οι αναιρεσείουσες δεν διευκρινίζουν ούτε το αν και με ποιο τρόπο είχαν επικαλεσθεί αυτή την κανονιστική παρέμβαση του ΕΟΦ ενώπιον του δικαστηρίου της ουσίας, ούτε τι αφορά η παρέμβαση αυτή, στοιχείο αναγκαίο, εν όψει του ότι, όπως έχει εκτεθεί ανωτέρω, στην σκ. 5, με τις 2019/2009, 2100/2009, και 1983/2010 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών είχε ήδη κριθεί ότι, πάντως, η 50262/27.11.2001 εγκύκλιος του ΕΟΦ δεν είναι ληπτέα υπ' όψη.

15. Επειδή, τέλος, με τον τρίτο λόγο αναιρέσεως προβάλλεται ότι, εν όψει της εύλογης αμφιβολίας περί το περιεχόμενο των εκ του άρθρου 2 ν. 703/1977 και 82 ΣθνθΕΚ υποχρεώσεων δεσπόζουσας φαρμακευτικής επιχείρησης να ικανοποιεί τις παραγγελίες χονδρεμπόρων (εύλογης αμφιβολίας που προκύπτει άνευ ετέρου από την ανάγκη υποβολής προδικαστικού ερωτήματος), «το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών θα έπρεπε σε συμμόρφωση με τις αρχές της ασφάλειας του δικαίου, της πρακτικής αποτελεσματικότητας και της αναλογικότητας να επιδείξει επιείκεια [...] και να επιλέξει να μην επιβάλει κύρωση, ή να επιβάλει την πιο ευμενή κύρωση [...] και σε κάθε περίπτωση πιο χαμηλή από τα δύο ποσά που επέβαλε ασκώντας τη διακριτική του ευχέρεια». Για το παραδεκτό του λόγου αυτού προβάλλεται ότι δεν υπάρχει νομολογία για το ζήτημα αν κατά την επιμέτρηση της κύρωσης πρέπει «να συνεκτιμάται το γεγονός ότι καθ' όλη την διάρκεια των φερομένων παραβάσεων υπήρχε διχογνωμία [...], η οποία επιλύθηκε 6 έτη αργότερα με την απόφαση του ΔΕΚ επί προδικαστικού ερωτήματος».

