

ΤΟ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

Τμήμα 14ο Τριμελές

Αποτελούμενο από τους Αθανάσιο Κουτρίκη, Πρόεδρο Εφετών Διοικητικών Δικαστηρίων, Γεωργία Ανδριοπούλου και Φωτεινή Καρβελά (Εισηγήτρια), Εφέτες Διοικητικών Δικαστηρίων και γραμματέα τον Ιωάννη Κολιόπουλο, δικαστικό υπάλληλο,

συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 11 Νοεμβρίου 2020 για να δικάσει την από 18.10.2018 (αριθμ. καταχ. ΠΡ1307/18.10.2018) προσφυγή,

της: ανώνυμης εταιρείας, με την επωνυμία «ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ ΙΩΝΑΣ ΣΤΡΟΥΜΣΑΣ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΕΤΑΙΡΙΑ Εμπορία - Διανομή - Αντιπροσώπευση και Προώθηση Φαρμάκων - Παραφαρμάκων - Καλλυντικών» και τον διακριτικό τίτλο «ΙΩΝΑΣ ΣΤΡΟΥΜΣΑΣ Α.Ε.», που εδρεύει στην Πυλαία Θεσσαλονίκης (οδός Ι. Κρανιδιώτη αριθμ. 3) η οποία παραστάθηκε με τον πληρεξούσιο δικηγόρο Ιωσήφ - Δημήτριο Παράσχο, σύμφωνα με την από 10.11.2020 έγγραφη δήλωσή του (κατ' άρθρο 133 παρ.2 του Κ.Δ.Δ.).

κατά της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (οδός Κότσικα αριθμ. 1Α και Πατησίων αριθμ. 70) και παραστάθηκε με τον πληρεξούσιο δικηγόρο Αλκιβιάδη Οικονόμου, σύμφωνα με την από 09.11.2020 έγγραφη δήλωσή του (κατ' άρθρο 133 παρ.2 του Κ.Δ.Δ.)

Εξάλλου, άσκησαν την από 05.02.2019 παρέμβαση (αριθμ. καταχ. Π40/05.02.2019) οι: 1) ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «GLAXOSMITHKLINE ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΚΑΙ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΙΑ ΦΑΡΜΑΚΕΥΤΙΚΩΝ ΠΡΟΪΟΝΤΩΝ», που εδρεύει στο Χαλάνδρι Αττικής (Λεωφόρος Κηφισίας αριθμ. 266) και 2) ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «GLAXOSMITHKLINE PLC», που εδρεύει στο Ηνωμένο Βασίλειο (Λονδίνο), οι οποίες παραστάθηκαν με τους πληρεξούσιους δικηγόρους Θεμιστοκλή Κλουκίνα και Δέσποινα Σαμαρά,

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

διάθεση των φαρμακευτικών σκευασμάτων IMIGRAN και LAMICTAL, στο ποσό του 1.168.343 ευρώ και όχι σε υψηλότερο ποσό και 3) περιορίσθηκε το ύψος της χρηματικής ποινής, που καταπίπτει και βαρύνει αλληλεγγύως και εις ολόκληρον τις παρεμβαίνουσες - και με την επιβολή της οποίας είχαν απειληθεί αυτές με την 193/III/2001 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων της Επιτροπής- στο συνολικό ποσό των 2.919.378 ευρώ.

2. Επειδή, με την κρινόμενη παρέμβαση, για την άσκηση της οποίας καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο (βλ. ηλεκτρον. παράβολο με κωδ. πληρωμής []), οι παρεμβαίνουσες εταιρείες, με προφανές έννομο συμφέρον, ως καταγγελλόμενες και ελεγχόμενες εταιρείες, εις βάρος των οποίων εκδόθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού η προσβαλλόμενη, 608/01.04.2015 απόφαση, ζητούν τη διατήρηση της ισχύος της, κατά τα κεφάλαια αυτής, τα οποία προσβάλλονται με την κρινόμενη προσφυγή.

3. Επειδή, ο Ν.703/1977 «Περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελευθέρου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ Α' 278), όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, ορίζει στο άρθρο 2 («Καταχρηστική εκμετάλλευσις δεσποζούσης θέσεως») ότι: «Απαγορεύεται η υπό μιας ή περισσοτέρων επιχειρήσεων καταχρηστική εκμετάλλευσις της δεσποζούσης θέσεως αυτών επί του συνόλου ή μέρους της αγοράς της χώρας. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευσις δύναται να συνίσταται ιδία: α).... β).... γ) εις την εφαρμογήν ανίσων όρων δι' ισοδυνάμους παροχάς, ιδία εις την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεων, αγορών ή άλλων συναλλαγών, κατά τρόπον ώστε επιχειρήσεις τινές να τίθενται εις μειονεκτικήν εν τω ανταγωνισμώ θέσιν, δ)». Εξάλλου, η Συνθήκη για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας ορίζει στο άρθρο 82 ότι: «Είναι ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά και απαγορεύεται, κατά το μέτρο που δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσποζούσας θέσης τους εντός της κοινής αγοράς ή σημαντικού τμήματός της. Η κατάχρηση αυτή δύναται να συνίσταται ιδίως: α)..... β)..... γ) στην εφαρμογή ανίσων όρων επί ισοδυνάμων παροχών έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, δ).....».

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

προϋποθέτει επαρκή βαθμό εναλλαξιμότητας, προκειμένου όλα τα προϊόντα που αποτελούν μέρος της ίδιας αγοράς να τυγχάνουν της ίδιας χρήσεως (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 13.02.1979 C-85/76 HOFFMANN-LA ROCHE, σκ. 38, ΠΕΚ Τ-340/03 - France Télécom κατά Επιτροπής σκ. 80). Η εναλλαξιμότητα ή η υποκατάσταση δεν εκτιμάται μόνον από την άποψη των αντικειμενικών χαρακτηριστικών των προϊόντων και υπηρεσιών αλλά λαμβάνονται κυρίως υπόψη οι συνθήκες ανταγωνισμού και η διάρθρωση της ζήτησης και προσφοράς στην αγορά (ΔΕΚ C-322/81 - Michelin κατά Επιτροπής σκ. 37, ΠΕΚ Τ-219/99 British Airways κατά Επιτροπής σκ. 91). Εξάλλου, ως σχετική γεωγραφική αγορά νοείται η περιοχή, μέσα στα όρια της οποίας δραστηριοποιούνται και ανταγωνίζονται οι επιχειρήσεις ως πωλητές ή αγοραστές των διαθέσιμων ομοειδών και εναλλάξιμων προϊόντων ή υπηρεσιών.

5. Επειδή, οι ανωτέρω διατάξεις δεν απαγορεύουν πάντως την κατοχή ή την απόκτηση δεσπόζουσας θέσης στην αγορά, αλλά μόνο την καταχρηστική εκμετάλλευσή της, χωρίς ωστόσο οι διατάξεις αυτές να προσδιορίζουν τα στοιχεία που καθιστούν την επιχειρηματική συμπεριφορά καταχρηστική, περιοριζόμενες στην ενδεικτική μόνο αναφορά ορισμένων μορφών καταχρηστικής συμπεριφοράς, οι οποίες, εφόσον προέρχονται από επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση, συνιστούν καταχρηστική εκμετάλλευση της θέσης της και είναι *ex lege* παράνομες, εκτός αν συντρέχουν κατ' εξαίρεση σπουδαίοι λόγοι, οι οποίοι στο πλαίσιο των αντιτιθέμενων συμφερόντων των παραγόντων της αγοράς δικαιολογούν τη συμπεριφορά αυτή. Για τη διαπίστωση έτσι της ύπαρξης καταχρηστικής επιχειρηματικής συμπεριφοράς, κρίσιμος είναι ο σκοπός των ανωτέρω διατάξεων, που συνίσταται στην προστασία της οικονομικής ελευθερίας των τρίτων, αλλά και του ίδιου του συστήματος της αγοράς. Στο πλαίσιο αυτό η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης της επιχείρησης κρίνεται με βάση την αντικειμενική συμπεριφορά της, εφόσον αυτή της επιτρέπει να επιβάλλει τους όρους της στις συναλλαγές και να επηρεάζει τη διάρθρωση της αγοράς, στην οποία, λόγω της παρουσίας της, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος και η επιχείρηση αυτή, χρησιμοποιώντας διαφορετικές μεθόδους από αυτές που εφαρμόζονται υπό κανονικές συνθήκες ανταγωνισμού σε προϊόντα ή υπηρεσίες

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

παλαιού πελάτη της ως προς το προϊόν αποτελεί καταχρηστική εκμετάλλευση της θέσης της κατά την έννοια του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, όταν η συμπεριφορά της αυτή, που θίγει την οικονομική ελευθερία εμπορικού εταίρου, περιορίζοντας ή εξαλείφοντας τις συνθήκες ανταγωνισμού, δεν είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη (ΔΕΚ απόφαση της 14.2.1978 υπόθεση 27/1976 UNITED BRANDS και UNITED BRANDS CONTINENTAL κατά Επιτροπής ΕΚ, σκέψεις 75,182 και 183 και απόφαση της 15.3.2007 υπόθεση C-95/2004 BRITISH AIRWAYS κατά Επιτροπής ΕΚ, σκέψη 69). Η άρνηση έτσι μιας επιχείρησης να εφοδιάσει με προϊόντα της σε ένα κράτος - μέλος τους χονδρεμπόρους που εξάγουν τα προϊόντα αυτά σε άλλα κράτη - μέλη, ασκώντας το λεγόμενο παράλληλο εμπόριο, μπορεί να συνιστά νόθευση του ανταγωνισμού όχι μόνον όταν η άρνησή της παρακωλύει τις δραστηριότητες των χονδρεμπόρων στην αγορά του κράτους αυτού, αλλά και όταν έχει ανάλογο αποτέλεσμα στη διανομή του ίδιου προϊόντος στις αγορές των άλλων κρατών - μελών (ΔΕΚ απόφαση της 13.11.1975 υπόθεση 26/1975 GENERAL MOTORS CONTINENTAL κατά Επιτροπής ΕΚ, σκέψη 12).

6. Επειδή, μετά από αγωγές που ασκήθηκαν κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας στα πολιτικά δικαστήρια -μεταξύ άλλων και- από την προσφεύγουσα εταιρεία, εκδόθηκαν οι 1569 - 1571/2006 και 1839 -1840/2006 αποφάσεις του Εφετείου Αθηνών, με τις οποίες το τελευταίο απεύθυνε προς το ΔΕΚ προδικαστικό ερώτημα, με το εξής περιεχόμενο: «1) Η άρνηση μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση να ικανοποιήσει πλήρως τις παραγγελίες που της απευθύνουν οι χονδρέμποροι φαρμάκων, η οποία οφείλεται στην πρόθεσή της να περιορίσει την εξαγωγική τους δραστηριότητα και, μαζί με αυτή, τη ζημία που της προκαλεί το παράλληλο εμπόριο, είναι καθαυτή καταχρηστική υπό την έννοια του άρθρου 82 ΕΚ; Επηρεάζεται η απάντηση στο ανωτέρω ερώτημα από το γεγονός ότι το παράλληλο εμπόριο καθίσταται ιδιαίτερος επικερδής για τους χονδρεμπόρους εξαιτίας των διαμορφωμένων με κρατική παρέμβαση διαφορετικών τιμών στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δηλ. από το γεγονός ότι στην αγορά φαρμάκων δεν επικρατούν αμιγώς συνθήκες ανταγωνισμού, αλλά ένα καθεστώς που διέπεται σε μεγάλο βαθμό από κρατικό παρεμβατισμό; Είναι εν τέλει ορθό ένα εθνικό δικαστήριο

στα οποία η τιμή πωλήσεως των επίμαχων φαρμάκων είναι υψηλότερη ... 53. Συναφώς πρέπει να τονιστεί ότι οι παράλληλες εξαγωγές φαρμάκων από ένα κράτος μέλος, στο οποίο οι τιμές των φαρμάκων είναι χαμηλές προς άλλα κράτη μέλη στα οποία οι τιμές είναι υψηλότερες, παρέχει, κατ' αρχήν, στους αγοραστές των φαρμάκων αυτών στα τελευταία κράτη μια εναλλακτική πηγή εφοδιασμού, γεγονός που κατ' ανάγκη συνεπάγεται ορισμένα οφέλη για τον τελικό καταναλωτή των φαρμάκων αυτών. ... 57. ... υπό τις περιστάσεις των υποθέσεων των κυρίων δικών, μία τέτοια επιχείρηση δεν μπορεί να προβάλλει ως δικαιολογητικό λόγο το ότι οι παράλληλες εξαγωγές που επιδιώκει να περιορίσει αποφέρουν μικρό μόνον όφελος στους τελικούς καταναλωτές... 66. Επομένως, υπό το πρίσμα του ως άνω σκοπού της Συνθήκης, καθώς και του σκοπού της διασφάλισης ανόθευτου ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά, δεν μπορούν να εξαιρεθούν από την απαγόρευση του άρθρου 82 ΕΚ οι πρακτικές μιας επιχειρήσεως με δεσπίζουσα θέση που αποσκοπούν στην αποτροπή όλων των παράλληλων εξαγωγών ενός κράτους μέλους προς άλλα κράτη μέλη, πρακτικές οι οποίες στεγανοποιώντας τις εθνικές αγορές, εξουδετερώνουν τα οφέλη του πραγματικού ανταγωνισμού όσον αφορά τον εφοδιασμό και τις τιμές που οι εξαγωγές αυτές θα προσέφεραν στους τελικούς καταναλωτές στα άλλα αυτά κράτη. 67. Μολονότι, λοιπόν, ο βαθμός κρατικής ρυθμίσεως των τιμών στον τομέα των φαρμακευτικών προϊόντων δεν μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων για τον ανταγωνισμό, 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. 68. Επιπλέον, υπό το πρίσμα των σκοπών της Συνθήκης που αφορούν την προστασία του καταναλωτή μέσω του ανόθευτου ανταγωνισμού και την ολοκλήρωση των εθνικών αγορών, οι εν λόγω κανόνες του ανταγωνισμού δεν μπορούν να ερμηνεύονται κατά τρόπον ο οποίος να μην αφήνει σε μία φαρμακευτική εταιρεία με δεσπίζουσα θέση καμιά άλλη επιλογή, για να υπερασπίσει τα εμπορικά της συμφέροντα, πλην της πλήρους αποχής της από τη διάθεση των φαρμάκων της στην αγορά κράτους

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

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%. 73. Υπό τις συνθήκες αυτές, εναπόκειται, στο αιτούν δικαστήριο να διαπιστώσει τον συνήθη χαρακτήρα των εν λόγω παραγγελιών, υπό το πρίσμα των προηγούμενων εμπορικών σχέσεων που διατηρούσε η φαρμακευτική εταιρεία που κατέχει δεσπύζουσα θέση με τους εν λόγω χονδρεμπόρους, καθώς και του όγκου των παραγγελιών σε σχέση με τις ανάγκες της αγοράς του οικείου κράτους μέλους (βλ. συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση *United Brands και United Brands Continental κατά Επιτροπής*, σκέψη 182, και απόφαση της 29^{ης} Ιουνίου 1978, 77/77, *Beizine en Petroleum Handelsmaatschappij* κλπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 1513, σκέψεις 30 έως 32). 74. Με τις σκέψεις αυτές δίδεται απάντηση και στο επιχείρημα της GSK A.E.B.E. που αφορά τις συνέπειες της κρατικής ρυθμίσεως στον εφοδιασμό φαρμάκων και, ειδικότερα, στο επιχείρημα ότι οι επιχειρήσεις που πραγματοποιούν παράλληλες εξαγωγές δεν υπόκεινται στις ίδιες υποχρεώσεις διανομής και αποθηκείσεως με τις φαρμακευτικές εταιρείες, με αποτέλεσμα να δημιουργείται κίνδυνος ανατροπής του σχεδιασμού της παρασκευής και της διανομής των φαρμάκων. 75. Βεβαίως, όπως προκύπτει από τη σκέψη 8 της παρούσας αποφάσεως, στην Ελλάδα, η εθνική νομοθεσία επιβάλλει στους χονδρεμπόρους φαρμακευτικών προϊόντων την υποχρέωση να καλύπτουν με ορισμένα είδη φαρμακευτικών προϊόντων τις ανάγκες ορισμένης γεωγραφικής ζώνης. Είναι επίσης αληθές ότι, σε περίπτωση που το παράλληλο εμπόριο οδηγήσει όντως σε έλλειψη φαρμάκων σε μια εθνική αγορά, εναπόκειται όχι στις επιχειρήσεις με δεσπύζουσα θέση, αλλά στις αρμόδιες εθνικές αρχές να ρυθμίσουν την κατάσταση αυτή, εφαρμόζοντας κατάλληλα και ανάλογα προς τις περιστάσεις μέτρα, σύμφωνα τόσο με την εθνική νομοθεσία όσο και με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από το άρθρο 81 της οδηγίας 2001/83. 76. Ωστόσο, ένας παραγωγός φαρμακευτικών προϊόντων πρέπει να είναι σε θέση να προασπίσει τα εμπορικά του συμφέροντα όταν αντιμετωπίζει παραγγελίες ασυνήθων ποσοτήτων. Κάτι τέτοιο μπορεί να συμβεί αν, σε ένα κράτος μέλος, ορισμένοι χονδρέμποροι παραγγέλουν από αυτόν τον παραγωγό φάρμακα σε ποσότητες δυσανάλογες προς εκείνες που πωλούσαν στο παρελθόν οι ίδιοι για

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

αποτελεί αναγκαίο στήριγμα του συμπεράσματος που διατυπώνεται στο διατακτικό της αποφάσεως (πρβλ. ΣτΕ 3970/2014, 2625/2013, 3223/2008, 2564/2004, 880/1995, 3460/1994).

9. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία της δικογραφίας προέκυψαν τα εξής: Η πρώτη παρεμβαίνουσα ελληνική εταιρεία «GLAXOSMITHKLINE A.E.B.E.» (πρώην «GLAXOWELLCOME A.E.B.E.»), που είναι θυγατρική εταιρεία και αντιπρόσωπος της δεύτερης παρεμβαίνουσας, βρετανικής εταιρείας «GLAXOSMITHKLINE PLC», είναι εκ του νόμου (άρθρο 29 παρ. 2 του Ν.1316/1983 -ΦΕΚ Α΄ 3) υπεύθυνη για τον ομαλό εφοδιασμό της εθνικής αγοράς με τα φαρμακευτικά ιδιοσκευάσματα της τελευταίας αυτής μητρικής εταιρείας. Από πολλών ετών, η προσφεύγουσα φαρμακαποθήκη καθώς και άλλοι φαρμακέμποροι αγόραζαν από την πρώτη παρεμβαίνουσα τα φάρμακα, παρασκευής της δεύτερης παρεμβαίνουσας, με την εμπορική ονομασία IMIGRAN, LAMICTAL και SEREVENT, για τη θεραπεία, αντιστοίχως, της οξείας κρίσης της ημικρανίας, της επιληψίας και του βρογχικού άσθματος και στη συνέχεια τα διέθεταν στην ελληνική αγορά, καθώς και σε άλλες ευρωπαϊκές χώρες. Όμως, από τον Νοέμβριο του έτους 2000 (06.11.2000), η πρώτη παρεμβαίνουσα διέκοψε τον εφοδιασμό των συνεταιρισμών φαρμακοποιών, των φαρμακεμπόρων και των φαρμακαποθηκών με τα ως άνω τρία φαρμακευτικά σκευάσματα και, παραλλήλως, άρχισε να πωλεί αυτά, μέσω της εταιρείας «Farmacenter A.E.», απευθείας στα ελληνικά νοσοκομεία και φαρμακεία. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού, δεχόμενη τις υπ' αριθμ. 2563/14.12.2000 και 2623/19.12.2000 αιτήσεις δέκα έξι (16) συνεταιρισμών φαρμακοποιών για τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων (άρθρο 9 παρ. 4 του Ν. 703/1977, όπως ίσχυε) κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας λόγω κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης της, εξέδωσε την 193/III/03.08.2001 απόφαση, με την οποία: α) υποχρέωσε την πρώτη παρεμβαίνουσα να εκτελεί, προσωρινώς και έως την έκδοση της οριστικής απόφασης από την Επιτροπή επί των ανωτέρω καταγγελιών, τις παραγγελίες των αιτούντων για τα εν λόγω φάρμακα IMIGRAN, LAMICTAL και SEREVENT «χωρίς ποσοτικούς περιορισμούς», β) επεξέτεινε αυτεπαγγέλτως το εν λόγω ασφαλιστικό μέτρο για το σύνολο των συνεταιρισμών φαρμακοποιών και των

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

συνθηκών. Στις 05.12.2001, η πρώτη παρεμβαίνουσα υπέβαλε στην Επιτροπή την υπ' αριθ. πρωτ. 3441/05.12.2001 νέα αίτηση για χορήγηση αρνητικής πιστοποίησης, μετά τη γνωστοποίηση στις 30.11.2001 στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή της «Νέας Πανευρωπαϊκής Πολιτικής» διακίνησης φαρμακευτικών σκευασμάτων από την δεύτερη προσφεύγουσα (μητρική εταιρεία). Ακολούθως, υποβλήθηκαν στην Επιτροπή Ανταγωνισμού: α) η υπ' αριθ. 60/08.01.2002 παρέμβαση-καταγγελία του «ΠΑΝΕΛΛΗΝΙΟΥ ΣΥΛΛΟΓΟΥ ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΑΡΙΩΝ ΝΠΔΔ», β) η υπ' αριθ. 61/08.01.2002 παρέμβαση - καταγγελία σαράντα μίας (41) φαρμακαποθηκών και γ) η υπ' αριθ. 64/09.01.2002 παρέμβαση - καταγγελία τριών (3) φαρμακαποθηκών, μεταξύ των οποίων και της προσφεύγουσας εταιρείας. Σύμφωνα με τις καταγγελίες αυτές, είχαν πωληθεί στις καταγγέλλουσες επιχειρήσεις μικρές ποσότητες των ανωτέρω φαρμάκων, αφού προηγήθηκε επιλεκτική ικανοποίηση εκ μέρους της πρώτης παρεμβαίνουσας 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. Η Επιτροπή, καλούμενη να αποφανθεί επί της ανωτέρω αιτήσεως για χορήγηση αρνητικής πιστοποίησης και επί της ουσίας των προαναφερόμενων καταγγελιών, αλλά και ερευνώντας αυτεπαγγέλτως τη συμπεριφορά των παρεμβαίνουσών, εξέδωσε την 229/III/22.01.2003 απόφαση, με την οποία υπέβαλε στο Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ και ήδη ΔΕΕ) αίτηση έκδοσης προδικαστικής απόφασης επί σειράς ερωτημάτων σχετικών με την ερμηνεία του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ στην εξεταζόμενη υπόθεση. Το ΔΕΚ, με την από 31.05.2005 απόφαση (υπόθεση C-53/03), έκρινε ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν έχει δικαιοδοτικό χαρακτήρα και, ως εκ τούτου, δεν έχει την αρμοδιότητα να απευθύνει προς αυτό προδικαστικά ερωτήματα, κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ. Κατόπιν τούτου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού εξέδωσε την 318/V/01.09.2006 απόφαση επί των προαναφερομένων καταγγελιών, με την οποία, λαμβάνοντας υπόψη το κριτήριο της κύριας θεραπευτικής ένδειξης των φαρμάκων, έκρινε ειδικώς ως προς το φάρμακο LAMICTAL, ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα κατείχε δεσπόζουσα θέση στην ελληνική αγορά στην κατηγορία των αντιεπιληπτικών φαρμάκων, ενόψει ότι η έναρξη της θεραπείας των επιληπτικών κρίσεων γίνεται κατά κανόνα με ένα

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

πλαίσιο εκδικάσεως των οποίων άσκησαν παρέμβαση και οι εν προκειμένω παρεμβαίνουσες εταιρείες.

10. Επειδή, εν τω μεταξύ, μετά από αγωγές που άσκησαν ορισμένοι από τους καταγγέλλοντες μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων, εκδόθηκαν τελικώς, μεταξύ άλλων, οι 1569 - 1571/2006 και 1839 - 1840/2006 αποφάσεις του Εφετείου Αθηνών, με τις οποίες το τελευταίο απηύθυνε προς το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων προδικαστικό ερώτημα, με περιεχόμενο, μεταξύ άλλων (βλ. ανωτέρω 6^η σκέψη), εάν η άρνηση μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση να ικανοποιήσει πλήρως τις παραγγελίες που της απευθύνουν οι χονδρέμποροι φαρμάκων, η οποία οφείλεται στην πρόθεσή της να περιορίσει την εξαγωγική τους δραστηριότητα και, μαζί με αυτή, τη ζημία που της προκαλεί το παράλληλο εμπόριο, είναι καθ' εαυτή καταχρηστική υπό την έννοια του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ. Επί του ερωτήματος αυτού το ΔΕΚ εξέδωσε την απόφαση της 16ης Σεπτεμβρίου 2008 (συνεκδικασθείσες υποθέσεις C- 468/06 έως C- 478/06 Σωτ. Λέλος και Σία ΕΕ κá κατά GlaxoSmithKline ΑΕΒΕ Φαρμακευτικών Προϊόντων), με την οποία έγιναν δεκτά όσα αναφέρονται αναλυτικά στην 7η σκέψη της παρούσας.

11. Επειδή, το παρόν Δικαστήριο, με τις 2019/2009, 2100/2009 και 1983/2010 αποφάσεις (η τελευταία επί προσφυγής της και εν προκειμένω προσφεύγουσας) που εκδόθηκαν μετά την ανωτέρω απόφαση του ΔΕΚ, (αφού προηγουμένως είχε αναβάλει την έκδοση οριστικών αποφάσεων επί των αναφερομένων στην 9^η σκέψη προσφυγών κατά της 318/V/2006 απόφασης της Επιτροπής έως ότου αποφανθεί το ΔΕΚ επί του υποβληθέντος από τα πολιτικά δικαστήρια προδικαστικού ερωτήματος), δέχθηκε τα ακόλουθα: Α) Η πρώτη παρεμβαίνουσα από τον Νοέμβριο 2000 έως και τον Φεβρουάριο 2001 δεν ικανοποιούσε το σύνολο των παραγγελιών των φαρμακαποθηκών, δηλαδή τόσο εκείνων που αφορούσαν στην εσωτερική αγορά, όσο και εκείνων που προορίζονταν για εξαγωγή στην αγορά των λοιπών κρατών - μελών. Κατά λογική συνέπεια, μέρος τουλάχιστον των παραγγελιών, των οποίων αρνήθηκε την ικανοποίηση, περιλάμβανε και παραγγελίες για την αγορά των κρατών - μελών, που κατά την ποσότητά τους ήταν συνήθεις. Δηλαδή, κατά ένα μέρος,

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

περιορισμό. Επομένως, κατά την κρίση του Δικαστηρίου τούτου, τουλάχιστον στις περιπτώσεις που καταλαμβάνονται από τις ανωτέρω αποφάσεις του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών και του Εφετείου Αθηνών, η πρώτη παρεμβαίνουσα κατά χρονικά διαστήματα, που κυμαίνονταν από 20.04.2001 έως 19.03.2002, οπότε καλύπτεται και χρονικό διάστημα μεταγενέστερο της εκδόσεως της 193/III/03.08.2001 αποφάσεως, αρνήθηκε την πώληση των ανωτέρω φαρμάκων στους χονδρέμπορους. Επίσης, το Δικαστήριο συνεκτίμησε την 625/25.02.2002 εισήγηση της Γραμματείας της Επιτροπής Ανταγωνισμού που διενήργησε τον έλεγχο, σύμφωνα με την οποία, κατά το χρονικό διάστημα από 23.02.2001 έως 03.08.2001 (έκδοση της 193/III/03.08.2001 απόφασης), οι παραγγελίες των χονδρεμπόρων ικανοποιήθηκαν με ποσοτικούς περιορισμούς με βάση τα στοιχεία του παγκόσμιου οργανισμού «Information Medical Statistics» (I.M.S.), ενώ κατά το μεταγενέστερο χρονικό διάστημα οι παραγγελίες εκτελούντο απεριόριστα μεν, αλλά με τήρηση χρονικής προτεραιότητας μέχρι την εξάντληση των αποθεμάτων. Σημειωτέον, ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρεται ότι ο προαναφερόμενος παγκόσμιος οργανισμός πραγματοποιεί τη 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%. Επί πλέον, το Δικαστήριο έκρινε ότι η προαναφερόμενη εγκύκλιος του Ε.Ο.Φ. 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, ως εκ τούτου, η συμμόρφωση προς την εγκύκλιο αυτή δεν αίρει τυχόν παραβίαση των ορισθέντων με την 193/III/03.08.2001 απόφαση. Για όλους αυτούς τους λόγους, το Δικαστήριο κατέληξε ότι δεν ήταν νόμιμη η κρίση της Επιτροπής ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν παραβίασε την 193/III/03.08.2001 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων. Γ) Η κρίση της Επιτροπής επί του ζητήματος της δεσπόζουσας ή μη θέσης της πρώτης παρεμβαίνουσας ως προς τα φάρμακα IMIGRAN και SEREVENT ήταν αναγκαία κατόπιν των από το έτος 2000 υποβληθεισών, κατά τα προεκτεθέντα, καταγγελιών, προκειμένου η Επιτροπή να αποφανθεί εάν η

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

καταχρώμενη της δεσπόζουσας θέσης της ως προς το φάρμακο LAMICTAL κατά τη χρονική περίοδο από τον Νοέμβριο 2000 έως τον Φεβρουάριο 2001, (ii) κρίθηκε ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα συμμορφώθηκε προς την 193/III/03.08.2001 απόφαση της Επιτροπής περί διοικητικών ασφαλιστικών μέτρων, (iii) η Επιτροπή παρέλειψε να κρίνει περί της παραβίασεως ή μη των άρθρων 2 του Ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ από την πρώτη παρεμβαίνουσα και ως προς την προμήθεια των φαρμακευτικών με τα φάρμακα IMIGRAN και SEREVENT. Β) Αναγνώρισε ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα (i) καταχρώμενη της δεσπόζουσας θέσης της ως προς το φάρμακο LAMICTAL, παραβίασε εκτός από το άρθρο 2 του Ν. 703/1977 και το άρθρο 82 ΣυνθΕΚ κατά τα χρονικά διαστήματα από τον Νοέμβριο 2000 έως τον Φεβρουάριο 2001 και από 20.04.2001 έως 19.03.2002 (ii) παραβίασε το διατακτικό της 193/III/03.08.2001 απόφασης της Επιτροπής. Και Γ) Ανέπεμψε την υπόθεση στην Επιτροπή Ανταγωνισμού (i) για επιβολή κύρωσης για την ως άνω παράβαση του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ ως προς το φάρμακο LAMICTAL, (ii) για κρίση περί της διάρκειας και της έκτασης της μη συμμόρφωσης προς την 193/III/03.08.2001 απόφαση με βάση τα αναφερόμενα στο σκεπτικό των ανωτέρω δικαστικών αποφάσεων στοιχεία και περί επιμέτρησης ανάλογης χρηματικής ποινής και (iii) για κρίση περί της παραβίασης ή μη των άρθρων 2 του Ν. 703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ ως προς τα φάρμακα IMIGRAN και SEREVENT κατά το χρονικό διάστημα από τον Νοέμβριο 2000 και εφεξής, (με βάση τα κριθέντα με τις ίδιες αποφάσεις) ως προς την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς και την επιβολή, εφόσον συντρέχει περίπτωση, των αντίστοιχων νόμιμων κυρώσεων. Αιτήσεις αναιρέσεως κατά των εν λόγω 2019/2009, 2100/2009 και 1983/2010 αποφάσεων απορρίφθηκαν για τυπικούς λόγους με τις 1921, 1922, 1923, και 1925/2012 αποφάσεις του Συμβουλίου της Επικρατείας. Κατόπιν τούτων, η Επιτροπή διενήργησε νέα έρευνα επί των αναπεμφθέντων ενώπιόν της, δυνάμει των ανωτέρω αποφάσεων του Δικαστηρίου αυτού, ζητημάτων.

12. Επειδή, επί του ως άνω αναπεμφθέντος ζητήματος της παραβίασης ή μη των άρθρων 2 του Ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ από την πρώτη παρεμβαίνουσα ως προς το φάρμακο IMIGRAN, η Επιτροπή εξέτασε, κατ' αρχάς,

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

οκτώ (8) ιδιοσκευάσματα. Περαιτέρω, η Επιτροπή, βασιζόμενη στα προσκομισθέντα από την πρώτη παρεμβαίνουσα στοιχεία, στα λοιπά στοιχεία του φακέλου και σε σχετικούς υπολογισμούς, διεπίστωσε ότι τα μερίδια αγοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας σε αξία (πωλήσεις σε ευρώ) στη σχετική αγορά των αντιημικρανικών φαρμάκων, που έχουν ως κύρια θεραπευτική ένδειξη την οξεία κρίση ημικρανίας στην ελληνική επικράτεια, κατά τα έτη 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 και 2006 ανήλθαν αντιστοίχως σε ποσοστό 74,7%, 76,1%, 70,8%, 62,5%, 57,6%, 57,7%, 51,1%, 48,4%, 37,8% (Πίνακας 11 της προσβαλλόμενης απόφασης, στον οποίο αναφέρονται τα μερίδια αγοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας και των εταιρειών SANOFI, NOVARTIS, ASTRAZENECA, MENARINI κατά τα έτη 1998 - 2006). Σύμφωνα με τα στοιχεία αυτά, τα μερίδια αγοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας υπερέβαιναν σταθερά και για χρονικό διάστημα τουλάχιστον επτά (7) ετών τα μερίδια των λοιπών εταιρειών στη σχετική αγορά, ειδικότερα δε το έτος 2000, κατά το οποίο ξεκίνησε η πρακτική της διακοπής προμήθειας του σκευάσματος IMIGRAN, το μερίδιο αγοράς αυτής ανερχόταν στο πολύ υψηλό επίπεδο του 70,8% και παρά την πτωτική τάση των επόμενων ετών, το μερίδιο αγοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας παρέμεινε σε υψηλά επίπεδα (άνω του 50%) και μόλις το έτος 2005 διαμορφώθηκε σε επίπεδα μικρότερα του 50%. Επιπροσθέτως, κατά το χρονικό διάστημα 1998-2004, η θέση των ανταγωνιστών της αξιολογήθηκε ως ασθενής, καθώς τα μερίδια του εκάστοτε αμέσως επόμενου ανταγωνιστή είναι υποπολλαπλάσια του μεριδίου αγοράς αυτής καθ' όλη την περίοδο 1998-2004, ενώ και σωρευτικά τα μερίδια αγοράς του συνόλου των ανταγωνιστών της απέχουν αισθητά από το δικό της έως και το έτος 2003. Καθ' όλη δε την ανωτέρω περίοδο (1998-2004) παρατηρήθηκαν μεταβολές στη θέση που καταλάμβαναν στην κατάταξη οι ανταγωνιστές της στην οικεία αγορά, ενώ αντιθέτως, αυτή διατήρησε σταθερά την κυρίαρχη θέση. Με βάση τις διαπιστώσεις αυτές, η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα κατείχε δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά, αφού, σύμφωνα με τα προεκτεθέντα, διατήρησε σημαντικό μερίδιο αγοράς για ικανό χρονικό διάστημα επτά (7) τουλάχιστον ετών και, επί πλέον, καθ' όλο σχεδόν το εν λόγω διάστημα καταγράφηκε σημαντική διαφορά μεταξύ του μεριδίου της και των μεριδίων των ανταγωνιστών της. Ο χρόνος αυτός συνιστά κατά την Επιτροπή

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

προμηθεύεται σε κράτος μέλος με χαμηλές τιμές σημαντικές ποσότητες προϊόντων τις οποίες προορίζει ουσιαστικά για παράλληλες εξαγωγές. Μέτρο δε, για την αξιολόγηση της καταλληλότητας και της αναλογικότητας της αντίδρασης της δεσπύζουσας επιχείρησης στην απειλή, συνιστά ο συνήθης ή μη χαρακτήρας των παραγγελιών που της απευθύνθηκαν, ο οποίος διαπιστώνεται στη βάση δύο κριτηρίων, ήτοι των προηγούμενων εμπορικών σχέσεων των μερών και του όγκου των παραγγελιών σε σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς (παρ. 191 προσβαλλόμενη). Συνεπώς, επεσήμανε περαιτέρω η Επιτροπή, το συνηθισμένο μέτρο δεν υπερβαίνουν οι παραγγελίες εκείνες που ανταποκρίνονται στις προϋφιστάμενες εμπορικές σχέσεις της δεσπύζουσας επιχείρησης με τον πελάτη της και τελούν σε εύλογη σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς όπως εκάστοτε διαμορφώνονται, κυρίως βάσει της κατανάλωσης στο κράτος – μέλος εξαγωγής και του ύψους των αποθεμάτων που υποχρεούνται να διατηρούν οι δραστηριοποιούμενοι στη διακίνηση φαρμάκων σε αυτό (παρ. 202). Ήτοι, κατά την Επιτροπή, σε αγορές με τα ρυθμιστικά χαρακτηριστικά της ελληνικής αγοράς, δεν είναι καταχρηστική, ακόμη και στις περιπτώσεις που στοχεύει στον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, η άρνηση ικανοποίησης αιτημάτων υφιστάμενων πελατών για την προμήθεια φαρμάκων σε ποσότητες ασυνήθιστα υψηλές σε σύγκριση με τις ποσότητες φαρμάκων που διαθέτουν οι εν λόγω πελάτες για την ικανοποίηση των αναγκών της εθνικής αγοράς. Και τούτο διότι η τυχόν επιβολή σε επιχείρηση υποχρέωσης προμήθειας των δραστηριοποιούμενων στην εθνική αγορά με απεριόριστες ποσότητες φαρμακευτικών προϊόντων, που δεν τελούν σε εύλογη σχέση με τη ζήτηση στην αγορά αυτή, ενδέχεται να αποδυναμώσει τους σκοπούς της ενωσιακής πολιτικής ανταγωνισμού, ήτοι την εξασφάλιση ενός επιπέδου αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά και την ολοκλήρωση της κοινής αγοράς αν, σε συνδυασμό και με τους περιορισμούς που επιβάλλουν στη δεσπύζουσα επιχείρηση η παραγωγική της δυναμικότητα και η δομή του συστήματος διανομής των φαρμακευτικών προϊόντων, θα την οδηγήσει να σταματήσει να διαθέτει τα προϊόντα της που συνιστούν αντικείμενο παράλληλου εμπορίου στο κράτος – μέλος εξαγωγής. Στο πλαίσιο αυτό, ενώ αντίκειται στα άρθρα 2 του ν. 703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ η άρνηση φαρμακευτικής εταιρείας να προβεί στην εκτέλεση

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

συγκεκριμένο προϊόν, συνεπώς ακόμη και εκείνων των εξαγωγικών δραστηριοτήτων, οι οποίες εντάσσονταν στις συνήθεις εμπορικές σχέσεις που συνέδεαν την πρώτη παρεμβαίνουσα με τους εν λόγω πελάτες και οι οποίες - πάντως- δεν είχαν θέσει έως τότε σε σοβαρή διακινδύνευση τα συμφέροντά της. Πριν από την -κατά τα ανωτέρω- αιφνίδια και ολοσχερή διακοπή της επίμαχης προμήθειας, για ικανό χρόνο, τουλάχιστον κατά τα έτη 1998-2000, η πρώτη παρεμβαίνουσα ικανοποιούσε στο σύνολό τους ή σχεδόν στο σύνολό τους τις παραγγελίες των πελατών της, όπως δήλωσε η ίδια με την υπ' αριθμ. 5440/08.07.2013 επιστολή της προς την Επιτροπή. Σημειωτέον ότι, με τις 2019/2009, 2100/2009 και 1983/2010 αποφάσεις του Δικαστηρίου αυτού, κρίθηκε, ως προς το σκεύασμα LAMICTAL, ότι η ολοσχερής άρνηση πώλησης - και μάλιστα έναντι όλων των πελατών αδιακρίτως- περικλείει, σε κάθε περίπτωση, την άρνηση ικανοποίησης και των συνήθων κατά την ποσότητά τους παραγγελιών των πελατών, βάσει του ύψους αυτών κατά τα προηγούμενα έτη, υπερβαίνει δε το αναγκαίο μέτρο για την προάσπιση των επιχειρηματικών συμφερόντων των παρεμβαινουσών. Β1) Κατά την περίοδο από τον Μάρτιο του 2001 και μετά, η πρώτη παρεμβαίνουσα προέβη σε δραστική μείωση των ποσοτήτων του σκευάσματος IMIGRAN που παρέδιδε στους πελάτες της στο πλαίσιο της μεταγενέστερης στρατηγικής που είχε υιοθετήσει, με στόχο, πλέον, τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου. Συγκεκριμένα, ως προς τις σαράντα μία (41) φαρμακαποθήκες που είχαν υποβάλει την ανωτέρω υπ' αριθμ. 61/08.01.2002 καταγγελία, από τα στοιχεία του φακέλου προέκυψε ότι οι παραγγελίες που είχαν απευθύνει αυτές στην πρώτη παρεμβαίνουσα κατά την περίοδο 2001-2004 αντιστοιχούσαν, σε σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς, σε ποσοστά κυμαινόμενα ανά εκάστη φαρμακαποθήκη από [%] (το ελάχιστο) μέχρι [%] (το μέγιστο) του όγκου των πωλήσεων του συγκεκριμένου σκευάσματος από τα φαρμακεία, βάσει των στοιχείων του «I.M.S.» για τα εν λόγω έτη. Στα ίδια επίπεδα, χωρίς να παρατηρούνται σημαντικές αποκλίσεις, κυμαινόταν το σύνολο των παραγγελιών που είχαν υποβληθεί κατά τα έτη 1999-2000 από τις εν λόγω σαράντα μία (41) φαρμακαποθήκες, γεγονός που σημαίνει ότι οι κρίσιμες παραγγελίες ανταποκρίνονταν στις συνήθεις εμπορικές σχέσεις που κάθε φαρμακαποθήκη διατηρούσε με την πρώτη παρεμβαίνουσα σε

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

μη ικανοποίηση παραγγελιών που ήταν συνήθεις κατά το παρελθόν και δεν θα οδηγούσαν σε δυσανάλογο περιορισμό του παράλληλου εμπορίου κατά το μέτρο που τούτο εντασσόταν στις συνήθεις εμπορικές σχέσεις. Β2) Αντιθέτως, η πλειοψηφία της Επιτροπής έκρινε ότι τα περιστατικά άρνησης της πρώτης παρεμβαίνουσας να ικανοποιήσει, κατά την ίδια ως άνω περίοδο (Μάρτιος 2001 και εφεξής), μέρος των παραγγελιών της προσφεύγουσας και των εταιρειών «Κ.Π. ΜΑΡΙΝΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε.», «ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ PHARMA GROUP ΜΕΣΣΗΝΙΑΣ Α.Ε.», και «ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ Κ. ΞΥΔΙΑΣ Α.Ε.» ήταν αντικειμενικώς δικαιολογημένα και δεν υπερέβαιναν το αναγκαίο και σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας μέτρο προστασίας των επιχειρηματικών της συμφερόντων. Και τούτο, διότι οι υποβληθείσες παραγγελίες των εν λόγω εταιρειών για το ιδιοσκεύασμα IMIGRAN κατά την ως άνω περίοδο δεν ήταν ομαλές, αλλά τελούσαν σε προφανή δυσαναλογία με τις συνολικές ανάγκες της εγχώριας αγοράς καθώς οι παραγγελίες τους για το συγκεκριμένο φάρμακο είτε υπερέβαιναν καθ' όλη την περίοδο τις πωλήσεις (σε όγκο) από τα φαρμακεία σε εθνικό επίπεδο, όπως καταγράφονται από τον IMS (Κ.Π. ΜΑΡΙΝΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε.) ή αντιστοιχούσαν σε σημαντικό ποσοστό των πωλήσεων αυτών (προσφεύγουσα και ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ PHARMA GROUP ΜΕΣΣΗΝΙΑΣ Α.Ε.) και, σε κάθε περίπτωση, σημαντικό τμήμα των ποσοτήτων του ιδιοσκευάσματος IMIGRAN που παράγγελλαν από την GSK προοριζόταν για εξαγωγές, σε σύγκριση με το τμήμα εκείνο των παραγγελιών που διέθεταν για την ικανοποίηση των εθνικών αναγκών. Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφεύγουσα, η Επιτροπή έλαβε υπόψη της σύμφωνα με τα στοιχεία που είχε στη διάθεσή της (την υπ' αριθ. πρωτ. 3770/09.05.2013 επιστολή της προσφεύγουσας και την 3430/2001 Απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών - Τμήμα Ασφαλιστικών Μέτρων επί αίτησής της κατά της πρώτης παρεμβαίνουσας), τα υψηλά ποσοστά, στα οποία ανέρχονταν οι ετήσιες παραγγελίες της προσφεύγουσας για το ιδιοσκεύασμα IMIGRAN για τα έτη 2001 έως και 2004, επί των αντίστοιχων κατά τον I.M.S. πωλήσεων (σε όγκο) από τα φαρμακεία σε εθνικό επίπεδο, ήτοι []% το έτος 2001, []% το έτος 2002, []% το έτος 2003 και []% το έτος 2004 (σχετ. παρ. 227 της προσβαλλόμενης και Διάγραμμα 7 αυτής). Επίσης, συνεκτίμησε ότι οι συνολικές ετήσιες παραγγελίες των τριών ως άνω εταιρειών κατά τα έτη 1998 – 2004 ήταν

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

2001 – 2004 και την αναλογία αυτών (ποσοστό) επί των πωλήσεων (σε όγκο) από τα φαρμακεία σε εθνικό επίπεδο σύμφωνα με τον I.M.S. τα ίδια έτη, καθώς και ότι οι παραδόσεις της GSK στην προσφεύγουσα και τις Κ.Π. ΜΑΡΙΝΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε. και ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ PHARMA GROUP ΜΕΣΣΗΝΙΑΣ Α.Ε, κατά τα έτη 1999 – 2000, υπερέβαιναν στο σύνολό τους αισθητά το σύνολο των παραδόσεων στις 41 καταγγέλλουσες φαρμακαποθήκες, ενώ για τα επόμενα έτη οι παραδόσεις σε αυτές προσέγγιζαν τις παραδόσεις στο σύνολο των ανωτέρω 41 φαρμακαποθηκών (σκέψεις 231, 232, Διαγράμματα 10, 11 και 12 της προσβαλλόμενης). Σημειωτέον, εν προκειμένω και ότι, κατά την άποψη των δύο μελών της Επιτροπής (του Αντιπροέδρου Δημητρίου Λουκά και του τακτικού μέλους Δημητρίου Δανηλάτου), δεν στοιχειοθετείται επαρκώς κατά νόμο κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης εκ μέρους της πρώτης παρεμβαίνουσας για την μερική ικανοποίηση από αυτήν παραγγελιών του ιδιοσκευάσματος IMIGRAN κατά την περίοδο από Μάρτιο του 2001 έως και το 2004 και, μάλιστα, συνολικά, ως προς όλους τους πελάτες της εν γένει, δηλαδή όχι μόνο σε σχέση με τις χαρακτηρισθείσες από την πλειοψηφία «ασυνήθεις» παραγγελίες της προσφεύγουσας και των δύο ως άνω εταιρειών, αλλά και σε σχέση με τις παραγγελίες των 41 φαρμακαποθηκών, διότι η πρώτη παρεμβαίνουσα, ως δεσπόζουσα φαρμακευτική επιχείρηση, διατηρεί ένα πεδίο διακριτικής ευχέρειας, ώστε να προστατεύει τα θεμιτά εμπορικά της συμφέροντα και, συνεπώς, μπορεί να αρνείται να παρέχει ποσότητες φαρμάκων, οι οποίες καταφανώς υπερβαίνουν την εγχώρια ζήτηση και ουσιαστικά προορίζονται για παράλληλες εξαγωγές, λαμβάνοντας προς τούτο μέτρα εύλογα και αναλογικά. Για τους λόγους αυτούς, κατά την άποψη -πάντα- της μειοψηφίας, η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης πρέπει εν τέλει να αξιολογείται στο σύνολό της, με γενικό τρόπο και σε συνάρτηση με το αντικειμενικό και ευκόλως διαπιστούμενο κριτήριο των αναγκών της εθνικής αγοράς και όχι αποκλειστικώς στο επίπεδο κάθε πελάτη ατομικώς, με βάση το σχετικό και μεμονωμένο κριτήριο της συνήθους ή μη φύσεως των παραγγελιών του. Στην εξεταζόμενη δε περίπτωση, η πρώτη παρεμβαίνουσα κατά τα έτη 2000-2004 διοχέτευε στην εθνική αγορά ποσότητες που υπερκάλυπταν την εθνική ζήτηση, και -μάλιστα- σε ποσοστό κατά μέσο όρο 60,5% επί πλέον των αναγκών αυτής, ποσοστό που ήταν υπερδιπλάσιο του

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

εκλογής στην αντιμετώπιση του βρογχικού άσθματος. Η κατηγορία των εκλεκτικών διεγερτών χωρίζεται σε δύο υποκατηγορίες: (α) των εκλεκτικών διεγερτών βραχείας δράσης και (β) των εκλεκτικών διεγερτών παρατεταμένης δράσης, στην οποία ανήκει το SEREVENT το οποίο δεν συνιστάται για την αντιμετώπιση της οξείας ασθματικής κρίσης. Στην ελληνική αγορά, κατά το χρόνο εκείνο, δεν κυκλοφορούσε άλλο σκεύασμα με την ίδια δραστική ουσία (Salmeterol Xinafoate), ενώ με διαφορετική δραστική ουσία και αντίστοιχα θεραπευτικά αποτελέσματα κυκλοφορούσαν ακόμη 7 σκευάσματα. Από αυτά, τα φαρμακευτικά σκευάσματα FORADIL της εταιρίας Novartis Pharma με δραστική ουσία την Formoterol και μεταγενέστερα το ιδιοσκεύασμα OXEZ Tur. της εταιρίας AstraZeneca με δραστική ουσία την Formoterol Fumarate αποτελούν εκλεκτικούς διεγέρτες παρατεταμένης δράσης και παρουσιάζουν ως εκ τούτου εναλλαξιμότητα με το SEREVENT από πλευράς κύριας θεραπευτικής ένδειξης. Για την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς προϊόντος, η Επιτροπή έλαβε υπόψη της: α) τις απόψεις των ανταγωνιστριών των παρεμβαινουσών εταιρειών και, ειδικότερα, i) της εταιρείας «AstraZeneca», κατά την οποία δεν συνιστούν υποκατάστατα όλα τα ιδιοσκευάσματα που περιέχουν εκλεκτικούς διεγέρτες (βραχείας δράσης-SABA, μακράς διάρκειας δράσης – LABA και συνδυασμός εκλεκτικών διεγερτών μακράς δράσης με εισπνεόμενα κορτικοστεροειδή), διότι χορηγούνται υπό διαφορετικές περιστάσεις (ανακουφιστική αγωγή για την αντιμετώπιση των συμπτωμάτων -κατ' επίκληση θεραπεία- οι SABA, ρυθμιστική αγωγή για τον έλεγχο της νόσου -θεραπεία συντήρησης- οι LABA). Κατά την άποψή της, η κατηγορία των εκλεκτικών διεγερτών μακράς διάρκειας LABA (Long acting B2 agonist/ ή κωδικοποιημένα κατά ATC4243: R03A3 LONG- ACT B2- STIM, INHAL), στην οποία ανήκει το SEREVENT, διακρίνεται σαφώς και συνιστά ξεχωριστή σχετική αγορά (από τις λοιπές δύο κατηγορίες εκλεκτικών διεγερτών), ήτοι «φαρμακευτικά σκευάσματα κατηγορίας εκλεκτικών διεγερτών μακράς διάρκειας (LABA)» που κυκλοφορούσαν στην ελληνική αγορά από το 1998 έως το 2006 και σε αυτήν εντάσσονταν οκτώ (8) φάρμακα (Πίνακας 12 της προσβαλλόμενης) και ii) της εταιρείας «Novartis Hellas AEBE», κατά την οποία, η σχετική αγορά περιλαμβάνει σχεδόν όλα τα φάρμακα που αντιμετωπίζουν παθήσεις του αναπνευστικού συστήματος, διότι το άσθμα και η Χρόνια

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

(R03AC) του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας (Π.Ο.Υ.) και έχουν την ίδια κύρια θεραπευτική ένδειξη με αυτή του SEREVENT, ήτοι τη θεραπεία αναστρέψιμης απόφραξης των αεροφόρων οδών σε ασθενείς με άσθμα, χρόνια αποφρακτική πνευμονοπάθεια και χρόνια βρογχίτιδα, οι οποίοι χρειάζονται μακρόχρονη τακτική βρογχοδιασταλτική θεραπεία και ανήκουν στην κατηγορία των εκλεκτικών β2 αδρενεργικών διεγερτών μακράς διάρκειας. Με τα δεδομένα αυτά, η Επιτροπή όρισε, ως σχετική αγορά προϊόντος, την αγορά των εκλεκτικών β2 αδρενεργικών διεγερτών μακράς διάρκειας με κύρια θεραπευτική ένδειξη τη θεραπεία αναστρέψιμης απόφραξης των αεροφόρων οδών σε ασθενείς με άσθμα, χρόνια αποφρακτική πνευμονοπάθεια και χρόνια βρογχίτιδα, οι οποίοι χρειάζονται μακρόχρονη τακτική βρογχοδιασταλτική θεραπεία. Ως σχετική γεωγραφική αγορά ορίστηκε η ελληνική επικράτεια. Ακολούθως, η Επιτροπή εξέτασε την κατοχή δεσπόζουσας θέσης ως προς το εν λόγω φάρμακο, λαμβάνοντας υπόψη, τις πωλήσεις σε αξία και το αντίστοιχο μερίδιο αγοράς, ως στοιχεία που αντικατοπτρίζουν καλύτερα τη σχετική θέση και δύναμη κάθε προμηθευτή στη σχετική αγορά. Βάσει των στοιχείων του φακέλου και των σχετικών υπολογισμών της Επιτροπής, τα μερίδια αγοράς της πρώτης παρεμβαίνουσας σε αξία (πωλήσεις σε ευρώ) κυμαίνονταν σε υψηλά επίπεδα, της τάξης του 60%, τουλάχιστον κατά τα έτη 1998 και 1999, ωστόσο το 2000, το έτος δηλαδή που εκδηλώθηκε η άρνηση πώλησης του φαρμάκου από αυτήν, τα εν λόγω μερίδια παρουσίασαν δραστική πτώση κατά 17 ποσοστιαίες μονάδες και διαμορφώθηκαν περίπου σε ποσοστό 43,8%, ενώ η επόμενη ανταγωνίστρια της, η εταιρεία Novartis, κατείχε μερίδιο αγοράς 36,4% και η AstraZeneca μερίδιο αγοράς 19,8%. Δραστική μείωση κατά 14 περίπου ποσοστιαίες μονάδες παρουσίασε το μερίδιο της πρώτης παρεμβαίνουσας και το επόμενο έτος 2001 (ανήλθε σε ποσοστό 30,7%) και συνέχισε μειούμενο και τα επόμενα έτη, με αποτέλεσμα το έτος 2006 να καταλήξει στο 11,7%. Με βάση τις διαπιστώσεις αυτές, η Επιτροπή έκρινε ότι, ως προς το φαρμακευτικό σκεύασμα SEREVENT, η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά των εκλεκτικών διεγερτών μακράς διάρκειας από το έτος 2000 και εφεξής, λόγω του ύψους του μεριδίου της στην αγορά, αλλά και της θέσης των ανταγωνιστριών της εταιρειών, οι οποίες διέθεταν ισχύ στην αγορά κατά την κρίσιμη περίοδο. Κατόπιν τούτων, παρέίλκε, κατά την

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

στοιχεία που παρατίθενται στους Πίνακες 47 και 48 του Παραρτήματος ως προς το IMIGRAN για τα έτη 2001-2004 και στους Πίνακες 176 έως 178 του Παραρτήματος ως προς το LAMICTAL για την περίοδο από Αύγουστο 2001 έως το 2006, προέκυψε ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα παρέδιδε στην προσφεύγουσα εταιρεία μικρότερες ποσότητες των εν λόγω φαρμάκων, έναντι εκείνων που είχαν ορισθεί να της παραδίδονται με την 3430/2001 απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (με εξαίρεση τη μορφή του σκευάσματος LAMICTAL tabs mg x 30), γ) από τα στοιχεία που παρατίθενται στους Πίνακες 45, 46 και 151 του Παραρτήματος, προέκυψε ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα κατά το χρονικό διάστημα από 23.08.2001 έως και 01.09.2006, δεν εκτέλεσε καθόλου ή εκτέλεσε εν μέρει τις συνολικά 206 παραγγελίες των φαρμάκων IMIGRAN και LAMICTAL που της ζήτησε η εταιρεία «Κ.Π. ΜΑΡΙΝΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε.», δ) από τα στοιχεία που αναφέρονται τους Πίνακες 153 έως 157 του Παραρτήματος, στους οποίους αναγράφονται ανά έτος από το 2002 έως το 2006, τα παραγγελθέντα από την εταιρεία «ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ PHARMA GROUP ΜΕΣΣΗΝΙΑΣ Α.Ε.» και αποσταλέντα από την πρώτη παρεμβαίνουσα τεμάχια των φαρμάκων LAMICTAL, IMIGRAN και SEREVENT σε όλες τους τις μορφές, καθώς και η διαφορά μεταξύ παραγγελιών και παραδόσεων, προέκυψε ότι για τα έτη 2002-2006 ικανοποιήθηκαν εν μέρει 152 συνολικά παραγγελίες της ανωτέρω εταιρείας, ε) από τα στοιχεία του Πίνακα 152 του Παραρτήματος προέκυψε ότι από τον Αύγουστο του 2004 έως και την 01.09.2006 εκτελέσθηκε μέρος μόνο από τις συνολικά 79 παραγγελίες και για τα τρία φάρμακα του «Συνεταιρισμού Φαρμακοποιών Αχαΐας και Νήσων ΣΠΕ (ΣΥΦΑΝ ΣΠΕ)» ή κάποιες δεν εκτελέσθηκαν καθόλου και στ) από τα στοιχεία που προσκομίσθηκαν στην Επιτροπή από την εταιρεία «ΦΑΡΜΑΚΑΠΟΘΗΚΗ Κ. ΞΥΔΙΑΣ Α.Ε.» (σχετ. το υπ' αριθμ. 327/14-11-2014 υπόμνημα αυτής) προέκυψε ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα, κατά την χρονική περίοδο από 21.01.2005 έως 20.01.2006, παρέβη το διατακτικό της 3427/2001 απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, με την οποία είχε υποχρεωθεί να προμηθεύει μηνιαίως την εν λόγω φαρμακαποθήκη με συγκεκριμένες ποσότητες και των τριών φαρμάκων. Με βάση τα ανωτέρω, η Επιτροπή έκρινε ότι η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν ικανοποιούσε «χωρίς ποσοτικούς περιορισμούς» τις παραγγελίες των πελατών της, παραβιάζοντας τις

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

ασκεί η δεύτερη στη δραστηριότητα της πρώτης. Περαιτέρω, για τη διαπιστωθείσα από την Επιτροπή, κατά τα εκτεθέντα στη 13^η σκέψη, παράβαση των άρθρων 2 του Ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ ως προς το σκεύασμα IMIGRAN: α) για το χρονικό διάστημα από τον Νοέμβριο του 2000 έως και τον Φεβρουάριο του 2001 της καθολικής άρνησης πώλησης του φαρμάκου, η Επιτροπή αποφάσισε, κατά την ομόφωνη κρίση των μελών της, την επιβολή προστίμου σε βάρος των δύο παρεμβαινουσών αλληλεγγύως και εις ολόκληρον με την ίδια ως άνω αιτιολογία, της σοβαρότητας της παράβασης της ολοσχερούς άρνησης πώλησης του φαρμάκου και των επιπτώσεων που προκαλεί στον ανταγωνισμό και β) για το χρονικό διάστημα από τον Μάρτιο του 2001 έως και το 2004 της μερικής άρνησης πώλησης του φαρμάκου, αποφασίσθηκε, κατά την άποψη της πλειοψηφίας των μελών της Επιτροπής, η επιβολή σε βάρος και των δύο εταιρειών της ίδιας κύρωσης του προστίμου, ενώ -αντιθέτως- κατά την άποψη της μειοψηφίας ενδεδειγμένη εν προκειμένω κύρωση ήταν η σύσταση ή έστω το αισθητά χαμηλό ή συμβολικό πρόστιμο, δεδομένου ότι η μερική ικανοποίηση παραγγελιών διακρίνεται σαφώς -στις ειδικές περιστάσεις της κρινόμενης υπόθεσης- από την περίπτωση της καθολικής άρνησης ικανοποίησης παραγγελιών και έχει, εκ των πραγμάτων, αισθητά μικρότερη σοβαρότητα ως παραβατική συμπεριφορά, ενόψει μάλιστα των εύλογων ζητημάτων ερμηνείας που έταμε τελικώς το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο. Περαιτέρω, κατ' εφαρμογή της ερμηνευτικής Ανακοίνωσης της 17ης Ιουλίου 2009 της Επιτροπής Ανταγωνισμού αναφορικώς με το εύρος των ακαθαρίστων εσόδων που χρησιμοποιούνται ως βάση για τον υπολογισμό του επιβλητέου προστίμου, η Επιτροπή, εν προκειμένω, έλαβε υπόψη της: α) για την παράβαση των άρθρων 2 του Ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ ως προς το σκεύασμα IMIGRAN, τη συνολική αξία των πωλήσεων των αντιημικρανικών φαρμάκων που έχουν ως κύρια θεραπευτική ένδειξη την οξεία κρίση ημικρανίας (IMIGRAN και NARAMIG), τις οποίες πραγματοποίησε η πρώτη παρεμβαίνουσα κατά το χρονικό διάστημα 2000-2004 στην ελληνική επικράτεια και β) για την παράβαση του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ ως προς το σκεύασμα LAMICTAL, τη συνολική αξία πωλήσεων του εν λόγω σκευάσματος που πραγματοποίησε αυτή κατά το χρονικό διάστημα 2000-2002 στην ελληνική επικράτεια. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου, ήτοι

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

του 2000 έως και το 2004, στη δε αγορά του LAMICTAL από τον Νοέμβριο του 2000 έως και τον Φεβρουάριο του 2001 και από 20.04.2001 έως 19.03.2002, δηλαδή για δύο χρονικά διαστήματα όπως ορίζονται στις 2019/2009, 2100/2009 και 1983/2010 δικαστικές αποφάσεις. Λαμβάνοντας συνολικά υπόψη τα προεκτεθέντα κριτήρια και στοιχεία, προσδιορίσθηκε ως βασικό πρόστιμο για τις διαπιστωθείσες παραβάσεις των άρθρων 2 του Ν.703/1977 ή/και 82 ΣυνθΕΚ: α) στην αγορά του LAMICTAL, κατά την ομόφωνη κρίση της Επιτροπής, αα) ποσοστό []% επί της συνολικής αξίας των πωλήσεων του φαρμάκου, που πραγματοποιήθηκαν στην ελληνική επικράτεια κατά την περίοδο ολοσχερούς άρνησης ικανοποίησης των παραγγελιών, ήτοι από τον Νοέμβριο του 2000 έως και τον Φεβρουάριο 2001 και αβ) ποσοστό []% επί της συνολικής αξίας των πωλήσεων του φαρμάκου, που πραγματοποιήθηκαν κατά την περίοδο μερικής άρνησης ικανοποίησης των παραγγελιών, ήτοι από 20.04.2001 έως και 19.03.2002 και β) στην αγορά του IMIGRAN βα) κατά την ομόφωνη κρίση της Επιτροπής, ποσοστό []% επί της συνολικής αξίας των πωλήσεων αντιημικρανικών φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων που έχουν ως κύρια θεραπευτική ένδειξη την οξεία κρίση ημικρανίας που πραγματοποιήθηκαν από την πρώτη παρεμβαίνουσα στην ελληνική επικράτεια κατά την περίοδο ολοσχερούς άρνησης ικανοποίησης των παραγγελιών, ήτοι από τον Νοέμβριο του 2000 έως και τον Φεβρουάριο 2001 και ββ) κατά την άποψη της πλειοψηφίας, ποσοστό []% επί της συνολικής αξίας των ως άνω πωλήσεων, που πραγματοποιήθηκαν κατά την περίοδο μερικής άρνησης ικανοποίησης των παραγγελιών, ήτοι από τον Μάρτιο 2001 έως και το 2004. Τέλος, η Επιτροπή δεν αναγνώρισε τη συνδρομή στην εξεταζόμενη περίπτωση οιοδήποτε παράγοντα ελαφρυντικού ή επιβαρυντικού του προστίμου.

18. Επειδή, η Επιτροπή, αφού έλαβε υπόψη της ότι η μη συμμόρφωση με την 193/III/2001 απόφαση ασφαλιστικών μέτρων φέρει ιδιαίτερη απαξία και συνιστά σοβαρή παραβίαση του εθνικού και ενωσιακού δικαίου, καθώς υπονόμει την αποτελεσματικότητα της σχετικής διαδικασίας και ενείχε τον κίνδυνο να επέλθει η πιθανολογηθείσα ανεπανόρθωτη βλάβη του δημοσίου συμφέροντος προς αποτροπή της οποίας επιβλήθηκαν τα ασφαλιστικά μέτρα,

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

ιδιοσκευασμάτων, στην οποία εντάσσεται το IMIGRAN καθώς και στην αγορά του φαρμάκου LAMICTAL, με την εξαίρεση του χρονικού διαστήματος από 26.09.2001 έως 23.11.2001 (57 ημέρες), ήτοι συνολικά για 1.185 ημέρες και β) στο ποσό των 979,00 ευρώ για το χρονικό διάστημα από 01.01.2005 έως 01.09.2006, λόγω δεσπόζουσας θέσης στην αγορά του φαρμάκου LAMICTAL, ήτοι συνολικά για 612 ημέρες. Συνεπώς, μετά την ανωτέρω μείωση, η χρηματική ποινή ανήλθε στο συνολικό ποσό των 2.919.378 ευρώ (1.185 ημέρες x 1.958 ευρώ = 2.320.230 ευρώ + 612 ημέρες x 979 ευρώ = 599.148 ευρώ). Σημειωτέον ότι υπήρξε και μειωψήφουσα άποψη, κατά την οποία η επιβλητέα ημερήσια ποινή θα έπρεπε να μην υπερβαίνει το ποσό των 979 ευρώ και για το διάστημα από 08.08.2001 έως 31.12.2004.

19. Επειδή, κατόπιν όλων των ανωτέρω, η Επιτροπή Ανταγωνισμού σε Ολομέλεια εξέδωσε την προσβαλλόμενη πράξη (608/01.04.2015), με την οποία: Α1. Διαπιστώθηκε ότι οι παρεμβαίνουσες παραβίασαν το άρθρο 2 του Ν. 703/1977 και το άρθρο 82 ΣυνθΕΚ ως προς την διάθεση του φαρμάκου IMIGRAN: α) ομοφώνως για το χρονικό διάστημα από τον Νοέμβριο 2000 έως και τον Φεβρουάριο 2001 και β) κατά πλειοψηφία για το χρονικό διάστημα από τον Μάρτιο 2001 έως και τον Δεκέμβριο 2004. Α2. Υποχρεώθηκαν, ομοφώνως, οι παρεμβαίνουσες να παραλείπουν στο μέλλον: α) τη διαπιστωθείσα από την Επιτροπή παράβαση ως προς την διάθεση του φαρμάκου IMIGRAN και β) τη διαπιστωθείσα δυνάμει των 2019/2009, 2100/2009 και 1983/2010 αποφάσεων του παρόντος Δικαστηρίου παράβαση ως προς τη διάθεση του φαρμάκου LAMICTAL. Α3. Επιβλήθηκε αλληλεγγύως και εις ολόκληρον στις παρεμβαίνουσες για τη συμμετοχή τους στις παραβάσεις που αφορούν στη διάθεση των ως άνω δύο σκευασμάτων, συνολικό πρόστιμο ύψους 1.168.343 ευρώ, ως ακολούθως: i) για τη διάθεση του IMIGRAN κατά το χρονικό διάστημα: α) από τον Νοέμβριο 2000 έως και τον Φεβρουάριο 2001 πρόστιμο, ομοφώνως, ύψους 150.358 ευρώ, β) από τον Μάρτιο 2001 έως και το 2004 πρόστιμο, κατά πλειοψηφία, ύψους 691.161 ευρώ και ii) για τη διάθεση του LAMICTAL κατά το χρονικό διάστημα: α) από τον Νοέμβριο 2000 έως και τον Φεβρουάριο 2001 πρόστιμο, ομοφώνως, ύψους 154.195 ευρώ και β) από 20.04.2001 έως

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

της προσφυγής των «GLAXOSMITHKLINE AEBE» και «GLAXOSMITHKLINE PLC», περί εσφαλμένης κρίσης της Επιτροπής κατά το μέρος που διαπίστωσε κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της καταγγελλόμενης, στην αγορά του σκευάσματος IMIGRAN, κατά το χρονικό διάστημα από Μάρτιο 2001 έως τον Δεκέμβριο 2004, καθ' ο μέρος αφορά τις σαράντα μία (41) καταγγέλλουσες φαρμακαποθήκες και κρίθηκε ότι η άρνηση της πρώτης εν προκειμένω παρεμβαίνουσας να ικανοποιήσει τις παραγγελίες των ανωτέρω φαρμακαποθηκών κατά τον κρίσιμο χρόνο, οι οποίες δεν απέκλιναν από τις συνήθεις παραγγελίες αυτών κατά το παρελθόν και, συγχρόνως, τελούσαν σε εύλογη σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς, συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης κατά την έννοια των άρθρων 2 του Ν. 703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ, καθόσον, από τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη στοιχεία, δεν εμφανίζεται απειλή των εμπορικών συμφερόντων των καταγγελλομένων από το παράλληλο εμπόριο που διεξήγαγαν οι εν λόγω φαρμακαποθήκες κατά το κρίσιμο διάστημα, το οποίο, εν προκειμένω, κινήθηκε εντός των ευλόγων ορίων. II) Ακολούθως, επί των προβληθέντων, σχετικώς με την επιβληθείσα κύρωση του προστίμου, λόγω της προσφυγής, (αρχή αναλογικότητας, δυνατότητα επιβολής σύστασης ή επιβολής συνολικού προστίμου σημαντικά χαμηλότερου σε σχέση με το επιβληθέν, προσδιορισμός του συντελεστή βασικού προστίμου σε υψηλά ποσοστά, αμφισβητούμενος χαρακτήρας της παράβασης όπως προκύπτει από την ανάγκη διατύπωσης προδικαστικού ερωτήματος, λοιπές ελαφρυντικές περιστάσεις), το Δικαστήριο τούτο, αφού έλαβε υπόψη (βλ. 23^η σκέψη της 1040/2021 απόφασης): α) τη φύση και τη σοβαρότητα των παραβάσεων στις οποίες υπέπεσαν οι παρεμβαίνουσες, β) το γεγονός ότι η παραβατική συμπεριφορά μπορούσε να επιφέρει επιζήμιες συνέπειες στον ανταγωνισμό, καθόσον αποσκοπούσε στον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, γ) την όχι μικρή διάρκεια των παραβάσεων, δ) τον σκοπό της διοικητικής κύρωσης του προστίμου, ο οποίος συνίσταται στην καταστολή κάθε παράνομης συμπεριφοράς και στην αποφυγή τυχόν επανάληψής της, ε) το προβλεπόμενο στο νόμο ανώτατο όριο του επιβαλλόμενου προστίμου (10% επί των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της τρέχουσας ή της προηγούμενης της παράβασης χρήσης), στ) την οικονομική δύναμη των καταγγελλομένων εταιρειών, ζ) τη γεωγραφική

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

έκρινε ότι πρέπει να περιορισθεί στο ποσό των 276.464,40 ευρώ, ήτοι στο εύλογο και προσήκον ποσοστό []% επί της συνολικής αξίας των κρίσιμων ως άνω πωλήσεων. Για τη μείωση του εν λόγω προστίμου, το Δικαστήριο στάθμισε, πλέον των προαναφερόμενων κριτηρίων, αφενός, ως ελαφρυντικό παράγοντα, τις ειδικότερες περιστάσεις της τελευταίας αυτής παράβασης και των νομικών ζητημάτων και ασαφειών που ανέκυψαν και επιλύθηκαν τελικώς από το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο 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 παρεμβαίνουσα αρνητικής πιστοποίησης, αλλά και των εκκρεμών δικών, πολιτικών και διοικητικών που ακολούθησαν, οι παρεμβαίνουσες 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. III) Περαιτέρω, ο λόγος της προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η προσβαλλόμενη απόφαση έπρεπε να ακυρωθεί λόγω εσφαλμένης εκτίμησης της συνδρομής των προϋποθέσεων κατάπτωσης της χρηματικής ποινής που είχε απειληθεί σε βάρος τους με την 193/III/2001 απόφαση, με συνέπεια να εφαρμοσθεί εσφαλμένως η διάταξη του άρθρου 9 παρ. 1 περ. δ' και ε' του Ν. 703/1977, απορρίφθηκε από το Δικαστήριο τούτο, προεχόντως ως απαραδέκτως προβαλλόμενος, διότι το ζήτημα της παραβίασης της 193/III/2001 απόφασης λήψης ασφαλιστικών μέτρων κρίθηκε με δύναμη δεδिकाσμένου (άρθρο 196 Κ.Δ.Δ.) με τις 2019/2009, 2100/2009 και 1983/2010 αποφάσεις του Δικαστηρίου αυτού, οι οποίες έχουν ήδη καταστεί αμετάκλητες μετά την απόρριψη των κατ' αυτών αιτήσεων αναιρέσεως από το Συμβούλιο Επικρατείας. Ο δε ισχυρισμός, σύμφωνα με τον οποίο η κρίση της Επιτροπής περί παραβιάσεως της 193/III/2001 απόφασης παραβιάζει την αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, απορρίφθηκε, με την αιτιολογία ότι η Επιτροπή δεν είχε τη διακριτική ευχέρεια να κρίνει εάν είχαν παραβιασθεί ή όχι τα ασφαλιστικά μέτρα, αφού το ζήτημα αυτό κρίθηκε με τις προαναφερόμενες δικαστικές αποφάσεις με δύναμη δεδिकाσμένου, πέραν ότι ο ανωτέρω ισχυρισμός προβλήθηκε αλυσιτελώς διότι, σε κάθε περίπτωση, ουδόλως εμποδιζόταν η Επιτροπή, εξελίσσοντας τον τρόπο έρευνας της συμπεριφοράς

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

1040/2021 απόφασης). IV) Όσον αφορά δε στο ύψος της χρηματικής ποινής, το Δικαστήριο τούτο, λαμβάνοντας υπόψη (βλ. 25^η σκέψη της ίδιας ως άνω απόφασης), α) την έκταση της παραβίασης των ασφαλιστικών μέτρων, όπως προκύπτει από τα εκτεθέντα πραγματικά περιστατικά, β) τη φύση της εν λόγω παραβίασης, δεδομένου ότι τα ασφαλιστικά μέτρα αποφασίσθηκαν -κατά τα προκτεθέντα- διότι διαπιστώθηκε πραγματική ανάγκη προσωρινής ρύθμισης της κατάστασης και γ) το γεγονός ότι, όπως διαπιστώθηκε βάσει των νεότερων στοιχείων της έρευνας και της ακροαματικής διαδικασίας, η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά ως προς το φάρμακο SEREVENT από το έτος 2000 και εφεξής, έκρινε ότι η χρηματική ποινή που πρέπει να καταπέσει σε βάρος των παρεμβαίνουσών αλληλεγγύως και εις ολόκληρον ανέρχεται: α) στο εύλογο, προσήκον και ανάλογο προς τη μη συμμόρφωση ποσό των 1.468 ευρώ ημερησίως, για το χρονικό διάστημα από 08.08.2001 έως και 31.12.2004 (1.242 ημέρες), όσον αφορά στη διάθεση με ποσοτικούς περιορισμούς των σκευασμάτων IMIGRAN, LAMICTAL και SEREVENT, με την εξαίρεση του χρονικού διαστήματος από 26.09.2001 έως 23.11.2001 (57 ημέρες) κατά το οποίο ίσχυε η αναστολή της 193/III/2001 απόφασης δυνάμει της προσωρινής διαταγής του Προέδρου του παρόντος Δικαστηρίου, ήτοι συνολικά για 1.185 ημέρες και β) στο ποσό των 979 ευρώ για το χρονικό διάστημα από 01.01.2005 έως 01.09.2006, όσον αφορά στη διάθεση με ποσοτικούς περιορισμούς του LAMICTAL, ήτοι συνολικά για 612 ημέρες. Ήτοι, μετά την ανωτέρω μείωση, η χρηματική ποινή που καταπίπτει ανέρχεται στο συνολικό ποσό των 2.338.728 ευρώ (1.185 ημέρες x 1.468 ευρώ = 1.739.580 ευρώ + 612 ημέρες x 979 ευρώ = 599.148 ευρώ), κατά μερική παραδοχή του διαλαμβανόμενου στην προσφυγή σχετικού αιτήματος. Ήτοι, τελικώς, με την 1040/2021 οριστική απόφαση του Δικαστηρίου τούτου, έγινε εν μέρει δεκτή η προσφυγή των εν προκειμένω παρεμβαίνουσών και τροποποιήθηκε η (και εν προκειμένω) προσβαλλόμενη πράξη, ως προς το ύψος του επιβλητέου προστίμου, το οποίο περιορίσθηκε στο συνολικό ποσό των 753.646 ευρώ και της καταπίπτουσας χρηματικής ποινής, η οποία προσδιορίσθηκε στο συνολικό ποσό των 2.338.728 ευρώ. Αντιστοίχως δε, έγιναν εν μέρει δεκτές οι ασκηθείσες παρεμβάσεις, μεταξύ των οποίων και εκείνη της εν προκειμένω προσφεύγουσας.

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

επιχείρηση να προβαίνει σε στεγανοποίηση των αγορών και να αποτρέπει τη μεταξύ τους αλληλοδιείσδυση, αγνοώντας απολύτως την ανάγκη προάσπισης των παράλληλων εξαγωγών φαρμάκων, η οποία τονίσθηκε με την απόφαση του ΔΕΚ. Σε κάθε δε περίπτωση, τονίζει περαιτέρω η προσφεύγουσα, ακόμη και για τη στοιχειοθέτηση του μοναδικού ως άνω κριτηρίου που υιοθέτησε, η Επιτροπή, με μόνη εξαίρεση την περίπτωση της Κ.Π.ΜΑΡΙΝΟΠΟΥΛΟΣ Α.Ε., δεν είχε επαρκή στοιχεία για τον όγκο των εξαγωγών των φαρμακαποθηκών (ούτε για τις 41 ούτε και για την ίδια). Χωρίς δε να αναζητήσει, ως όφειλε, τέτοια στοιχεία, ιδίως όσον αφορά τις προϋφιστάμενες σχέσεις της προσφεύγουσας με την καταγγελλόμενη, η Επιτροπή εξέλαβε ως αληθή μία τελείως αστήρικτη δήλωση, σύμφωνα με την οποία η προσφεύγουσα εξυπηρετεί μόλις τριάντα φαρμακεία, ενώ αυτή εφοδιάζει, κατά τους ισχυρισμούς της, πάνω από 1.000 φαρμακεία πανελλαδικά. Επίσης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νόμιμα η Επιτροπή συσχέτισε την εμπορική συμπεριφορά της με τη συμπεριφορά των 41 φαρμακαποθηκών που παραστάθηκαν ενώπιόν της, χωρίς να εξετάσει το μερίδιο που οι φαρμακαποθήκες αυτές καταλαμβάνουν στην εθνική αγορά, τις παράλληλες εξαγωγές που αυτές ενεργούσαν στο επίμαχο ιδιοσκεύασμα και την οικονομική δύναμή τους σε σχέση τα δικά της, αντίστοιχα δεδομένα. Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα παραδέχεται ότι, κατά το χρόνο συζήτησης ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού της υπόθεσης, στο στάδιο κατά το οποίο λήφθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, η ίδια δεν διέθετε στοιχεία για ποσοστό των πωλήσεων που διενήργησε από το φάρμακο IMIGRAN στην εθνική αγορά, έναντι εκείνου που προώθησε σε εξαγωγές κατά τον κρίσιμο χρόνο Μαρτίου 2001 - 2004, λόγω του μεγάλου χρονικού διαστήματος που μεσολάβησε, κατά το οποίο, πέραν της μη υποχρέωσής της να διατηρεί φορολογικά στοιχεία για χρόνο απώτερο της δεκαετίας, έλαβε χώρα και αλλαγή της έδρας της και εκκαθάριση του αρχείου της. Ωστόσο, υποστηρίζει ότι ανταποκρινόμενη στην 303/04.11.2014 πρόσκληση της Επιτροπής παρέθεσε, με την 378/30.12.2014 απάντησή της, στοιχεία για τον όγκο των πωλήσεων για καθένα από τα αναφερόμενα τρία φάρμακα. Απουσία δε σχετικών στοιχείων, ως προς το ποσοστό των εξαγωγών της, του ιδιοσκευάσματος IMIGRAN, σε σχέση με τις πωλήσεις αυτού στην εθνική αγορά, προέβη στην εκτίμηση, όπως της ζητήθηκε, ότι κατά τη διάρκεια του

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

προσφεύγουσα να γίνει καθ' ολοκληρίαν δεκτή η 64/09.02.2002 καταγγελία, κατά το μέρος που την αφορά και να κριθεί ότι η άρνηση των παρεμβαιουσών επιχειρήσεων, κατά το χρονικό διάστημα που κατείχαν δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά, να ικανοποιήσουν πλήρως τις συνήθεις παραγγελίες της, οι οποίες ανταποκρίνονταν στις προϋφιστάμενες εμπορικές σχέσεις τους και δεν προορίζονταν κατά δυσανάλογο μέρος τους για εξαγωγή σε άλλα κράτη μέλη, συνιστά παραβίαση των άρθρων 2 του Ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ, καθώς δεν αποτελούσε αναγκαίο και αναλογικό μέτρο για την προστασία των εμπορικών τους συμφερόντων.

22. Επειδή, σύμφωνα με την ανωτέρω απόφαση του ΔΕΚ («Απόφαση Λέλος»), το περιεχόμενο της οποίας εκτέθηκε στην 7η σκέψη, προκειμένου να εκτιμηθεί εάν η άρνηση φαρμακευτικής εταιρείας να εφοδιάζει με συγκεκριμένα προϊόντα χονδρεμπόρους ενός κράτους-μέλους δραστηριοποιούμενους στις παράλληλες εξαγωγές των προϊόντων αυτών, ως προς τα οποία είναι δεσπόζουσα στην αγορά η θέση της, συνιστά μέσο κατάλληλο και ανάλογο της απειλής που αποτελούν οι εξαγωγές αυτές για την προάσπιση των νόμιμων εμπορικών της συμφερόντων, πρέπει να εξετάζεται εάν οι παραγγελίες των χονδρεμπόρων προς την εταιρεία αυτή, για εφοδιασμό τους με φαρμακευτικά προϊόντα της, στο συγκεκριμένο κράτος-μέλος, παρουσιάζουν ασυνήθη χαρακτήρα. Για τη διαπίστωση του συνήθους χαρακτήρα των παραγγελιών αυτών, λαμβάνεται υπόψη ο όγκος τους σε σχέση με τις ανάγκες της αγοράς του εν λόγω κράτους -μέλους, καθώς και οι εμπορικές σχέσεις που διατηρούσε στο παρελθόν η φαρμακευτική εταιρεία με τους χονδρεμπόρους αυτούς. Συνεπώς, σύμφωνα με την απόφαση αυτή, είναι συνήθεις οι παραγγελίες, ο όγκος των οποίων τελεί σε εύλογη σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς, όπως εκάστοτε διαμορφώνονται (κυρίως βάσει της κατανάλωσης στο κράτος-μέλος και του ύψους των αποθεμάτων που υποχρεούνται να διατηρούν οι δραστηριοποιούμενοι στη διακίνηση φαρμάκων) και, ταυτοχρόνως, ο όγκος αυτός ανταποκρίνεται στις προϋφιστάμενες εμπορικές σχέσεις της δεσπόζουσας επιχείρησης με τον πελάτη της, χονδρέμπορο. Με το ανωτέρω ερμηνευτικό πλαίσιο της απόφασης του ΔΕΚ συντάχθηκε, με την προσβαλλόμενη απόφασή

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

ανταποκρίνονταν απόλυτα στις προηγούμενες εμπορικές σχέσεις της (ετών 1998 – 2000) με την πρώτη παρεμβαίνουσα και να αναγνωρίσει ότι η συστηματική, από μέρους της τελευταίας, άρνηση ικανοποίησης, στο σύνολό τους, των υποβληθεισών από αυτήν παραγγελιών για το ιδιοσκεύασμα IMIGRAN κατά το χρονικό διάστημα από Μάρτιο 2001 έως το 2004 αποτελούσε κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Αντίθετη εκδοχή και αποδοχή των απόψεων της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τις οποίες, ασχέτως της αναλογίας των παραγγελιών της προς τις ανάγκες της εθνικής αγοράς για το σκεύασμα IMIGRAN, η πρώτη παρεμβαίνουσα δεσπόζουσα επιχείρηση είχε υποχρέωση να εξακολουθήσει να τις εκτελεί, εφόσον αυτές ήταν ανάλογες των παραγγελιών προηγούμενων ετών, αφενός μεν θα μπορούσε να θέσει σε σοβαρό κίνδυνο τα επιχειρηματικά συμφέροντα των παρεμβαίνουσών, αφού μία τέτοια απόλυτη απαγόρευση θα στερούσε από αυτές τη δυνατότητα να προστατευθούν σε εύλογο και ανάλογο βαθμό από την απειλή που θα προέκυπτε από τις εμπορικές δραστηριότητες των χονδρεμπόρων που δραστηριοποιούνται στις παράλληλες εξαγωγές αφετέρου θα διακινδύνευε, εν τέλει, την εξασφάλιση ενός επιπέδου αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά και την ολοκλήρωση της κοινής αγοράς διότι, σε συνδυασμό και με τις λοιπές συνθήκες (παραγωγική δυνατότητα) των παρεμβαίνουσών και τις υποχρεώσεις που τίθενται από το σύστημα διανομής φαρμάκων στην ελληνική αγορά, θα μπορούσε να τις οδηγήσει σε διακοπή διάθεσης του ανωτέρω προϊόντος τους στην Ελλάδα. Εξάλλου, όσον αφορά την κρίση της, ειδικώς ως προς την προσφεύγουσα, η Επιτροπή συνεκτίμησε: α) τον μεγάλο όγκο των υποβληθεισών παραγγελιών της κατά την κρίσιμη περίοδο, από τον Μάρτιο του 2001 έως και έτος 2004, σε σχέση με τις ανάγκες της εθνικής αγοράς, όπως αυτές προέκυπταν βάσει των στοιχείων του οργανισμού «I.M.S.», ανερχόμενων στο []% περίπου των αναγκών αυτών, γεγονός το οποίο αποδέχεται η προσφεύγουσα με την προσφυγή της όπου παραθέτει τα ίδια ανά έτος επί μέρους ποσοστά με αυτά που παρατίθενται στην προσβαλλόμενη απόφαση, β) ότι οι παραγγελίες της προσφεύγουσας, καθ' όλα αυτά τα έτη, προσέγγιζαν τις ετήσιες συνολικές παραγγελίες IMIGRAN, των ανωτέρω 41 φαρμακαποθηκών, γ) τον συνήθη χαρακτήρα των παραγγελιών αυτών σε σχέση με τις προϋπάρχουσες (ετών 1998

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

παρεμβαίνουσα, ποσότητες του φαρμάκου IMIGRAN, είναι αβάσιμος, καθώς η Επιτροπή εξάντλησε κάθε δυνατότητα, για την αναζήτηση και αξιολόγηση, πρόσφορων για την εξαγωγή ασφαλών συμπερασμάτων, αποδεικτικών μέσων, κατά τα διαταχθέντα με τις 2019/2009, 2100/2009 και 1983/2010 αποφάσεις του Δικαστηρίου τούτου. Προς τούτο εξέτασε, κατ' αρχάς, τα συνολικά στοιχεία των πωλήσεων στην ελληνική αγορά του σκευάσματος IMIGRAN κατά την περίοδο 1998 έως 2004 (παρ. 217-221 προσβαλλόμενης απόφασης και διάγραμμα με αριθμό 6 βάσει των στοιχείων του «IMS») και, ακολούθως, εξετάζοντας ιδιαιτέρως την περίπτωση της προσφεύγουσας, διαμόρφωσε την κρίση της, λαμβάνοντας υπόψη της και αναλύοντας τα σχετικά στοιχεία, μεταξύ των οποίων η υπ' αριθ. πρωτ. 3770/09.05.2013 επιστολή της προσφεύγουσας και η υπ' αριθ. 3430/20.04.2001 Απόφαση του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών (Τμήμα Ασφαλιστικών Μέτρων), που εκδόθηκε επί αίτησής της για λήψη ασφαλιστικών μέτρων κατά των παρεμβαινουσών (παρ. 227 της προσβαλλόμενης και σημείωση 404) και η ανωτέρω, ήδη αναφερθείσα, με αρ. πρωτ. 378/30.12.2004 απαντητική επιστολή αυτής. Άλλωστε, η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε, κατά τη διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι διέθεσε τον μεγαλύτερο όγκο των παραγγελιών της από το φάρμακο IMIGRAN στην εθνική αγορά αλλά ούτε και επικαλέσθηκε συγκεκριμένα αριθμητικά μεγέθη για τις ανά έτος και ανά ιδιοσκεύασμα του φαρμάκου, πωλήσεις της εντός εθνικής αγοράς και τις εξαγωγές της προς τα κράτη μέλη. Και δήλωσε, μεν, η προσφεύγουσα με την ως άνω επιστολή της προς την Επιτροπή, ότι μόνο ένα ποσοστό []%-[]% από τις πωλήσεις της του IMIGRAN αφορούσε εξαγωγές σε άλλα κράτη μέλη, όμως το ποσοστό αυτό παρατίθεται απολύτως επιγραμματικά και αυθαίρετα και δεν υποστηρίζεται από τα λοιπά στοιχεία που κατά τα προεκτεθέντα τέθηκαν υπόψη της Επιτροπής. Ομοίως, και ενώπιον του παρόντος Δικαστηρίου, η προσφεύγουσα δεν επικαλέσθηκε με την προσφυγή της ούτε προσκόμισε στοιχεία, από τα οποία να μπορεί να συναχθεί η επικαλούμενη από αυτήν διάθεση στην εθνική αγορά ποσοστού άνω του []% των πωλήσεών της του IMIGRAN καθώς, παρά την επίκληση άλλων οικονομικών δεδομένων (σελ. 63 της προσφυγής), ήτοι ότι κατά τα έτη 1998 έως 2004 πραγματοποίησε πωλήσεις στην εθνική αγορά (φαρμακεία) [] ευρώ έναντι [] ευρώ σε εξαγωγές

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

προσφεύγουσας επί του ιδιοσκευάσματος IMIGRAN κατά το χρονικό διάστημα από τον Μάρτιο 2001 έως το 2004, δεν συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης κατά την έννοια των άρθρων 2 του Ν.703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ, καθόσον αποτελούσε εύλογο και αναγκαίο μέτρο έναντι της απειλής των εμπορικών συμφερόντων τους από την ένταση και την έκταση του παραλλήλου εμπορίου που διεξήγαγε η φαρμακαποθήκη της προσφεύγουσας κατά το ίδιο διάστημα. Όλοι δε οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι.

23. Επειδή, περαιτέρω, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, όπως αναπτύσσεται με τον πρώτο πρόσθετο λόγο, πλήττεται ως μη νόμιμη η κρίση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σύμφωνα με την οποία η πρώτη παρεμβαίνουσα δεν κατείχε δεσπόζουσα θέση αναφορικά με το ιδιοσκεύασμα SEREVENT. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή εσφαλμένα οριοθέτησε ως σχετική αγορά προϊόντων την αγορά των εκλεκτικών β2 αδρενεργικών διεγερτών μακράς διάρκειας με κύρια θεραπευτική ένδειξη τη θεραπεία αναστρέψιμης απόφραξης των αεροφόρων οδών σε ασθενείς με άσθμα, χρόνια αποφρακτική πνευμονοπάθεια και χρόνια βρογχίτιδα, οι οποίοι χρειάζονται μακρόχρονη τακτική βρογχοδιασταλτική θεραπεία, αξιολογώντας την εναλλαξιμότητα των φαρμάκων με αποκλειστικό κριτήριο την κύρια θεραπευτική ένδειξη, ενώ αγνόησε απολύτως ότι κατά το εξεταζόμενο χρονικό διάστημα δεν κυκλοφορούσε άλλο σκεύασμα με την ίδια δραστική ουσία (Salmeterol Xinafoate). Η παράλειψη αυτή, συνεπαγόταν περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, ότι δεν συνεκτιμήθηκαν κατά την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς και άλλα κρίσιμα ζητήματα, όπως η θεραπευτική ισχύς του κάθε φαρμάκου, η αποτελεσματικότητα εκάστου και σε σύγκριση μεταξύ τους, αλλά και η αλληλεπίδρασή τους σε συνδυαστικές θεραπείες, καθώς και οι πρακτικές των συνταγογράφων ιατρών. Όσον αφορά δε το ζήτημα της συνταγογράφησης από τον θεράποντα ιατρό του καταλληλότερου φαρμάκου, η προσφεύγουσα τονίζει ότι αυτή γίνεται σε εξατομικευμένη βάση και στηρίζεται στην αποτελεσματικότητα εκάστου σκευάσματος για τον συγκεκριμένο ασθενή, με συνεκτίμηση της ενδεχόμενης ύπαρξης συνοδών νόσων, αλλεργιών και άλλων συνδυαστικών

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

αναλόγως την έρευνά της, για τον προσδιορισμό της σχετικής αγοράς και ως προς το φάρμακο αυτό εκτιμώντας, περαιτέρω, την εναλλαξιμότητα και την υποκατάστασή του, βάσει των συνθηκών του ανταγωνισμού και τη διάρθρωση της ζήτησης και της προσφοράς στην αγορά και όχι, μόνο, με βάση τα αντικειμενικά χαρακτηριστικά του, σύμφωνα και με όσα έγιναν ερμηνευτικώς δεκτά στην 4η σκέψη της παρούσας. Σημειωτέον δε ότι, η κύρια θεραπευτική ένδειξη συνιστά κριτήριο, το οποίο χρησιμοποιεί η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ως αφετηρία εξέτασης της εναλλαξιμότητας των φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων και το οποίο στηρίζεται συνήθως στο 3ο επίπεδο της «Ανατομικής Θεραπευτικής Κατάταξης» (“Anatomical Therapeutic Classification”) του Παγκόσμιου Οργανισμού Υγείας (Π.Ο.Υ.) που περιλαμβάνει θεραπευτικές και φαρμακολογικές υποκατηγορίες φαρμάκων. Στα πλαίσια αυτά, κατά τα εκτεθέντα στην 14^η σκέψη της παρούσας, η Επιτροπή, προκειμένου να ελέγξει την κατοχή δεσπόζουσας θέσης από την πρώτη παρεμβαίνουσα σε σχέση με το SEREVENT, προέβη στον προσδιορισμό της σχετικής αγοράς του εν λόγω φαρμάκου, ως τέτοιας νοούμενης, εκείνης που αποτελείται από τα φαρμακευτικά σκευάσματα με την ίδια θεραπευτική ένδειξη και αξία που καταναλώνονται στην ελληνική επικράτεια (σχετική γεωγραφική αγορά). Κατά την εκτεταμένη έρευνα, η οποία επίσης εκτίθεται στη 14^η σκέψη της παρούσας, η Επιτροπή έλαβε υπόψη ότι στην ευρύτερη αγορά των φαρμάκων για παθήσεις του αναπνευστικού συστήματος περιλαμβάνονται φαρμακευτικά ιδιοσκευάσματα που ανήκουν σε οκτώ συνολικά κατηγορίες, στην δε τρίτη εξ αυτών, ήτοι τους εκλεκτικούς διεγέρτες, εντάσσεται και το επίμαχο σκεύασμα SEREVENT, το οποίο ανήκει στην υποκατηγορία των εκλεκτικών διεγερτών παρατεταμένης δράσης, καθώς προσφέρει παρατεταμένη (12 ωρών) βρογχοδιαστολή και χορηγείται ως μακρόχρονη βρογχοδιασταλτική θεραπεία για την αντιμετώπιση χρόνιων παθήσεων του αναπνευστικού συστήματος (βρογχικό άσθμα, χρόνια αποφρακτική πνευμονοπάθεια, χρόνια βρογχίτιδα), ενώ δεν συνιστάται για την αντιμετώπιση της οξείας ασθματικής κρίσης. Ακολούθως, η Επιτροπή συνεκτίμησε ότι στην ελληνική αγορά κατά το χρόνο εκείνο δεν κυκλοφορούσε άλλο σκεύασμα με την ίδια δραστική ουσία (Salmeterol Xinafoate), ενώ με διαφορετική δραστική ουσία αλλά αντίστοιχα θεραπευτικά αποτελέσματα κυκλοφορούσαν οκτώ (8) ακόμη σκευάσματα ήτοι

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

μερίδιο αγοράς 19,8%, καθώς και την περαιτέρω μείωση του ποσοστού της παρεμβαίνουσας που έφτασε στο 30,7% το επόμενο έτος 2001 και συνέχισε μειούμενο και τα επόμενα έτη, με αποτέλεσμα το έτος 2006 να καταλήξει στο 11,7%. Βάσει δε των δεδομένων αυτών η Επιτροπή έκρινε ότι η κατά τα ανωτέρω ραγδαία και συνεχιζόμενη πτώση του ποσοστού των μεριδίων αγοράς της προσφεύγουσας από το έτος 2000 και εφεξής σε συνδυασμό με τη σταθερά ανοδική πορεία των ποσοστών των ανταγωνιστών της και την ισχύ που είχαν αυτοί στην αγορά κατά τα ίδια έτη, καταδεικνύει τη μη κατοχή, από την πρώτη παρεμβαίνουσα, δεσπόζουσας θέσης στην αγορά των εκλεκτικών διεγερτών μακράς διάρκειας από το έτος 2000 και εφεξής. Η κρίση αυτή της Επιτροπής είναι νόμιμη, σύμφωνα και με όσα έγιναν ερμηνευτικώς δεκτά στην 4^η σκέψη της παρούσας για την απόδειξη της υπάρξεως δεσπόζουσας θέσης στην οικεία αγορά και θεμελιώνεται ειδικώς και επαρκώς στα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση οικονομικά στοιχεία, τα οποία δεν αμφισβητούνται, ειδικώς, από την προσφεύγουσα.

25. Επειδή, ακολούθως, η προσφεύγουσα προβάλλει με τους 2^ο, 3^ο και 4^ο λόγους της προσφυγής και τον 2^ο πρόσθετο λόγο, την εσφαλμένη και μη νόμιμη επιμέτρηση, από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, των επιβληθεισών στις παρεμβαίνουσες κυρώσεων (προστίμου και χρηματικής ποινής). Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή προέβη, κατά παράβαση της διάταξης του άρθρου 25 παρ. 2 του ν.3959/2011, σε εσφαλμένη επιμέτρηση του προστίμου για τις αποδοθείσες παραβάσεις διότι, αν και δέχθηκε ότι τις παραβάσεις αυτές διέπραξαν από κοινού οι δύο παρεμβαίνουσες εταιρείες, παράλειψε να θέσει ως βάση υπολογισμού τα ακαθάριστα έσοδα και των δύο εταιρειών και όρισε το βασικό πρόστιμο με βάση τον κύκλο εργασιών της φυσικής μόνον αυτοργού, θυγατρικής εταιρείας, ήτοι της πρώτης παρεμβαίνουσας. Κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα, με τον δεύτερο πρόσθετο λόγο, το πρόστιμο για τις παραβάσεις που διαπιστώθηκαν σχετικώς με τα σκευάσματα LAMICTAL και IMIGRAN έπρεπε, σύμφωνα με τις από 12.05.2006 Κατευθυντήριες Γραμμές, να επιμετρηθεί με βάση το σύνολο των ακαθαρίστων εσόδων αμφοτέρων των παρεμβαινουσών, από την πώληση των ως άνω φαρμάκων όχι μόνο στην

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

προσφεύγουσα, η μείωση από την Επιτροπή της χρηματικής ποινής υπήρξε υπερβολική, σε σχέση με την σοβαρότητα της παράβασης. Επ' αυτών, η Επιτροπή Ανταγωνισμού και οι προσθέτως παρεμβαίνουσες προβάλλουν ότι οι ανωτέρω ισχυρισμοί πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι, ελλείψει εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας.

26. Επειδή, όπως γνωρίζει το Δικαστήριο από προηγούμενη ενέργειά του (βλ. ανωτέρω 20ή σκέψη της παρούσας), με την 1040/2021 τελεσίδικη απόφασή του, η οποία εκδόθηκε επί προσφυγής των παρεμβαίνουσών κατά της και εν προκειμένω προσβαλλόμενης απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού και επί της σχετικώς ασκηθείσας από την προσφεύγουσα παρεμβάσεως και συζητήθηκε κατά την ίδια δικάσιμο (αρ. πιν. 8) με την κρινόμενη προσφυγή, κρίθηκε, μεταξύ άλλων (24^η σκέψη της 1040/2021 απόφασης), ότι το χρονικό διάστημα ισχύος της 193/III/2001 απόφασης ασφαλιστικών μέτρων εξικνείτο έως την έκδοση της οριστικής απόφασης από την Επιτροπή επί των καταγγελιών που εκκρεμούσαν, ήτοι έως και τις 01.09.2006, χρονολογία έκδοσης της 318/V/2006 απόφασής της. Περαιτέρω, στα πλαίσια της εξουσίας του να εξετάζει κατ' ουσία την υπόθεση και να επιβάλει το κατά την κρίση του προσήκον πρόστιμο και την οικεία χρηματική ποινή, το Δικαστήριο τούτο, με την ίδια ως άνω απόφασή του, μείωσε τόσο το συνολικώς επιβληθέν στις παρεμβαίνουσες πρόστιμο όσο και τη χρηματική ποινή που κατέπεσε, αφού έλαβε υπόψη και συνεκτίμησε, μεταξύ άλλων, τη φύση, τη σοβαρότητα και τη διάρκεια των παραβάσεων, τη γεωγραφική έκταση που έλαβαν αυτές χώρα, το είδος της συμμετοχής στις διαπιστωθείσες παραβάσεις εκάστης των παρεμβαίνουσών, τις δυνητικά επιζήμιες συνέπειες για τον ανταγωνισμό, τον σκοπό της διοικητικής κύρωσης, το ανώτατο κατά νόμο ύψος αυτής και την οικονομική δύναμη των παρεμβαίνουσών, όπως τα σχετικά κριτήρια και στοιχεία εκτίθενται στις 23η και 25η σκέψεις της ως άνω, 1040/2021 απόφασης. Με τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με τις εκτιθέμενες στην 8η σκέψη της παρούσας διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας και των άρθρων 18 παρ. 1 του ν.703/1977 και ήδη 35 παρ. 1 του ν.3959/2011, απορριπτέοι ως αβάσιμοι παρίστανται όλοι οι εκτιθέμενοι στην προηγούμενη (25^η) σκέψη της παρούσας ισχυρισμοί, προεχόντως διότι τα

Αριθμός απόφασης: 1738/2021

ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ ΚΟΥΤΡΙΚΗΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΚΑΡΒΕΛΑ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΟΛΙΟΠΟΥΛΟΣ