

PRESUDA SUDA (veliko vijeće)

31. svibnja 2005. (*)

„Dopuštenost — Pojam ‚nacionalni sud‘ — Zloupotroba vladajućeg položaja — Odbijanje isporuke farmaceutskih proizvoda veletrgovinama — Paralelna trgovina”

U predmetu C-53/03,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 234. UEZ-a, koji je uputio Epitropi Antagonismou (Grčka), odlukom od 22. siječnja 2003., koju je Sud primio 5. veljače 2003., u postupku

Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) i dr.,

Panellinios syllogos farmakapothikarion,

Interfarm – A. Agelakos & Sia OE i dr.,

K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton i dr.

protiv

GlaxoSmithKline plc,

GlaxoSmithKline AEVE, prije Glaxowellcome AEVE,

SUD (veliko vijeće),

u sastavu: V. Skouris, predsjednik, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas i R. Silva de Lapuerta, predsjednici vijeća, C. Gulmann (izvjestitelj), R. Schintgen, N. Colneric i S. von Bahr, suci

nezavisni odvjetnik: F. G. Jacobs,

tajnik: L. Hewlett, glavna administratorica,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 18. svibnja 2004.,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

- za Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) i dr., P. Kaponis i S. Orfanoudakis, *dikigoroi*,
- za Panellinios syllogos farmakapothikarion i K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton i dr., L. Roumanias i G. Papaïoannou, *dikigoroi*, i W. Rehmman, *Rechtsanwalt*,

- za Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia, D. Chatzinikolis, *dikigoros*,
 - za Interfarm A. Agelakos & Sia OE i dr., G. Mastorakos, *dikigoros*,
 - za GlaxoSmithKline plc i GlaxoSmithKline AEVE, D. Kyriakis, *dikigoros*, I. Forrester *QC* i A. Schulz, *Rechtsanwalt*,
 - za švedsku vladu, A. Kruse, u svojstvu agenta,
 - za Komisiju Europskih zajednica, T. Christoforou i F. Castillo de la Torre, u svojstvu agenata,
- saslušavši mišljenje nezavisnog odvjetnika na raspravi održanoj 28. listopada 2004.,
donosi sljedeću

Presudu

- 1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 82. UEZ-a.
- 2 Zahtjev je upućen u okviru spora pred Epitropi Antagonismou (Grčko povjerenstvo za tržišno natjecanje), između podnositeljâ pritužbi, udruženjâ Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) i dr. (u daljnjem tekstu: Syfait i dr.), Panellinios syllogos farmakapothikarion (u daljnjem tekstu: PSF), društava Interfarm – A. Agelakos & Sia OE i dr. (u daljnjem tekstu: Interfarm i dr.) i K. P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton i dr. (u daljnjem tekstu: Marinopoulos i dr.) s jedne strane, i društva GlaxoSmithKline plc (u daljnjem tekstu: GSK plc) iz Ujedinjene Kraljevine i njegovog društva kćeri GlaxoSmithKline AEVE, prije Glaxowellcome AEVE (u daljnjem tekstu: GSK AEVE), osnovanog u skladu s grčkim zakonom, s druge strane, u pogledu odbijanja tih dvaju društava da izvrše narudžbe za određene farmaceutske proizvode na grčkom tržištu.

Pravni okvir

Pravo Zajednice

- 3 Člankom 82. UEZ-a propisuje se:

„Svaka zloporaba vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu zabranjena je kao nespojiva s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj bi mogla utjecati na trgovinu među državama članicama.

Takva se zloporaba može osobito sastojati od:

- (a) neposrednog ili posrednog nametanja nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepravednih trgovinskih uvjeta;
- (b) ograničavanja proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača;

- (c) primjene nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;
- (d) uvjetovanja sklapanja ugovora preuzimanjem dodatnih obveza od strane drugih stranaka koje, po svojoj naravi ili prema trgovačkoj praksi, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.”

Nacionalno pravo

- 4 Članak 2. Zakona br. 703/1977 o kontroli monopolâ i oligopolâ i zaštiti slobodnog tržišnog natjecanja (FEK (Narodne novine) A' 278), kako je izmijenjen Zakonom br. 2941/2001 (FEK A' 201, u daljnjem tekstu: Zakon br. 703/1977), u osnovi odgovara članku 82. UEZ-a.

Glavni postupak i prethodna pitanja

- 5 Syfait i dr. su udruženja farmaceuta osnovana u Grčkoj čija je glavna djelatnost upravljanje zajedničkim veleprodajnim skladištem za farmaceutske proizvode koje kupuju od različitih farmaceutskih tvrtki kako bi osigurale opskrbu svojih članova.
- 6 PSF je udruženje veletrgovaca farmaceutskih proizvoda osnovano u Grčkoj, koje štiti interese svojih članova.
- 7 Društva Interfarm i dr. su veletrgovci farmaceutskih proizvoda osnovani na grčkom državnom području. Marinopoulos i dr. su distributeri farmaceutskih proizvoda koji posluju u Grčkoj.
- 8 GSK AEVE ima sjedište u Grčkoj i u potpunosti je u vlasništvu GSK-a plc, proizvođača farmaceutskih proizvoda sa sjedištem u Ujedinjenoj Kraljevini koji je nastao spajanjem Glaxowellcome plc i SmithKline Beecham 2000. godine.
- 9 GSK AEVE uvozi i distribuira brojne patentirane lijekove uključujući Imigran, Lamictal i Serevent. To su originalni lijekovi koji su rezultat istraživanja i tehnologije i klasificirani su kao lijekovi koji se izdaju na recept.
- 10 Članovi Syfaita i dr., PSF-a, Interfarma i dr. i Marinopouloso i dr. kupuju od GSK AEVE-a, između ostaloga i te lijekove u svim oblicima i zatim ih distribuiraju na nacionalnom tržištu i u inozemstvu.
- 11 Do studenoga 2000. GSK AEVE izvršavao je sve narudžbe koje su mu upućene. Velika količina robe koja se odnosi na te narudžbe bila je ponovno izvezena u druge države članice, posebno u Ujedinjenu Kraljevinu, zbog mnogo niže cijene Imigrana, Lamictala i Sereventa u Grčkoj.
- 12 Od početka studenoga 2000. pozivajući se na značajne nestašice na grčkom tržištu, koje je pripisivao ponovnom izvozu koji su izvršavale treće strane, GSK AEVE izmijenio je svoj sustav distribucije u Grčkoj i prestao je izvršavati narudžbe podnositeljâ pritužbi u glavnom postupku i trećih strana, tvrdeći da će bolnice i ljekarne opskrbljivati izravno.

- 13 U veljači 2001., s obzirom na to da je opskrba lijekova do određene mjere bila normalizirana, te da su zalihe bolnica i ljekarni obnovljene, GSK AEVE zamijenio je dosadašnji sustav prodaje drugim sustavom distribucije.
- 14 Podnositelji pritužbe u glavnom postupku uputili su Epitropi Antagonismou pitanje o GSK AEVE-ovom stavljanju Imigrana, Lamictala i Sereventa na grčko tržište u okviru sustava distribucije koji su uslijedili nakon studenoga 2000. Naveli su da to društvo nije u potpunosti izvršavalo dobivene narudžbe i da takvo postupanje predstavlja zlorababu vladajućeg položaja u smislu članka 2. Zakona br. 703/1977 i članka 82. UEZ-a.
- 15 Odlukom br. 193/111 od 3. kolovoza 2001. kojom se naređuju privremene mjere, Epitropi Antagonismou privremeno je obvezao GSK AEVE da do donošenja odluke u glavnom postupku ispunjava narudžbe za tri predmetna lijeka. GSK AEVE zatražio je da Diikitiko Efetio Athinonu (Upravni žalbeni sud, Atena) izda rješenje o suspenziji te odluke, ali ona je potvrđena 10. siječnja 2002. i na dan odluke kojom se upućuje prethodno pitanje još je bila na snazi.
- 16 Epitropi Antagonismou navodi da se GSK AEVE pridržavao privremenih mjera propisanih Odlukom br. 193/111 barem u mjeri u kojoj ga je GSK plc opskrbljivao. Te isporuke premašivale su potrebe potrošnje na domaćem tržištu. Međutim, dokazi koje je GSK AEVE dostavio Epitropi Antagonismou dokazuju da su narudžbe bile znatno veće od te razine, posebno u rujnu 2001., tako da sve narudžbe nisu mogle biti ispunjene.
- 17 U odluci kojom se upućuje prethodno pitanje Epitropi Antagonismou navodi da su GSK AEVE i GSK plc postupali u skladu s okružnicom koju je Ethnikos Organismos Farmakon (Nacionalna organizacija za lijekove) usvojio 27. studenoga 2001., kojom se predviđa da svi sudionici u distribuciji lijekova koji se izdaju na recept „moraju isporučivati na domaće tržište količine koje su barem jednake sadašnjim prepisanim razinama ... uvećane za određenu količinu (25 %) kako bi se pokrile moguće izvanredne situacije i promijenjene okolnosti”.
- 18 Nadalje, 5. prosinca 2001. GSK AEVE podnio je Epitropi Antagonismou zahtjev da u pogledu njegovog odbijanja da pokrije više od 125 % potražnje na grčkom tržištu izda negativno rješenje u skladu s člankom 11. Zakona br. 703/1977.
- 19 Suočen istovremeno s tim zahtjevom GSK AEVE-a za negativno rješenje i pritužbama Syfaita i dr., PSF-a, Interfarma i dr. i Marinopoulosa i dr. protiv GSK AEVE-a i GSK-a plc, Epitropi Antagonismou pita u kojoj mjeri odbijanje potonjih društava da u potpunosti ispune narudžbe koje su dostavili podnositelji zahtjeva predstavlja zlorababu vladajućeg položaja u smislu članka 82. UEZ-a. Ako to nije zlorababa, Epitropi Antagonismou tvrdi da će morati razmotriti jesu li zadovoljeni uvjeti za davanje negativnog rješenja koje traži GSK AEVE.
- 20 Pod takvim okolnostima, Epitropi Antagonismou odlučio je prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:
- „1. Kada je odbijanje poduzetnika koji ima vladajući položaj da u potpunosti ispuni narudžbe koje su mu dostavile veleprodaje farmaceutskih proizvoda

uzrokovano njegovom namjerom da ograniči svoju djelatnost izvoza te time i štetu koju trpi zbog paralelne trgovine, je li to ponašanje *ipso facto* zlorababa u smislu članka 82. UEZ-a? Utječe li na odgovor na to pitanje činjenica da je paralelna trgovina posebno unosna za veletrgovine zbog različitih cijena, koje proizlaze iz intervencije države, u državama članicama Europske unije, to jest činjenica da na tržištu lijekova ne prevladavaju pošteno uvjeti tržišnog natjecanja, već režim kojim u velikoj mjeri upravljaju državne intervencije? Je li u konačnici dužnost tijela za tržišno natjecanje jednako primjenjivati pravila tržišnog natjecanja Zajednice na tržištima koja funkcioniraju konkurentno kao i na onima na kojima je konkurencija narušena intervencijom države?

2. Ako Sud smatra da ograničenje paralelne trgovine uzrokovano gore navedenim razlozima nije zlorababa u svim slučajevima u kojima ga provodi poduzetnik koji ima vladajući položaj, kako treba utvrditi moguću zlorababu?

Posebno:

- (a) Može li se smatrati da je odgovarajući kriterij postotak za koji je premašena uobičajena domaća potrošnja i/ili je to gubitak koji je pretrpio poduzetnik koji ima vladajući položaj u usporedbi s njegovim ukupnim prihodom i ukupnom dobiti? Ako jest, kako se određuje razina tog postotka i razina tog gubitka (ovo drugo kao postotak prihoda i ukupne dobiti), iznad koje se predmetno ponašanje može kvalificirati kao zlorababa?
- (b) Je li primjeren pristup koji uključuje vaganje interesa i, ako jest, koje interese treba odvagnuti?

Posebno:

- (i) utječe li na odgovor činjenica da krajnji potrošač/pacijent ima ograničenu financijsku korist od paralelne trgovine?
- (ii) treba li uzimati u obzir, i ako treba, u kojoj mjeri, da je interes tijela socijalnog osiguranja postići niže cijene za lijekove?
- (c) Koji se drugi kriteriji i pristupi smatraju primjerenima u ovom slučaju?"

Nadležnost Suda

- 21 Prvo valja utvrditi je li Epitepi Antagonismou sud u smislu članka 234. UEZ-a te, posljedično, ima li Sud nadležnost donijeti odluku o pitanjima koja su mu postavljena.

Nacionalno pravo prema kojem se ravna Epitepi Antagonismou

- 22 Člankom 8. stavkom 1. Zakona br. 703/1977 propisuje se:

„Osniva se tijelo Epitepi Antagonismou koje djeluje kao neovisno tijelo. Njegovi članovi uživaju osobnu i operativnu neovisnost, a u izvršavanju svojih dužnosti vezani

su samo zakonom i svojom savješću. Epitropi Antagonismou upravno je i ekonomski neovisno tijelo podložno nadzoru Ministarstva ... [razvoja].”

- 23 Epitropi Antagonismou ima devet članova imenovanih u skladu s člankom 8. stavkom 3. Zakona br. 703/1977. Četiri člana i njihove zamjenike bira ministar s popisa od tri osobe koje dostavlja svako od četiri profesionalna tijela. Ostali članovi uključuju člana vladine pravne službe ili suca najvišeg ranga, dva pripadnika akademske zajednice, od kojih je jedan pravnik a drugi ekonomist, te dvije osobe priznatog ugleda s iskustvom u gospodarskom pravu i politici tržišnog natjecanja. U skladu s člankom 8. stavkom 5. Zakona br. 703/1977, članove Epitropi Antagonismoua i njihove zamjenike imenuje ministar razvoja na razdoblje od tri godine.
- 24 Člankom 8. stavkom 6. istog Zakona propisuje se:
„Predsjednika Epitropi Antagonismoua i njegovog zamjenika imenuje ministar [razvoja] između članova [Epitropi Antagonismoua] [...] Predsjednik Epitropi Antagonismoua član je nacionalne državne službe i izvršava isključivo tu zadaću cijelo vrijeme trajanja svojeg mandata [...]”
- 25 Člankom 8. stavkom 7. Zakona br. 703/1977 propisuje se:
„Tijekom svojeg mandata, predsjednik i članovi ne obnašaju, bilo za naknadu ili bez naknade, bilo unutar ili izvan tijela, nikakvu drugu javnu funkciju ni profesionalnu djelatnost koja je nespojiva s ulogom i dužnostima člana Epitropi Antagonismoua.”
- 26 Što se tiče odnosa između Epitropi Antagonismoua i njegovog tajništva, člankom 8.C stavkom 1. točkom (b) istog zakona propisuje se:
„Predsjednik koordinira i upravlja tajništvom [Epitropi Antagonismoua].”
- 27 Člankom 8.C stavkom 1. točkom (d) istog Zakona propisuje se:
„Predsjednik je neposredno nadređen osoblju tajništva Epitropi Antagonismoua i nad njim ima disciplinske ovlasti.”
- 28 U skladu s člankom 8.C stavkom 3., predsjednik Epitropi Antagonismoua može ovlastiti generalnog direktora ili direktore tajništva Epitropi Antagonismoua da provode neke od njegovih ovlasti. Glavni direktor imenuje se na tri godine, a imenovanje može biti obnovljeno odlukom ministra razvoja uz suglasnost Epitropi Antagonismoua, kako je utvrđeno drugom rečenicom članka 8.D stavka 1. Zakona br. 703/1977.

Ocjena Suda

- 29 Prema ustaljenoj sudskoj praksi, kod ocjene je li tijelo koje je uputilo zahtjev sud u smislu članka 234. UEU-a, što je pitanje koje je potpada jedino u pravo Zajednice, Sud procjenjuje sve elemente, primjerice je li tijelo utemeljeno na zakonu, je li stalno, je li njegova nadležnost obvezna, provodi li postupak *inter partes*, primjenjuje li pravna pravila te je li neovisno (vidjeti osobito presudu od 17. rujna 1997., Dorsch Consult, C-54/96, Zb., str. I-4961., t. 23., presudu od 22. ožujka 2000., Gabalfrisa i

dr., zajednički postupak C-110/98 do C-147/98, Zb., str. I-1577, t. 33., presudu od 30. studenoga 2000., Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, Zb., str. I-10497., t. 24., te presudu od 30. svibnja, Schmid, C-516/99, Zb., str. I-4573., t. 34.). Nadalje, nacionalni sudovi ovlašteni su obratiti se Sudu samo ako je pred njima u tijeku spor i ako trebaju odlučiti u postupku s ciljem donošenja odluke sudske naravi (vidjeti osobito presudu od 12. studenoga 1998., Victoria Film, C-134/97, Zb., str. I-7023., t. 14., i Österreichischer Gewerkschaftsbund, t. 25.).

- 30 U tom pogledu, kao prvo, valja napomenuti da Epitropi Antagonismou podliježe nadzoru ministra razvoja. Taj nadzor podrazumijeva da je ministar ovlašten, uz određena ograničenja, ispitivati zakonitost odluka koje donese Epitropi Antagonismou.
- 31 Nadalje, iako je točno da članovi Epitropi Antagonismoua uživaju osobnu i operativnu neovisnost i vezani su u obnašanju svojih dužnosti samo zakonom i svojom savješću u smislu Zakona br. 703/1977, ostaje činjenica da ne postoje posebni zaštitni mehanizmi u pogledu njihovog opoziva ili prestanka imenovanja. Taj sustav ne predstavlja učinkovit sigurnosni mehanizam protiv neosnovane intervencije ili pritiska izvršne vlasti na članove Epitropi Antagonismoua (vidjeti u tom smislu presudu od 4. veljače 1999., Köllensperger i Atzwanger, C-103/97, Zb., str. I-551., t. 21.).
- 32 Također treba napomenuti da je u skladu s člankom 8.C stavkom 1. točkama (b) i (d) Zakona br. 703/1977, predsjednik Epitropi Antagonismoua odgovoran za koordinaciju i opću politiku tajništva, da je neposredno nadređen osoblju tog tajništva te da nad njim ima disciplinske ovlasti.
- 33 U pogledu toga važno je napomenuti da je Sud utvrdio da su Tribunaleles Económico-Administrativos (gospodarski upravni sudovi) (Španjolska), u točkama 39. i 40. presude Gabalfrisa i dr., treće strane u odnosu na službe poreznog tijela odgovornog za upravljanje, obračun i povrat PDV-a, posebno s obzirom na odvojenost poslova između njih. Međutim, u mjeri u kojoj postoji operativna veza između Epitropi Antagonismoua kao tijela koje donosi odluke i njegovog tajništva kao tijela koje utvrđuje činjenice na temelju čijeg prijedloga on donosi odluke, Epitropi Antagonismou nije nedvojbeno različita treća strana u odnosu na državno tijelo koje, na temelju svoje uloge, može biti srodno stranci u tijeku postupka tržišnog natjecanja.
- 34 Konačno, važno je napomenuti da tijelo za tržišno natjecanje, kao što je Epitropi Antagonismou, mora djelovati usko surađujući s Europskom komisijom i da, u skladu s člankom 11. stavkom 6. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su utvrđena u člancima 81. i 82. Ugovora (SL 2003 L 1, str. 1.), odlukom Komisije može biti oslobođeno svoje nadležnosti. Štoviše, u ovom kontekstu valja napomenuti da se člankom 11. stavkom 6. Uredbe br. 1/2003 u biti zadržava pravilo u članku 9. stavku 3. Uredbe Vijeća br. 17 od 6. veljače 1962., Prva uredba o provedbi članaka [81.] i [82.] Ugovora (SL 1962, 13, str. 204.), da tijela država članica nadležna za tržišno natjecanje automatski gube svoju nadležnost ukoliko Komisija pokrene vlastiti postupak (vidjeti s tim u vezi uvodnu izjavu 17. Uredbe br. 1/2003).

- 35 Tijelo se može obratiti Sudu samo ako je pred njim u tijeku spor u kojem odlučuje u okviru postupka s ciljem donošenja odluke sudske naravi (vidjeti *Victoria Film*, t. 14., i *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, t. 25.).
- 36 Kada Komisija preuzme predmet od nekog nacionalnog tijela za tržišno natjecanje, kao što je Epitepi Antagonismou, postupak pokrenut pred potonjim ne dovodi do donošenja odluke sudske naravi.
- 37 Iz ispitanih elemenata, uzetih u obzir u cjelini, proizlazi da Epitepi Antagonismou nije sud u smislu članka 234. UEZ-a.
- 38 U skladu s tim, Sud nije nadležan za davanje odgovora na pitanja koja je postavio Epitepi Antagonismou.

Troškovi

- 39 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred Epitepi Antagonismouom, na tom je tijelu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenoga, Sud (veliko vijeće) odlučuje:

Sud Europskih zajednica nije nadležan za davanje odgovora na pitanja koja je Epitepi Antagonismou uputio odlukom od 22. siječnja 2003.

[Potpisi]

* Jezik postupka: grčki.