

## ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

F. G. JACOBS

της 22ας Μαΐου 2003<sup>1</sup>

1. Με τις τέσσερις αυτές υποθέσεις τίθενται ορισμένα ζητήματα σχετικά με τη συμβατότητα προς τους κοινοτικούς κανόνες του ανταγωνισμού της κανονιστικής ρυθμίσεως βάσει της οποίας οι κύριες ενώσεις και ομοσπονδίες των ταμείων υγείας [στο εξής: οι κύριες ενώσεις των ταμείων υγείας] της Γερμανίας καθορίζουν από κοινού τα ανώτατα χρηματικά ποσά βάσει των οποίων περιορίζεται η συμμετοχή των ταμείων υγείας στο κόστος διαφόρων φαρμακευτικών προϊόντων (τα επονομαζόμενα «ανώτατα χρηματικά ποσά»). Οι ασφαλισμένοι ασθενείς καταβάλλουν το ποσό κατά το οποίο η τιμή του κάθε συνταγογραφημένου προϊόντος υπερβαίνει το ανώτατο χρηματικό ποσό.

2. Οι υποθέσεις C-264/01 και C-306/01 προήλθαν από προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το τμήμα ανταγωνισμού του Oberlandesgericht Düsseldorf. Οι υποθέσεις C-354/01 και C-355/01 προήλθαν από προδικαστικά ερωτήματα του Bundesgerichtshof. Τα ερωτήματα που υπέβαλαν τα εθνικά δικαστήρια διαφέρουν κατά τι ως προς τη διατύπωση και το αντικείμενο. Αν εξεταστούν από κοινού, διαπιστώνεται ότι επικεντρώνονται ιδίως στο αν τα ταμεία υγείας αποτελούν επιχειρήσεις και, επομένως, υπόκεινται στους κοινοτικούς κανόνες του ανταγωνισμού, αν οι

αποφάσεις των κύριων ενώσεων των ταμείων υγείας για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών συνιστούν παράβαση του άρθρου 81 ΕΚ και, σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, αν οι αποφάσεις αυτές μπορούν να τύχουν απαλλαγής δυνάμει του άρθρου 86, παράγραφος 2, ΕΚ.

3. Σύμφωνα με το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ, απαγορεύονται όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς και ιδίως εκείνες οι οποίες, σύμφωνα με το άρθρο 81, παράγραφος 1, στοιχείο α', συνίστανται στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής.

4. Το άρθρο 86, παράγραφος 2, ΕΚ ορίζει:

«Οι επιχειρήσεις που είναι επιφορτισμένες με τη διαχείριση υπηρεσιών γενικού οικονομικού συμφέροντος ή που έχουν χαρακτηριστικά δημοσιονομικού μονοπωλίου υπόκεινται στους κανόνες της παρούσας Συνθήκης, ιδίως στους κανόνες ανταγωνι-

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

σμού, κατά το μέτρο που η εφαρμογή των κανόνων αυτών δεν εμποδίζει νομικά ή πραγματικά την εκπλήρωση της ιδιαίτερης αποστολής που τους έχει ανατεθεί. Η ανάπτυξη των συναλλαγών δεν πρέπει να επηρεάζεται σε βαθμό ο οποίος θα αντέκειτο προς το συμφέρον της Κοινότητας.»

### Εθνικό νομικό πλαίσιο

5. Η μεγάλη πλειονότητα των εργαζομένων στη Γερμανία εντάσσεται υποχρεωτικά στο εκ του νόμου προβλεπόμενο σύστημα ασφάλισης υγείας, το οποίο διέπεται από το πέμπτο βιβλίο του Sozialgesetzbuch (κώδικα κοινωνικής ασφάλισης) (στο εξής: SGB V). Οι εργαζόμενοι δεν υπόκεινται στην εκ του νόμου προβλεπόμενη ασφάλιση υγείας, αν το εισόδημά τους υπερβαίνει ορισμένο όριο ή αν έχουν επαρκή ασφαλιστική κάλυψη από άλλο σύστημα υποχρεωτικής ασφάλισης, όπως οι δημόσιοι υπάλληλοι. Η ασφαλιστική κάλυψη των εργαζομένων περιλαμβάνει και τα μη εργαζόμενα μέλη της οικογενείας τους. Τρίτα πρόσωπα μπορούν να ασφαλιστούν, εφόσον το επιθυμούν, υπό ορισμένες προϋποθέσεις.

6. Το σύστημα χρηματοδοτείται από τις υποχρεωτικές εισφορές των ασφαλισμένων και των εργοδοτών τους, οι οποίες καθορίζονται ανάλογα με το εισόδημα του ασφαλισμένου. Σύμφωνα με το άρθρο 1,

παράγραφος 1, του SGB V, το σύστημα βασίζεται στην αρχή της αλληλεγγύης<sup>2</sup> και έχει ως αντικείμενο τη διατήρηση, αποκατάσταση και βελτίωση της υγείας των ασφαλισμένων.

7. Η εκ του νόμου προβλεπόμενη ασφάλιση υγείας παρέχεται από τα ταμεία υγείας, τα περισσότερα από τα οποία είναι οργανισμοί δημοσίου δικαίου (άρθρο 4, παράγραφος 1, του SGB V). Τα ταμεία σχηματίζουν ενώσεις κατά περιοχές και κατά κλάδους. Οι εφεσείουσες στο πλαίσιο της κύριας δίκης λειτουργούν σε ομοσπονδιακό επίπεδο και, σύμφωνα με το άρθρο 213, παράγραφος 1, του SGB V, αποτελούν τις κύριες ενώσεις των ταμείων υγείας. Οι περισσότερες από τις εφεσείουσες ενεργούν για λογαριασμό ορισμένων ταμείων υγείας. Ωστόσο, το Bundesknappschaft (το ταμείο υγείας των εργαζομένων σε ορυχεία) και το See-Krankenkasse (το ταμείο υγείας των ναυτικών) παρέχουν απευθείας υπηρεσίες στο πλαίσιο της εκ του νόμου προβλεπόμενης ασφάλισης υγείας.

8. Ο θεσμός των ανώτατων χρηματικών ποσών εισήχθη με τον Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (νόμο περί διαρθρωτικής μεταρρυθμίσεως στον τομέα της υγείας) του 1988. Σκοπός του ήταν η μείωση του κόστους του συστήματος κοινωνικής ασφάλισης, παρέχοντας στα ταμεία υγείας τη δυνατότητα να επηρεάσουν την επιλογή των φαρμάκων από τους ιατρούς και εντείνοντας τη συνειδητοποίηση των ασφαλισμένων ως προς το κόστος των φαρμάκων. Για τον σκοπό αυτό, ανατίθεται στις εφεσείουσες, όπως

2 — Για την αρχή της αλληλεγγύης, βλ. σημείο 32 κατωτέρω.

εξηγείται κατωτέρω, ο από κοινού καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών που τα ταμεία υγείας επιτρέπεται να καταβάλλουν έναντι του κόστους των διαφόρων ειδών φαρμακευτικών προϊόντων.

9. Κανονικά, σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 2, του SGB V, τα ταμεία οφείλουν να αγοράζουν απευθείας υπηρεσίες και προϊόντα και, εν συνεχεία, να τα παρέχουν σε είδος στους ασφαλισμένους που τα χρειάζονται (η επονομαζόμενη αρχή της παροχής σε είδος). Ωστόσο, το άρθρο 12, παράγραφος 2, του SGB V ορίζει ότι «σε περίπτωση που έχει καθοριστεί ανώτατο χρηματικό ποσό για κάποιο αγαθό ή υπηρεσία, η υποχρέωση του ταμείου υγείας εξαντλείται με καταβολή του ανώτατου χρηματικού ποσού». Σύμφωνα με το άρθρο 31, παράγραφος 2, αν η τιμή του συνταγογραφημένου προϊόντος υπερβαίνει το αντίστοιχο ανώτατο χρηματικό ποσό, ο ασφαλισμένος καταβάλλει ο ίδιος τη διαφορά. Σε τέτοια περίπτωση, ο ιατρός που δίνει τη συνταγή οφείλει να ενημερώσει εκ των προτέρων τον ασφαλισμένο σχετικά με την υποχρέωση του τελευταίου να καταβάλει τη διαφορά (άρθρο 73, παράγραφος 5, του SGB V).

10. Επομένως, οι φαρμακευτικές εταιρίες έχουν, καταρχήν, την ευχέρεια να καθορίζουν για τα προϊόντα τους τιμή που υπερβαίνει το ανώτατο χρηματικό όριο. Στην πράξη, ωστόσο, προκύπτει ότι μόνον το 7% των προϊόντων της γερμανικής αγοράς πωλούνται σε τιμή ανώτερη του ανώτατου χρηματικού ποσού που ισχύει γι' αυτά.

11. Σύμφωνα με το άρθρο 35 του SGB V, η διαδικασία καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών περιλαμβάνει δύο

στάδια. Κατά το πρώτο στάδιο επιλέγονται οι κατηγορίες των φαρμακευτικών προϊόντων για τις οποίες πρόκειται να καθορισθεί ανώτατο χρηματικό ποσό. Αρμόδια γι' αυτό είναι η Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen (ομοσπονδιακή επιτροπή ιατρών και ταμείων υγείας, στο εξής: η Bundesausschuss), όργανο αποτελούμενο από εκπροσώπους των εφεσειουσών και της Kassennärztlichen Bundesvereinigungen (ομοσπονδιακές ενώσεις των ιατρών των ταμείων υγείας). Σύμφωνα με το άρθρο 35, παράγραφος 1, του SGB V, η κάθε κατηγορία απαρτίζεται από τα προϊόντα των οποίων οι δραστικές ουσίες είναι ίδιες ή, από φαρμακολογικής και θεραπευτικής απόψεως, παρόμοιες ή έχουν, από φαρμακολογικής και θεραπευτικής απόψεως, παρόμοια αποτελέσματα. Οι σχετικές αποφάσεις της Bundesausschuss πρέπει υποβληθούν για έγκριση στο ομοσπονδιακό Υπουργείο Υγείας. Τίθενται σε ισχύ μόνον εφόσον εγκριθούν από το υπουργείο ή εφόσον το υπουργείο δεν προβάλλει αντίρρηση εντός δύο μηνών.

12. Κατά το δεύτερο στάδιο της διαδικασίας, οι εφεσείουσες καθορίζουν το ανώτατο χρηματικό ποσό για κάθε κατηγορία φαρμακευτικών προϊόντων. Σύμφωνα με το άρθρο 35, παράγραφος 3, του SGB V, οι εφεσείουσες καθορίζουν από κοινού, με ενιαία ισχύ, τα ανώτατα χρηματικά ποσά, βάσει της ημερήσιας ή άπαξ δΟΣολογίας ή βάσει άλλης κατάλληλης συγκρίσιμης ποσότητας που ορίζει η Bundesausschuss. Κατά το άρθρο 35, παράγραφος 5, του SGB V, τα ποσά πρέπει να καθορίζονται:

«κατά τέτοιο τρόπο ώστε να εξασφαλίζεται εν γένει επαρκής, αποτελεσματική, οικονομική και ποιοτική ασφαλιστική

κάλυψη. Πρέπει να εξαντλείται κάθε περιθώριο εξοικονομήσεως πόρων, να προάγεται ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός ως προς τις τιμές και, επομένως, να λαμβάνονται υπόψη οι πλέον οικονομικές πηγές προμήθειας φαρμακευτικών προϊόντων· πρέπει κατά το δυνατόν να διασφαλίζεται η ευρύτερη δυνατή επιλογή φαρμάκων για την επίτευξη μιας θεραπείας».

13. Το 1998, όταν ξεκίνησε η διαδικασία στο πλαίσιο της παρούσας υποθέσεως, το άρθρο 35, παράγραφος 5, του SGB V προέβλεπε ότι, για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών πρέπει «να λαμβάνονται υπόψη, οι χαμηλότερες τιμές πώλησεως από τα φαρμακεία των φαρμάκων της συγκριτικώς αντίστοιχης ομάδας». Μετά την τροποποίησή της, η διάταξη επιβάλλει μόνον τα ανώτατα χρηματικά ποσά να μην υπερβαίνουν το ένα τρίτο της διαφοράς μεταξύ της κατώτερης και της ανώτερης τιμής των φαρμάκων της συγκριτικώς αντίστοιχης ομάδας.

14. Αν οι εφεσείουσες δεν μπορούν να καταλήξουν σε συμφωνία επί των ανώτατων χρηματικών ποσών για τα φαρμακευτικά προϊόντα ορισμένης κατηγορίας, το ομοσπονδιακό Υπουργείο Υγείας εκδίδει σχετική απόφαση κατόπιν διαβουλεύσεως με το ομοσπονδιακό Υπουργείο Οικονομίας. Μέχρι την έκδοση των διατάξεων περί παραπομπής, ουδέποτε χρειάστηκε να εκδοθεί απόφαση για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών από το Υπουργείο Υγείας.

15. Σε αμφότερα τα στάδια της διαδικασίας, πρέπει να δίδεται η δυνατότητα σε πραγματογνώμονες της ιατρικής και της φαρμακευτικής επιστήμης και πρακτικής να διατυπώνουν τις απόψεις τους, οι

απόψεις τους δε αυτές πρέπει να λαμβάνονται υπόψη. Μετά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, οι εφεσείουσες πρέπει να προβαίνουν στην κατ' έτος επανεξέτασή τους και να τα προσαρμόζουν, ανά τακτά διαστήματα, στις μεταβολές της αγοράς. Οι αποφάσεις για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών πρέπει να δημοσιεύονται στην *Bundesanzeiger* (ομοσπονδιακή επίσημη εφημερίδα).

### **Η διαδικασία στο πλαίσιο της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα**

16. Οι παρούσες συνεκδικαζόμενες υποθέσεις αφορούν ξεχωριστά, πλην παρόμοια, πραγματικά περιστατικά, εγείρουν δε τα ίδια κύρια νομικά ζητήματα. Οι εφεσίβλητες είναι φαρμακευτικές εταιρίες. Επιδιώκουν την προσβολή των αποφάσεων που εξέδωσαν οι εφεσείουσες δυνάμει του άρθρου 35 του SGB V, με τις οποίες τροποποιήθηκαν τα ανώτατα χρηματικά ποσά για ορισμένα φαρμακευτικά προϊόντα, μεταξύ των οποίων και τα δικά τους. Σε όλες τις υποθέσεις οι εφεσίβλητες νίκησαν είτε στον πρώτο βαθμό είτε στο πρώτο στάδιο του δεύτερου βαθμού. Εν συνεχεία, οι εφεσείουσες άσκησαν έφεση ενώπιον των αιτούντων δικαστηρίων, τα οποία αποφάσισαν την αναστολή της ενώπιόν τους διαδικασίας και την υποβολή διαφόρων ερωτημάτων στο Δικαστήριο.

17. Μετά την έκδοση των διατάξεων περί παραπομπής, το Bundesverfassungsgericht (το γερμανικό συνταγματικό δικαστήριο) εξέτασε το ζήτημα της συμβατότητας του συστήματος καθορισμού ανώτατων χρηματικών ποσών προς το γερμανικό σύνταγμα και, ειδικότερα, προς το δικαίωμα

των φαρμακευτικών εταιριών να ασκούν οικονομική δραστηριότητα. Με απόφασή του της 17ης Δεκεμβρίου 2002<sup>3</sup>, το Bundesverfassungsgericht αποφάνθηκε υπέρ της συνταγματικότητας του άρθρου 35 του SGB V. Είναι επομένως φανερό ότι η απάντηση στα ερωτήματα που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο είναι απαραίτητη, προκειμένου τα αιτούντα δικαστήρια να αποφανθούν στο πλαίσιο της κύρια δίκης.

18. Με τις δύο διατάξεις περί παραπομπής, το Oberlandesgericht υπέβαλε, στο πλαίσιο των υποθέσεων C-264/01 και C-306/01, τα εξής ερωτήματα στο Δικαστήριο:

«1. Έχει το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ την έννοια ότι οι κύριες ενώσεις των εκ του νόμου προβλεπόμενων ταμείων υγείας κράτους μέλους κατά τον από κοινού καθορισμό, με ενιαία ισχύ, των εφαρμοζομένων στο εν λόγω κράτος μέλος ανώτατων χρηματικών ποσών για φάρμακα, τα οποία συνιστούν την ανώτατη τιμή που καταβάλλουν τα εκ του νόμου προβλεπόμενα ταμεία υγείας, τα υποχρεούμενα εις παροχές σε είδος, προκειμένου να αγοράσουν τα φάρμακα, περιορίζοντας, επομένως, την υποχρέωση παροχής που υπέχουν έναντι των ασφαλισμένων τους, πρέπει να θεωρηθούν ως ενώσεις επιχειρήσεων ή, κατά το μέτρο που μια κύρια ένωση αποτελεί η ίδια απευθείας φορέα της εκ του νόμου προβλεπόμενης ασφαλίσεως υγείας, ως επιχειρήσεις, κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ;

2. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα:

α) Μπορεί ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών, όπως εκτίθεται στο πρώτο ερώτημα, να θεωρηθεί ως συμφωνία (ή απόφαση) των κεντρικών ενώσεων των εκ του νόμου προβλεπόμενων ταμείων υγείας εμπίπτουσα, ως περιορίζουσα τον ανταγωνισμό, ιδίως κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1, στοιχείο α', ΕΚ, στην απαγόρευση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ;

β) Μπορεί η απάντηση στο ερώτημα 2α να είναι καταφατική ακόμα και στην περίπτωση που σκοπός της σχετικής με τα ανώτατα χρηματικά ποσά ρυθμίσεως είναι, μεταξύ άλλων, η εξάντληση κάθε δυνατότητας εξοικονομήσεως πόρων, διά της μειώσεως της τιμής πωλήσεως από τις φαρμακοβιομηχανίες, η δε εφαρμογή της ρυθμίσεως της σχετικής με τα ανώτατα χρηματικά ποσά στο οικείο κράτος μέλος έχει ως αποτέλεσμα ότι το 93% των προσφερομένων στην αγορά και εμπιπτόντων στη ρύθμιση περί ανώτατων χρηματικών ποσών φαρμάκων δεν υπερβαίνουν πλέον το εκάστοτε καθοριζόμενο ανώτατο χρηματικό ποσό;

3. Σε περίπτωση επίσης καταφατικής απαντήσεως στο δεύτερο ερώτημα (ή σε ένα από τα σκέλη του δευτέρου ερωτήματος):

Μπορεί ένα σύστημα καθορισμού ανώτατων χρηματικών ποσών όπως

3 — Απόφαση του Bundesverfassungsgericht της 17ης Δεκεμβρίου 2002, 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95 και 1 BvL 30/95.

αντό περιγράφεται στα υπ' αριθ. 1 και 2 ερωτήματα, να τύχει απαλλαγής από την εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ, δυνάμει του άρθρου 86, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, ΕΚ, καίτοι οι κύριες ενώσεις των υπό του νόμου προβλεπόμενων ταμείων υγείας αντιπροσωπεύουν από κοινού τον σημαντικότερο και κατέχοντα δεσπόζουσα θέση στην αγορά φαρμάκων καταναλωτή, ως δε λύση του προβλήματος περιορισμού του κόστους στον τομέα της υγείας θα μπορούσε να εξεταστεί η δυνατότητα καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών από έναν φορέα ο οποίος δεν δραστηριοποιείται στην αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων, ιδίως από την ομοσπονδιακή κυβέρνηση ή από κάποιο ομοσπονδιακό υπουργείο;

4. Σε περίπτωση που η απάντηση στο τρίτο ερώτημα είναι επίσης καταφατική:

α) Ποιες είναι οι προϋποθέσεις που πρέπει να προβάλουν και να αποδείξουν ότι πληρούν οι κύριες ενώσεις των υπό του νόμου προβλεπόμενων ταμείων υγείας προκειμένου να τύχουν απαλλαγής δυνάμει του άρθρου 86, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, ΕΚ όσον αφορά το ζήτημα του καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών;

β) Ή μήπως αποκλείεται δυνάμει του άρθρου 86, παράγραφος 2, δεύ-

τερη περίοδος, ΕΚ η χορήγηση απαλλαγής δυνάμει του άρθρου 86, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, ΕΚ, λόγω των επιπτώσεων του συστήματος καθορισμού ανώτατων χρηματικών ποσών στις συναλλαγές;»

19. Με τις δύο διατάξεις περί παραπομπής, το Bundesgerichtshof υπέβαλε, στο πλαίσιο των υποθέσεων C-354/01 και C-355/01, τα εξής ερωτήματα στο Δικαστήριο:

«1. Έχουν τα άρθρα 81 και 82 ΕΚ την έννοια ότι απαγορεύουν εθνική ρύθμιση σύμφωνα με την οποία οι εθνικές κεντρικές ενώσεις των εκ του νόμου προβλεπόμενων ταμείων υγείας καθορίζουν για όλα τα εκ του νόμου προβλεπόμενα ταμεία υγείας και τα επικουρικά ασφαλιστικά ταμεία τα υποχρεωτικά για τα ταμεία αυτά ανώτατα χρηματικά ποσά βάσει των οποίων περιορίζεται η συμμετοχή των ταμείων υγείας στο κόστος των φαρμακευτικών προϊόντων, εφόσον ο νομοθέτης καθορίζει ταυτοχρόνως τα κριτήρια σύμφωνα με τα οποία θα πρέπει να γίνεται ο υπολογισμός των ποσών αυτών, καθορίζοντας δε μεταξύ άλλων ότι με τα ποσά αυτά θα πρέπει να διασφαλίζεται η παροχή πλήρους και ποιοτικής περιθάλψης στους ασφαλισμένους καθώς και η ύπαρξη επαρκούς αριθμού εναλλακτικών θεραπειών, αυτός δε ο καθορισμός υπόκειται σε εκτενή δικαστικό έλεγχο εφόσον αυτό ζητηθεί τόσο από τους ασφαλισμένους όσο και από τις οικείες φαρμακευτικές εταιρίες;

2. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα:

Εξαιρείται ο καθορισμός αυτός σύμφωνα με το άρθρο 86, παράγραφος 2, ΕΚ, από το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 81 και 82 ΕΚ, εφόσον ο σκοπός του έγκειται στη διασφάλιση, κατά τον τρόπο που ορίζει το άρθρο 35 του SGB V, του κλονιζομένου συστήματος κοινωνικής ασφάλισης υγείας λόγω μεγάλης αυξήσεως των δαπανών που το επιβαρύνουν;

3. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα και αρνητικής απαντήσεως στο δεύτερο ερώτημα:

Υπάρχει βάσει του κοινοτικού δικαίου αξίωση αποζημιώσεως και αξίωση προς άρση της προσβολής κατά κεντρικών ενώσεων όπως είναι οι εναγόμενες, ακόμη και στην περίπτωση κατά την οποία οι ενώσεις αυτές κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών συμμορφώνονται προς νομοθετική επιταγή, έστω και αν ενδεχόμενη άρνησή τους να συμπράξουν κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών αυτών ουδεμία κύρωση επισύρει εις βάρος τους σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία;»

20. Το πρώτο ερώτημα που υπέβαλε το Bundesgerichtshof έχει πολύ γενική διατύπωση και, στην πραγματικότητα, περιέχει τα πρώτα δύο ερωτήματα που υπέβαλε το Oberlandesgericht. Παρόλο που, λόγω της αναφοράς στο άρθρο 82 ΕΚ, φαίνεται να έχει ευρύτερο περιεχόμενο, η διάταξη του Bundesgerichtshof δεν εξετάζει λεπτομερώς αν το άρθρο αυτό έχει εφαρμογή. Το δεύτερο ερώτημα που υπέβαλε το Bundesgerichtshof αφορά την εφαρμογή του άρθρου 86, παράγραφος 2, ΕΚ και, επομένως, καλύπτει τα ίδια ζητήματα με το τρίτο και το τέταρτο ερώτημα που υπέβαλε το Oberlandesgericht. Το τρίτο ερώτημα, το οποίο αφορά τα επανορθωτικά μέτρα που μπορεί να επιβληθούν εις βάρος των ταμείων υγείας, υποβλήθηκε μόνον από το Oberlandesgericht.

21. Επομένως, από τις διατάξεις περί παραπομπής προκύπτουν τα εξής πέντε ζητήματα. Το πρώτο αφορά το αν τα ταμεία υγείας και οι κύριες ενώσεις τους υπόκεινται στους κοινοτικούς κανόνες του ανταγωνισμού. Η απάντηση στο ερώτημα αυτό βασίζεται στην εξέταση της νομολογίας σχετικά με την έννοια της επιχειρήσεως και της ενώσεως επιχειρήσεων. Το δεύτερο ζήτημα αφορά το αν ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών συνιστά, ελλείψει αντίθετης επιχειρηματολογίας, παράβαση του άρθρου 81 εκ μέρους των κύριων ενώσεων των ταμείων υγείας. Παρά το ότι το Bundesgerichtshof αναφέρεται με το πρώτο ερώτημα στο άρθρο 82 και με δεδομένο ότι οι διάδικοι με τις προτάσεις τους δεν επιχειρηματολογούν επί της εφαρμογής του άρθρου αυτού ως προς τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, θεωρώ σκόπιμο να περιοριστεί η εξέταση του δεύτερου ερωτήματος στο πλαίσιο του άρθρου 81. Το τρίτο ζήτημα έγκειται στο αν, σε

περίπτωση που κριθεί ότι το άρθρο 81 έχει καταρχήν εφαρμογή ως προς τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, οι κύριες ενώσεις των ταμείων υγείας μπορούν να αμυνθούν, ισχυριζόμενες ότι το άρθρο 81 εφαρμόζεται μόνον όταν πρόκειται για αυτόνομες συμπεριφορές, ενώ η δική τους συμπεριφορά ήταν επιβεβλημένη από την εθνική νομοθεσία. Τέταρτον, απαιτείται να εξεταστεί το αν, βάσει του άρθρου 86, παράγραφος 2, ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών μπορεί να τύχει απαλλαγής ως αναγκαίος για τη λειτουργία υπηρεσίας γενικού οικονομικού συμφέροντος. Τέλος, υπάρχει το ζήτημα αν μπορεί να χορηγηθεί απαλλαγή υπέρ των εφεσειουσών, ακόμη κι αν γίνει δεκτό ότι ενήργησαν σύμφωνα με τις επιταγές της νομοθεσίας, παρό το γεγονός ότι ουδεμία κύρωση προβλέπεται σε περίπτωση μη συμμορφώσεως.

22. Οι εφεσείουσες, οι εφεσίβλητες και η Επιτροπή υπέβαλαν έγγραφες παρατηρήσεις και εκπροσωπήθηκαν κατά τη συζήτηση στο ακροατήριο. Προφορικές παρατηρήσεις υπέβαλε και η Γερμανική Κυβέρνηση κατά τη συζήτηση στο ακροατήριο.

## Εκτίμηση

*Περί του χαρακτηρισμού των εφεσειουσών ως ενώσεων επιχειρήσεων κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών*

23. Επιβάλλεται, καταρχάς, να εξεταστεί αν η κοινοτική νομοθεσία περιείχε ανταγωνι-

σμού έχει εφαρμογή ως προς τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Το ζήτημα αυτό, το οποίο ανάγεται στο αν οι εφεσείουσες ενεργούν ως «ένωση επιχειρήσεων» κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, τίθεται ρητώς με το πρώτο ερώτημα του Oberlandesgericht. Επίσης, το ζήτημα αυτό επιβάλλεται να εξεταστεί, για να δοθεί απάντηση στο πρώτο, ευρύτερο, ερώτημα του Bundesgerichtshof.

24. Η εκτίμηση αυτή περιλαμβάνει τρία στάδια. Πρώτον, πρέπει να διαπιστωθεί αν τα ταμεία υγείας που εκπροσωπούνται από τις εφεσείουσες ενεργούν ως επιχειρήσεις κατά την παροχή υπηρεσιών ασφάλισης υγείας. Αν ναι, πρέπει στη συνέχεια να προσδιοριστεί αν ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών εντάσσεται καταρχήν στη σφαίρα της οικονομικής δραστηριότητας των ταμείων υγείας. Τρίτον, πρέπει να προσδιοριστεί αν οι εφεσείουσες ενεργούν ως ένωση επιχειρήσεων κατά τον καθορισμό, με ενιαία ισχύ, των ανώτατων χρηματικών ποσών, τα οποία στη συνέχεια εφαρμόζουν τα ταμεία υγείας.

Ενεργούν τα ταμεία υγείας ως επιχειρήσεις κατά την παροχή υπηρεσιών ασφάλισης υγείας;

25. Ως προς το καθεστώς των ταμείων υγείας, η εν γένει προσέγγιση του Δικαστηρίου, όσον αφορά το αν ένα νομικό



πρόσωπο αποτελεί επιχείρηση κατά την έννοια των κοινοτικών κανόνων του ανταγωνισμού, μπορεί να χαρακτηριστεί ως λειτουργική, με την έννοια ότι επικεντρώνεται μάλλον στο είδος της ασκούμενης δραστηριότητας, παρά στα χαρακτηριστικά των φορέων της, στους κοινωνικούς σκοπούς που επιδιώκονται με αυτήν ή στο νομικό καθεστώς ή στον τρόπο χρηματοδοτήσεώς της σε κάποιο κράτος μέλος<sup>4</sup>. Αν η δραστηριότητα αυτή έχει οικονομικό χαρακτήρα, οι φορείς της θα υπόκεινται στο κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού.

26. Επομένως, το καθεστώς στο οποίο υπόκεινται οι φορείς αυτοί βάσει της εθνικής νομοθεσίας δεν ασκεί επιρροή ως προς τον χαρακτηρισμό τους ως επιχειρήσεων κατά το κοινοτικό δίκαιο. Ως εκ τούτου, δεν έχει καμία βαρύτητα το γεγονός ότι κατά το γερμανικό δίκαιο τα ταμεία υγείας είναι νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου ή αποτελούν τμήμα της κρατικής διοικήσεως. Ομοίως, το νομικό καθεστώς ή ο τρόπος χρηματοδοτήσεως ορισμένης δραστηριότητας σε ένα κράτος μέλος δεν επηρεάζουν την κρίση περί εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων του ανταγωνισμού. Ακόμη και αυτές οι επιλογές ενδέχεται να κριθούν βάσει των κανόνων αυτών. Ούτε μπορεί η επιδίωξη σκοπών κοινωνικού ή γενικού συμφέροντος να αφαιρέσει από την οικονομική δραστηριότητα τον οικονομικό της χαρακτήρα. Ωστόσο, τέτοιοι σκοποί ενδέχεται να δικαιολογούν, δυνάμει του άρθρου 86,

παράγραφος 2, ορισμένες ρυθμίσεις, οι οποίες, υπό άλλες περιστάσεις, θα συνιστούσαν παράβαση του κοινοτικού δικαίου του ανταγωνισμού<sup>5</sup>.

27. Το κύριο κριτήριο για να εκτιμηθεί αν μια δραστηριότητα έχει οικονομικό χαρακτήρα είναι κατά την άποψή μου το αν μια ιδιωτική επιχείρηση μπορεί, τουλάχιστον καταρχήν, να αναλάβει τη δραστηριότητα αυτή με σκοπό να αποκομίσει κέρδη<sup>6</sup>. Αν δεν είναι εφικτή η ανάληψη ορισμένης δραστηριότητας από μια ιδιωτική επιχείρηση, τότε δεν έχει νόημα η υπαγωγή της στους κανόνες του ανταγωνισμού<sup>7</sup>.

28. Ωστόσο, το κριτήριο αυτό δεν μπορεί να εφαρμοστεί ευθέως για ορισμένες δραστηριότητες και, για τον λόγο αυτό, το Δικαστήριο έχει επεξεργαστεί περισσότερο εξειδικευμένα κριτήρια, προς διευκόλυνση της εκτιμήσεως αυτής. Ιδιαίτερα όσον αφορά την παρούσα υπόθεση, υφίσταται εκτεταμένη νομολογία σχετικά με την ορθή κατηγοριοποίηση των συστημάτων συνταξιοδοτήσεως και κοινωνικής ασφαλίσεως.

4 — Βλ., π.χ., αποφάσεις της 23ης Απριλίου 1991, C-41/90, Höfner και Elser (Συλλογή 1991, σ. I-1979, σκέψη 21)· της 17ης Φεβρουαρίου 1993, C-159/91 και C-160/91, Poucet και Pistre (Συλλογή 1993, σ. I-637, σκέψη 17)· της 22ας Ιανουαρίου 2002, C-218/00, Cisl (Συλλογή 2002, σ. I-691, σκέψη 22).

5 — Βλ. την απόφαση της 21ης Σεπτεμβρίου 1999, C-67/96, Albany (Συλλογή 1999, σ. I-5751, σκέψεις 85 και 86).

6 — Βλ. την απόφαση Höfner και Elser (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σκέψεις 22 και 23). Βλ. επίσης το σημείο 311 των προτάσεών μου στην υπόθεση Albany (απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5).

7 — Βλ. την απόφαση της 16ης Νοεμβρίου 1995, C-244/94, Fédération Française des Sociétés d'Assurance «FFSA» (Συλλογή 1995, σ. I-4013, σκέψη 21).

29. Για ορισμένα συστήματα το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι δεν περιλαμβάνουν την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας και, επομένως, δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων του ανταγωνισμού.

30. Με την απόφαση Poucet και Pistre<sup>8</sup>, το Δικαστήριο εξέτασε ένα σύστημα χορηγίσεως συντάξεων γήρατος, καθώς και ένα σύστημα ασφαλίσεως υγείας και μητρότητας. Έκρινε ότι κανένα από τα δύο συστήματα δεν περιλαμβάνει την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας, καθόσον η υπαγωγή σε αυτά είναι υποχρεωτική, το ύψος των εισφορών δεν συνδέεται με το ύψος των παροχών, το ύψος των εισφορών και των παροχών καθορίζεται με νόμο και (όσον αφορά το σύστημα συνταξιοδοτήσεως) το κόστος των παροχών χρηματοδοτείται μάλλον από τις εισπραττόμενες εισφορές απευθείας, παρά από τις αποδόσεις των επενδύσεων κεφαλαίου.

31. Ομοίως, με την απόφαση Cisal<sup>9</sup>, το Δικαστήριο έκρινε ότι ένα σύστημα ασφαλιστικής καλύψεως δεν περιλαμβάνει την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας, καθόσον η υπαγωγή σε αυτό είναι υποχρεωτική, υφίσταται μερική μόνο σύνδεση μεταξύ του ύψους των εισφορών και των παροχών, οι δε εισφορές και παροχές υπόκεινται σε υπουργικό έλεγχο.

32. Είναι, φρονώ, προφανές ότι τα συστήματα υποχρεωτικής κοινωνικής ασφαλίσεως, όπως τα επίδικα στις υποθέσεις Cisal και Poucet και Pistre, δεν είναι δυνατόν να υπαχθούν στην έννοια της οικονομικής δραστηριότητας, διότι δεν είναι καταρχήν δυνατόν να τα αναλάβει κάποια ιδιωτική επιχείρηση. Τα συστήματα αυτά έχουν τόσο έντονο το στοιχείο της αναδιανομής, προκειμένου να προάγουν την κοινωνική αλληλεγγύη, ώστε αφήνουν ελάχιστα ή και καθόλου περιθώρια για την παροχή των πάσης φύσεως αναλογιστικών και επενδυτικών υπηρεσιών και υπηρεσιών διαμεσολαβήσεως που οι επιχειρήσεις παροχής ασφαλιστικών υπηρεσιών δύνανται να παρέχουν —και παρέχουν— στην αγορά<sup>10</sup>.

33. Όπως ανέφερα και στις προτάσεις μου στην υπόθεση Albany<sup>11</sup>, δεν μπορώ να διακρίνω πώς μια ιδιωτική επιχείρηση μπορεί, χωρίς χρηματοδότηση, να παρέχει στην αγορά ένα σύστημα συνταξιοδοτήσεως, στο πλαίσιο του οποίου οι καταβαλλόμενες εισφορές καλύπτουν τις τρέχουσες υποχρεώσεις ως προς τις παροχές. Σε ένα τέτοιο σύστημα, η αναδιανομή δεν αποτελεί παρεπόμενο κάποιας άλλης δραστηριότητας που θα μπορούσε να υφίσταται ανεξαρτήτως αυτής. Αντιθέτως, ένα τέτοιο σύστημα βασίζεται αποκλειστικά στην επιβαλλόμενη από το κράτος αναδιανομή πόρων από τους εργαζομένους στους συνταξιούχους. Ομοίως, όπως επισημάνα και με τις προτάσεις μου στην υπόθεση Cisal<sup>12</sup>, φαίνεται ότι ουσιώδεις

10 — Για την αρχή της αλληλεγγύης που διέπει τα συστήματα κοινωνικής ασφαλίσεως, βλ. την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Poucet και Pistre, σκέψεις 10 επ.

11 — Σημείο 338 των προτάσεων στην υπόθεση που παρατίθεται στην υποσημείωση 5.

12 — Σημείο 62 των προτάσεων στην υπόθεση που παρατίθεται στην υποσημείωση 4.

8 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4.

9 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4.

στοιχείο της ιδιωτικής ασφάλισης του εισοδήματος έναντι του κινδύνου απώλειας της ικανότητας προς εργασία δεν αποτελεί μόνον η συνολική εξίσωση εισφορών και παροχών (ήτοι η χρηματοδότηση του συνόλου των παροχών από το σύνολο των εισφορών), αλλά και η εξίσωση εισφορών και παροχών σε ατομικό επίπεδο.

34. Αντιθέτως, όπως έχει κριθεί με τις αποφάσεις FFSA<sup>13</sup> και Albany<sup>14</sup>, τα συστήματα συνταξιοδότησης, τα οποία χρηματοδοτούνται μέσω της διαχείρισης του κεφαλαίου που σχηματίζεται από τις καταβαλλόμενες εισφορές και στο πλαίσιο των οποίων οι παροχές συνδέονται ευθέως με το ύψος των εισφορών, υπόκεινται στους κοινοτικούς κανόνες του ανταγωνισμού, παρά την ύπαρξη ορισμένων στοιχείων αλληλεγγύης. Η αναδιανεμητική λειτουργία που επιτελούν τα συστήματα αυτά δεν είναι αρκετά ισχυρή, ώστε να επισκιάσει τις υπηρεσίες που συνήθως παρέχουν οι ιδιωτικές εταιρίες παροχής υπηρεσιών ασφάλισης και συνταξιοδότησης, όπως είναι οι υπηρεσίες αναλογιστικής εκτιμήσεως και διαχείρισεως επενδύσεων.

35. Είναι βεβαίως δύσκολο να προσδιοριστεί ακριβώς το σημείο πέραν του οποίου η αναδιανεμητική λειτουργία ενός συστήματος ασφάλισης ή συνταξιοδότησης υπερσχύει των οικονομικών δραστηριοτήτων στο πλαίσιο των οποίων ανταγωνίζονται οι ιδιωτικές επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών ασφάλισης και συνταξιοδότησης. Η ποικιλία των μορφών υπό τις οποίες εμφανίζονται τα συστήματα ασφάλισης καλύπτει ένα ευρύ φάσμα που

εκτείνεται από τα κρατικά συστήματα κοινωνικής ασφάλισης μέχρι τα ιδιωτικά συστήματα ατομικής ασφάλισης, φορείς των οποίων είναι οι εμπορικές ασφαλιστικές εταιρίες. Επομένως, ο χαρακτηρισμός τους προϋποθέτει την κατά ορισμένο βαθμό διαφοροποίησή τους.

36. Οι εφεσείουσες, η Γερμανική Κυβέρνηση και η Επιτροπή υποστηρίζουν, επικαλούμενες τις αποφάσεις Roucet και Pistre και Cisol<sup>15</sup> ότι τα ταμεία υγείας δεν ασκούν οικονομικής φύσεως δραστηριότητες και, επομένως, δεν είναι επιχειρήσεις με την έννοια που έχει ο όρος στο κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού. Τα ταμεία υγείας στηρίζονται στην αρχή της κοινωνικής αλληλεγγύης. Όλοι οι Γερμανοί δικαιούνται το ίδιο ελάχιστο εγγυημένο επίπεδο παροχών, ανεξαρτήτως του εισοδήματός τους, της καταστάσεως της υγείας τους ή του κινδύνου που ενδέχεται να υφίσταται γι' αυτά. Προκειμένου να διατηρηθεί η αλληλεγγύη αυτή, η ένταξη στα ασφαλιστικά ταμεία είναι υποχρεωτική για τους περισσότερους Γερμανούς εργαζομένους.

37. Το εκ του νόμου προβλεπόμενο σύστημα ασφάλισης υγείας στη Γερμανία έχει, βεβαίως, ορισμένα κοινά χαρακτηριστικά με τα επίδικα συστήματα στις υποθέσεις Roucet και Pistre και Cisol. Θεωρώ, ωστόσο, ότι διαθέτουν επίσης διάφορα χαρακτηριστικά που τα διαφοροποιούν, διότι εισάγουν σε ορισμένο βαθμό τον ανταγωνισμό μεταξύ των ταμείων υγείας, καθώς και μεταξύ των

13 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7.

14 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5.

15 — Παρατίθενται αμφότερες στην υποσημείωση 4.

ταμείων υγείας και των ιδιωτικών επιχειρήσεων ασφάλισης, καθιστώντας φανερό ότι η αναδιανεμητική λειτουργία του συστήματος δεν υπερισχύει της οικονομικής δραστηριότητας.

38. Πρώτον, όπως επισημαίνει το Bundesgerichtshof στη διάταξη περί παραπομπής και όπως παραδέχτηκαν και οι ίδιες οι εφεσείουσες κατά τη διαδικασία στο ακροατήριο, τα ταμεία υγείας ανταγωνίζονται σε ορισμένο βαθμό μεταξύ τους ως προς τις τιμές. Οι εργαζόμενοι μπορούν να επιλέξουν το ταμείο στο οποίο θα ενταχθούν. Τα ταμεία καθορίζουν μόνα τους το ύψος των εισφορών που καλούνται να καταβάλουν οι ασφαλισμένοι. Κατά συνέπεια, το ύψος των εισφορών ποικίλλει από το ένα ταμείο στο άλλο. Την κοινωνική αλληλεγγύη εγγυάται ένας μηχανισμός (το Risikostrukturausgleich) ο οποίος αποσκοπεί στη διόρθωση των διαφορών ως προς τον κίνδυνο που φέρουν τα ταμεία και επιτρέπει στα ταμεία να ανταγωνίζονται χωρίς να υπονομεύεται η αναδιανεμητική λειτουργία του συστήματος. Αν ορισμένα ταμεία έχουν ασφαλισμένους που χρειάζονται ιατρική φροντίδα δυσανάλογα μεγαλύτερου κόστους, τα άλλα ταμεία οφείλουν να εισφέρουν για την κάλυψη του κόστους αυτού.

39. Όπως επισήμανα με τις προτάσεις μου στην υπόθεση *Cisal*<sup>16</sup>, το γεγονός ότι, όπως εν προκειμένω, το ύψος των παροχών καθορίζεται διά νόμου δεν αποκλείει από μόνο του την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού. Σε πολ-

λούς τομείς της οικονομίας, ο νομοθέτης καθορίζει εκ των προτέρων τις υποχρεωτικές προδιαγραφές των αγαθών που πωλούν ή των υπηρεσιών που παρέχουν οι επιχειρήσεις. Εφόσον οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις μπορούν να συμμετέχουν στον ανταγωνισμό, π.χ., ως προς την τιμή των οικείων αγαθών ή υπηρεσιών, εξακολουθούν να ασκούν οικονομική δραστηριότητα.

40. Δεύτερον, σύμφωνα με τις εφεσίβλητες, υφίσταται επίσης περιθώριο ανταγωνισμού μεταξύ των ταμείων ως προς τις υπηρεσίες που παρέχουν. Παρόλο που οι ελάχιστες παροχές καθορίζονται διά νόμου, οι εφεσίβλητες υποστηρίζουν ότι τα ταμεία διαθέτουν ορισμένη ευχέρεια ως προς τον τρόπο με τον οποίο θα εκπληρώσουν τις υποχρεώσεις τους. Μπορούν, π.χ., να αποφασίσουν αν θα καλύπτουν ορισμένες συμπληρωματικές ή προληπτικές θεραπείες. Στον βαθμό που ο ισχυρισμός των εφεσείουσών αληθεύει, τα ταμεία έχουν δυνατότητα διαφοροποίησης προκειμένου να καθίστανται ελκυστικότερα για τους ασφαλισμένους.

41. Τέλος, όπως οι εφεσείουσες παραδέχθηκαν κατά τη συζήτηση στο ακροατήριο, τα ταμεία υγείας και οι ιδιωτικές εταιρίες ασφάλισης υγείας ανταγωνίζονται εμφανώς μεταξύ τους για την προσέλκυση των εργαζομένων που δεν είναι υποχρεωμένοι να υπαχθούν σε κάποιο εκ του νόμου προβλεπόμενο σύστημα ασφάλισης υγείας.

16 — Στο σημείο 73.

42. Φαίνεται λοιπόν ότι τα ταμεία υγείας είναι πράγματι σε θέση να ανταγωνίζονται, έστω και σε προκαθορισμένα πλαίσια, τόσο μεταξύ τους όσο και με τις ιδιωτικές επιχειρήσεις παροχής υπηρεσιών ασφαλίσεως υγείας. Δεδομένου ότι υφίσταται τέτοιος ανταγωνισμός, θεωρώ ότι οι κοινοτικοί κανόνες του ανταγωνισμού πρέπει να τύχουν εφαρμογής.

Αποτελεί ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών μέρος της οικονομικής δραστηριότητας των ταμείων υγείας;

43. Ακόμη κι αν γίνει δεκτό ότι τα ταμεία υγείας ενεργούν ως επιχειρήσεις στο πλαίσιο της παροχής υπηρεσιών ασφαλίσεως υγείας, επιβάλλεται πάντως να εξεταστεί αν ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών, ήτοι η προβαλλόμενη ως αντίθετη προς τον ανταγωνισμό συμπεριφορά, εμπίπτει στη σφαίρα της οικονομικής δραστηριότητας που ασκούν τα ταμεία υγείας.

44. Θεωρώ αλυσιτελές το επιχείρημα των εφεσειουσών ότι ο καθορισμός ανώτατων χρηματικών ποσών μπορεί κατά κάποιο τρόπο να διαχωριστεί από την κύρια δραστηριότητα των ταμείων υγείας, ήτοι την παροχή υπηρεσιών ασφαλίσεως υγείας, με την έννοια ότι, αν και η δραστηριότητα αυτή είναι εκ φύσεως οικονομική, αυτό δεν συνεπάγεται αναγκαστικά ότι και ο καθορισμός των

ανώτατων χρηματικών ποσών συνιστά οικονομική δραστηριότητα.

45. Η έννοια της επιχειρήσεως είναι βέβαια σχετική, διότι είναι δυνατόν ένα νομικό πρόσωπο να θεωρείται ως επιχείρηση για ένα μέρος των δραστηριοτήτων του, ενώ οι υπόλοιπες δραστηριότητές του να μην εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού<sup>17</sup>. Ωστόσο, θεωρώ προφανές ότι, αν η παροχή μιας υπηρεσίας συνιστά οικονομική δραστηριότητα, το ίδιο ισχύει και για τις αποφάσεις του παρέχοντος την υπηρεσία σχετικά με τις παραμέτρους βάσει των οποίων παρέχεται η υπηρεσία. Με τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, τα ταμεία υγείας προσδιορίζουν την ανώτατη τιμή αγοράς των βασικών προϊόντων και υπηρεσιών που αγοράζουν· προσδιορίζουν επίσης το ύψος της ασφαλιστικής καλύψεως που θα παρέχουν στους ασφαλισμένους. Τέτοιες αποφάσεις είναι επομένως αναπόσπαστες από τον πυρήνα της επιχειρήσεως παροχής υπηρεσιών ασφαλίσεως υγείας.

46. Υπό το πρίσμα του συμπεράσματος αυτού, παρέλκει η εξέταση του αν ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών συνιστά οικονομική δραστηριότητα, ακόμη και στην περίπτωση που η κύρια δραστηριότητα της παροχής υπηρεσιών ασφαλίσεως υγείας δεν χαρακτηρίζεται ως τέτοια. Το Oberlandesgericht διατυπώνει την άποψη ότι η προμήθεια αγαθών ή υπηρεσιών μπορεί να συνιστά οικονομική δραστηριότητα, ανεξαρτήτως

17 — Βλ., π.χ., την περίπτωση του *Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato*, στην απόφαση της 16ης Ιουνίου 1987, C-118/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1987, σ. 2599, σκέψη 7), και την περίπτωση του *Bundesanstalt für Arbeit*, στην υπόθεση *Höfner και Elser* (απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4).

του αν η αγοράστρια επιχείρηση δραστηριοποιείται και σε άλλη αγορά όπου διαθέτει τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που έχει αγοράσει. Η Επιτροπή και οι εφεσείουσες υποστηρίζουν το αντίθετο. Ωστόσο, το ζήτημα δεν είναι καιριο, δεδομένου ότι τα ταμεία υγείας δραστηριοποιούνται σε άλλη αγορά και συμβάλλουν στη διαμόρφωση της ζήτησεως στο πλαίσιο της δραστηριότητάς τους στην αγορά αυτή<sup>18</sup>.

Ενεργούν οι εφεσείουσες ως ένωση επιχειρήσεων κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών;

47. Το τελικό στάδιο της εκτιμήσεως ως προς τη θέση των εφεσείουσών με βάση το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού συνίσταται στην εξέταση του αν οι εφεσείουσες ενεργούν ως ένωση επιχειρήσεων όταν καθορίζουν, με ενιαία ισχύ, τα ανώτατα χρηματικά ποσά, τα οποία εν συνεχεία εφαρμόζουν τα ταμεία υγείας.

48. Οι διάδικοι διαφωνούν ως προς το αν οι αποφάσεις των εφεσείουσών σχετικά με τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών μπορούν να θεωρηθούν ως αποφάσεις ενώσεως επιχειρήσεων κατά την έννοια του άρθρου 81. Οι εφεσίβλητες

υποστηρίζουν ότι κατά το πρώτο στάδιο της διαδικασίας<sup>19</sup> οι αποφάσεις εκδίδονται από τις εφεσείουσες σε συνεργασία με την Bundesaussschuss, όργανο που εν μέρει απαρτίζεται από εκπροσώπους των εφεσείουσών, ενώ κατά το δεύτερο στάδιο της διαδικασίας τα ανώτατα χρηματικά ποσά καθορίζονται αποκλειστικά από τις εφεσείουσες. Αν τα ταμεία υγείας συνιστούν επιχειρήσεις, οι κύριες ενώσεις τους συνιστούν προφανώς ενώσεις επιχειρήσεων, οι δε αποφάσεις που εκδίδουν οι ενώσεις αυτές συνιστούν αποφάσεις ενώσεως επιχειρήσεων.

49. Οι εφεσείουσες προβάλλουν ότι, ακόμη κι αν τα ταμεία υγείας συνιστούν επιχειρήσεις, οι ίδιες ενεργούν εντός ενός καθορισμένου νομικού πλαισίου κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, πράγμα που διασφαλίζει ότι ενεργούν κατά τρόπο ανεξάρτητο και σύμφωνα με το γενικό συμφέρον. Υπό την έννοια αυτή οι αποφάσεις τους δεν μπορούν να χαρακτηριστούν ως αποφάσεις ενώσεως επιχειρήσεων.

50. Υπογραμμίζουν, πρώτον, το γεγονός ότι κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών υποχρεούνται εκ του νόμου να ενεργούν με βάση τα κριτήρια του άρθρου 35, παράγραφος 5, του SGB V. Δεύτερον, δίνουν έμφαση στο ότι η διαδικασία στην οποία υπόκεινται διασφαλίζει ότι λαμβάνονται ευρέως υπόψη τα εμπλεκόμενα συμφέροντα τόσο κατά το στάδιο του προσδιορισμού των κατη-

18 — Κατά τούτο διαφοροποιείται η απόφαση του Προεδρείου της 4ης Μαρτίου 2003, T-319/99, FENIN κατά Επιτροπής (Σύλλογή 2003, σ. II-357· βλ. τις σκέψεις 38 και 40 της αποφάσεως αυτής).

19 — Βλ. τα σημεία 11 έως 14 ανωτέρω.

γοριών για τις οποίες πρόκειται να καθοριστούν ανώτατα χρηματικά ποσά, όσο και κατά το επόμενο στάδιο όπου πράγματι καθορίζονται τα ανώτατα χρηματικά ποσά. Οι ιατρικοί πραγματογνώμονες που εκπροσωπούν τις φαρμακευτικές εταιρίες έχουν τη δυνατότητα υποβολής προτάσεων, οι δε απόψεις τους πρέπει να λαμβάνονται υπόψη. Τρίτον, δίνουν έμφαση στους ελέγχους εποπτείας στους οποίους υπόκεινται. Οι αποφάσεις που εκδίδονται κατά το πρώτο στάδιο πρέπει να εγκριθούν από το ομοσπονδιακό Υπουργείο Υγείας. Κατά το επόμενο στάδιο υπόκεινται σε δικαστικό έλεγχο.

51. Δεν με πείθουν τα επιχειρήματα των εφεσειουσών.

52. Σύμφωνα με πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, το γεγονός ότι το κράτος έχει αναθέσει σε ένα όργανο τον καθορισμό των τιμών δεν αποκλείει αυτοδικαίως την ύπαρξη συμφωνιών ή αποφάσεων κατά την έννοια του άρθρου 81. Ωστόσο, ούτε το γεγονός ότι ένα όργανο απαρτίζεται από πρόσωπα προερχόμενα από επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων συνεπάγεται ότι οι αποφάσεις του οργάνου αυτού εμπíπτουν αυτοδικαίως στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου αυτού. Σε κάθε περίπτωση απαιτείται να εξεταστεί αν τα μέλη του οργάνου ενεργούν ως εκπρόσωποι των συμφερόντων των επιχειρήσεων ή

κατά τρόπο ανεξάρτητο με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον<sup>20</sup>.

53. Σημαντικό παράγοντα για την εκτίμηση αυτή αποτελούν τα κριτήρια επιλογής των μελών του εν λόγω οργάνου. Αν τα μέλη του έχουν επιλεγεί ως ανεξάρτητοι πραγματογνώμονες, οι αποφάσεις τους συνήθως δεν συνιστούν αποφάσεις κατά την έννοια του άρθρου 81. Ένας άλλος σημαντικός παράγοντας είναι οι ουσιαστικές και διαδικαστικές υποχρεώσεις προς τις οποίες το εν λόγω όργανο οφείλει να συμμορφώνεται κατά τη λήψη των αποφάσεών του. Αν υποχρεούται να λαμβάνει υπόψη του ζητήματα που άπτονται του γενικού συμφέροντος και να διαβουλευεται με τα εκάστοτε εμπλεκόμενα μέρη, συνήθως δεν θα πρόκειται για ένωση επιχειρήσεων<sup>21</sup>.

54. Όσον αφορά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, μπορεί, κατά την άποψή μου, να υποστηριχθεί ότι οι αποφάσεις που εκδίδονται κατά το πρώτο στάδιο της διαδικασίας<sup>22</sup> δεν είναι αποφάσεις που προσιδιάζουν σε ένωση επιχειρήσεων. Το όργανο που εκδίδει τις αποφάσεις απαρτίζεται από εκπροσώπους τόσο των ιατρών όσο και των εφεσειουσών. Σύμφωνα με τα κριτήρια του άρθρου 35, παράγραφος 1, του SGB V, οι αποφάσεις πρέπει να εκδίδονται αποκλειστικά με βάση τις εισηγήσεις των πραγματογνωμόνων. Επιπλέον, οι αποφά-

20 — Βλ., π.χ., την απόφαση της 17ης Νοεμβρίου 1993, C-185/91, Reiff (Συλλογή 1993, σ. I-5801, σκέψη 16).

21 — Βλ. την απόφαση της 18ης Ιουνίου 1998, C-35/96, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1998, σ. I-3851, σκέψη 44).

22 — Βλ. σημείο 11 ανωτέρω.

σεις υπόκεινται στον έλεγχο του ομοσπονδιακού Υπουργείου Υγείας, προτού τεθούν σε ισχύ.

55. Ωστόσο, όσον αφορά το δεύτερο στάδιο της διαδικασίας, ο ισχυρισμός των εφεσειουσών ότι ενεργούν κατά τρόπο ανεξάρτητο και με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον μου φαίνεται λιγότερο πειστικός. Το όργανο λήψεως αποφάσεων απαρτίζεται αποκλειστικά από εκπροσώπους των εφεσειουσών. Οι αποφάσεις τους τίθενται αμέσως σε ισχύ, χωρίς προηγούμενη έγκριση του Υπουργείου Υγείας. Τα ταμεία υγείας, που εκπροσωπούνται από τις κύριες ενώσεις τους, ανταγωνίζονται μεταξύ τους με διαφόρους τρόπους, έχουν δε προφανές συμφέρον, ως επιχειρήσεις, να καθορίζουν όσο το δυνατόν χαμηλότερα ανώτατα χρηματικά ποσά. Όσο χαμηλότερα είναι τα ανώτατα χρηματικά ποσά, τόσο μειώνονται οι δαπάνες για την αγορά φαρμακευτικών προϊόντων και τόσο αυξάνονται οι πόροι που μπορούν να διαθέσουν τα ταμεία υγείας για τον μεταξύ τους ανταγωνισμό σε άλλους τομείς.

56. Βέβαια, κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, οι εφεσείουσες οφείλουν να ενεργούν σύμφωνα με τα κριτήρια του άρθρου 35 του SGB V, με αποτέλεσμα να περιορίζεται η όποια ευχέρεια διαθέτουν. Ωστόσο, θεωρώ ότι τα εφαρμοστέα κριτήρια δεν διαφοροποιούνται επαρκώς από τα συμφέροντα των εφεσειουσών, ώστε οι αποφάσεις που εκδίδονται κατ' εφαρμογή αυτών των

κριτηρίων να μη θεωρούνται αποφάσεις ενώσεως επιχειρήσεων.

57. Η διάταξη του άρθρου 35, παράγραφος 3, του SGB V, περί καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών βάσει ημερησίων ή άπαξ δοσολογιών ή βάσει άλλης κατάλληλης συγκρίσιμης ποσότητας, παρέχει απλώς ένα πρακτικό μέσο για τον υπολογισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, το οποίο μάλιστα προσδιορίζεται κατά το πρώτο στάδιο της διαδικασίας.

58. Όσον αφορά τα κριτήρια του άρθρου 35, παράγραφος 5, του SGB V<sup>23</sup>, έμφαση δίδεται στη διασφάλιση όσο το δυνατόν χαμηλότερων τιμών για τα φαρμακευτικά προϊόντα, σε συνάρτηση με τον υπερισχύοντα σκοπό της παροχής επαρκούς, οικονομικής και ποιοτικής ασφαλιστικής καλύψεως. Ο σκοπός αυτός επιτυγχάνεται διά της εξαντλήσεως κάθε δυνατότητας εξοικονομήσεως πόρων και διά της διασφάλισης των πλέον ανέξοδων πηγών τροφοδοσίας. Κατά τον κρίσιμο για την παρούσα δίκη χρόνο, το άρθρο 35, παράγραφος 5, του SGB V έδινε ακόμη μεγαλύτερη έμφαση στην ανάγκη καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών με βάση τις χαμηλότερες τιμές πωλήσεως από τα φαρμακεία των φαρμάκων της συγκριτικής αντίστοιχης ομάδας. Σύμφωνα με την πλέον πρόσφατη διατύπωσή του, το εν λόγω άρθρο απαιτεί πάντα τα ανώτατα χρηματικά ποσά να μην υπερβαίνουν το τρίτο της διαφοράς μεταξύ της

23 — Βλ. σημείο 12 ανωτέρω.



κατώτερης και της ανώτερης τιμής των φαρμάκων της συγκριτικής αντίστοιχης ομάδας.

59. Κατά την άποψή μου, ούτε η ανάγκη διασφάλισης πραγματικού ανταγωνισμού ως προς τις τιμές αντισταθμίζει ουσιαστικά το γεγονός ότι τα διάφορα κριτήρια επικεντρώνονται στην ανάγκη καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών σε χαμηλά επίπεδα. Ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών συμβάλλει ενδεχομένως στη μείωση των υψηλών τιμών που οφείλονται στην έλλειψη ανταγωνισμού ως προς τις τιμές στην αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων, αλλά δεν δημιουργεί συνθήκες ανταγωνισμού ως προς τις τιμές, με την έννοια ότι οι τιμές θα διαμορφώνονται μέσω του πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των προμηθευτών.

60. Η άποψή μου αυτή δεν διαφοροποιείται από το γεγονός ότι οι εφεσείουσες, κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, οφείλουν να συμβουλευονται πραγματογνώμονες της ιατρικής και της φαρμακευτικής επιστήμης και να λαμβάνουν υπόψη τις απόψεις τους. Η γνώμη των πραγματογνώμων της ιατρικής και της φαρμακευτικής επιστήμης είναι ένας μόνον από τους παράγοντες βάσει των οποίων οι εφεσείουσες ανταποκρίνονται στο καθήκον τους να καθορίζουν τα ανώτατα χρηματικά ποσά στο χαμηλότερο δυνατό επίπεδο, η δε υποχρέωση να λαμβάνονται υπόψη οι απόψεις των πραγματογνώμων δεν αποκλείει το ενδεχόμενο οι εφεσείουσες να ενεργούν ως εκπρόσωποι των ταμείων υγείας που είναι μέλη τους.

61. Επομένως, παρόλο που απομένει να εξεταστεί το αν οι αποφάσεις των εφεσείουσών για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών δύναται εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 81, θεωρώ ότι δεν μπορούν να χαρακτηριστούν πειστικά ως αποφάσεις ενός κρατικού οργάνου, το οποίο διακρίνεται από τις επιχειρήσεις που είναι μέλη των εφεσείουσών, αλλά πρέπει, αντιθέτως, να θεωρηθούν αποφάσεις ενώσεως επιχειρήσεων κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1.

*Εφαρμογή του άρθρου 81 ως προς τις αποφάσεις των κύριων ενώσεων των ταμείων υγείας για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών*

62. Άλλαξ και γίνει δεκτό ότι οι αποφάσεις των εφεσείουσών για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών συνιστούν αποφάσεις ενώσεως επιχειρήσεων, η εφαρμογή του άρθρου 81 στις αποφάσεις αυτές εξαρτάται από το αν μπορεί να αποδειχθεί, πρώτον, ότι με τις αποφάσεις αυτές επιδιώκεται η παρεμπόδιση, ο περιορισμός ή η νόθευση του ανταγωνισμού, δεύτερον, ότι οι αποφάσεις αυτές ενδέχεται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, και, τρίτον, ότι οι επιπτώσεις τους στον ανταγωνισμό είναι σημαντικές. Η διαφωνία των διαδίκων, ως προς την εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 1, επικεντρώνεται στο πρώτο από τα τρία αυτά στοιχεία αυτά.

63. Οι εφεσίβλητες προβάλλουν ότι τέτοιες αποφάσεις συνιστούν άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς των φαρμακευτικών προϊόντων, ο οποίος περιλαμβάνεται στις πρακτικές που επιίπνουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 1. Υπογραμμίζουν το αναμφισβήτητο γεγονός ότι τουλάχιστον το 93% των φαρμακευτικών προϊόντων για τα οποία ισχύουν τα ανώτατα χρηματικά ποσά πωλούνται στη γερμανική αγορά σε τιμή ίση ή κατώτερη του αντίστοιχου ανώτατου χρηματικού ποσού. Στην πράξη, επομένως, τα ανώτατα χρηματικά ποσά θέτουν το ανώτατο όριο στην τιμή πωλήσεως των φαρμακευτικών προϊόντων στη Γερμανία.

64. Οι εφεσίβλητες επισημαίνουν ότι σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, μια συμφωνία μεταξύ προμηθευτών για τον καθορισμό της τιμής πωλήσεως αγαθών και υπηρεσιών έχει ως σκοπό τον περιορισμό του ανταγωνισμού, ανεξαρτήτως των πραγματικών αποτελεσμάτων της<sup>24</sup>. Η ίδια προσέγγιση πρέπει, κατά την άποψή τους, να ακολουθηθεί και ως προς μια συμφωνία μεταξύ αγοραστών για τον καθορισμό των τιμών σε μια ορισμένη αγορά.

65. Οι εφεσείουσες αρνούνται ότι οι επίδικες αποφάσεις συνιστούν καθορισμό των τιμών αγοράς των φαρμακευτικών προϊόντων. Σύμφωνα με το γερμανικό δίκαιο, τα προϊόντα αυτά αγοράζονται από τους ασθενείς και τους ιατρούς, και όχι από τα ταμεία υγείας. Τα ανώτατα χρηματικά ποσά απλώς καθορίζουν το

μέγιστο ύψος της συμμετοχής των ταμείων υγείας στο κόστος που καλούνται να καταβάλουν οι ασφαλισμένοι τους. Στο πλαίσιο αυτό, τα ανώτατα χρηματικά ποσά δεν είναι παρά το φυσικό και αναγκαίο συμπλήρωμα της νόμιμης υποχρέωσης των ταμείων υγείας να διασφαλίζουν, με οικονομικό τρόπο, την παροχή της αναγκαίας ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης σε όλους τους ασφαλισμένους.

66. Οι εφεσείουσες προβάλλουν επίσης ότι, πριν την εισαγωγή του θεσμού των ανώτατων χρηματικών ποσών, στην αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων στη Γερμανία είχαν εκδηλωθεί τάσεις νοθεύσεως του ανταγωνισμού, σε δομικό επίπεδο, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται η λειτουργία του ανταγωνισμού ως προς τις τιμές. Επειδή ούτε οι ιατροί ούτε οι ασθενείς ήταν υποχρεωμένοι να πληρώνουν τα συνταγογραφούμενα φάρμακα, δεν είχαν κίνητρο να αγοράζουν τα φθηνότερα διαθέσιμα προϊόντα, με αποτέλεσμα οι φαρμακευτικές εταιρίες να μην ωθούνται σε μείωση των τιμών μέσω του ανταγωνισμού. Ως εκ τούτου, ισχυρίζονται ότι ο θεσμός των ανώτατων χρηματικών ποσών δεν είχε αρνητική επίδραση στον ανταγωνισμό.

67. Είναι, κατά την άποψή μου, σαφές, ότι τα ταμεία υγείας, ανεξαρτήτως του αν, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία, ενεργούν ως αγοραστές φαρμακευτικών προϊόντων, προβαίνουν σε καθορισμό των συνθηκών του εμπορίου κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1,

24 — Απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 1985, 123/83, BNIC κατά Clair (Συλλογή 1985, σ. 391, σκέψη 22).

στοιχείο α', διότι εναρμονίζουν, μέσω του καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών, το ύψος της συμμετοχής τους στο κόστος των προϊόντων αυτών. Οι εφεσίβλητες υποστηρίζουν, ορθώς κατά τη γνώμη μου, ότι η πρακτική αυτή συνιστά καθορισμό της τιμής αγοράς των φαρμακευτικών προϊόντων.

68. Αντιθέτως προς τις παρατηρήσεις της Επιτροπής, θεωρώ ότι το συμπέρασμα αυτό δεν εξαρτάται από το πώς αναλύονται, βάσει της εθνικής νομοθεσίας, οι συμβατικές σχέσεις που εκδηλώνονται κατά την αγορά φαρμακευτικών προϊόντων. Κατά την αντίληψή μου, η θέση των ταμείων υγείας ως αγοραστών εξαρτάται από το αν, στην πράξη, τα ταμεία υγείας παρέχουν τα κεφάλαια και καθορίζουν τις τιμές για την αγορά τέτοιων προϊόντων. Είναι σαφές ότι για τα περισσότερα από τα προϊόντα αυτά τα ταμεία υγείας επιτελούν και τις δύο αυτές λειτουργίες. Η συμμετοχή του ασφαλισμένου στο κόστος ενός φαρμακευτικού προϊόντος απαιτείται μόνον καθόσον το κόστος υπερβαίνει το ανώτατο χρηματικό ποσό. Δεδομένης της κατανοητής απροθυμίας των ασφαλισμένων να επωμιστούν το κόστος αυτό, η ζήτηση των φαρμακευτικών προϊόντων εξαρτάται σε σημαντικό βαθμό από το ανώτατο χρηματικό ποσό που έχουν καθορίσει οι κύριες ενώσεις των ταμείων υγείας. Η οικονομική αυτή πραγματικότητα τονίζει και από το μικρό ποσοστό των φαρμακευτικών προϊόντων που πωλούνται στη Γερμανία σε τιμή ανώτερη του αντίστοιχου ανώτατου χρηματικού ποσού.

69. Ομοίως, είμαι πεπεισμένος ότι μια συμφωνία ή μια απόφαση των αγοραστών σχετικά με τον καθορισμό των τιμών σε μια ορισμένη αγορά αποσκοπεί στον περιορισμό του ανταγωνισμού, χωρίς να απαιτείται να ερευνηθεί, σε αυτό το στάδιο της αναλύσεως, η επίπτωσή της

στον ανταγωνισμό. Οι συμπράξεις αγοραστριών επιχειρήσεων εμπίπτουν, σύμφωνα με το άρθρο 81, παράγραφος 1, στοιχείο α', στις παραβάσεις του άρθρου 81. Η ιδιαίτερη έμφαση που τους αποδίδεται εξηγείται υπό το πρίσμα της δυνατότητάς τους να συμπιέζουν την τιμή αγοράς των αγαθών σε μη ανταγωνιστικά επίπεδα, με δυσμενείς συνέπειες για τους προμηθευτές που δραστηριοποιούνται στην οικεία αγορά. Επομένως, θεωρώ ότι θα πρέπει να υπόκεινται στον ίδιο αυστηρό έλεγχο που επιβάλλει το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού για τις συμπράξεις των προμηθευτών.

70. Σε κάθε περίπτωση, η άποψή μου είναι ότι ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού στην αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ. Σύμφωνα με τις πληροφορίες που περιέχονται στις διατάξεις περί παραπομπής, τα ανώτατα χρηματικά ποσά έχουν έντονη επίπτωση στις τιμές που χρεώνουν οι φαρμακευτικές εταιρίες στη Γερμανία. Επίσης, δεν με πείθει το επιχειρήματα των εφεσίουσών ότι δεν υφίσταται περιορισμός του ανταγωνισμού, λόγω του ότι, πριν την εισαγωγή του θεσμού των ανώτατων χρηματικών ποσών, η σε δομικό επίπεδο νόθευση του ανταγωνισμού απέτρεπε τον ανταγωνισμό ως προς τις τιμές των φαρμακευτικών προϊόντων στη γερμανική αγορά. Ακόμη και αν υποθεθεί ότι υπήρχε τέτοια νόθευση σε δομικό επίπεδο, ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών δεν την εξαλείφει μέσω της επιβολής ανταγωνισμού ως προς τις τιμές. Αντιθέτως, μέσω του εκτεταμένου συντονισμού της ζήτησής στην αγορά αυτή, προκαλεί άλλου είδους περιοριστικό του ανταγωνισμού αποτέλεσμα, το οποίο είναι πρωτοφανές για τη γερμανική αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων.

71. Όσον αφορά τα λοιπά στοιχεία που είναι αναγκαία για τη διαπίστωση του αν έχει εφαρμογή το άρθρο 81, παράγραφος 1, θεωρώ προφανές —αν και πρόκειται σε τελική ανάλυση για ζήτημα που αφορά το εθνικό δικαστήριο— ότι οι επίδικες αποφάσεις είναι πιθανό να επηρεάσουν σε σημαντικό βαθμό το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, καθώς και τον ανταγωνισμό. Ουδείς από τους διαδίκους προέβαλε επιχείρημα περί του αντιθέτου.

72. Η άποψή μου επομένως είναι ότι οι αποφάσεις για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών εμπίπτουν καταρχήν στο άρθρο 81, παράγραφος 1. Ως εκ τούτου, η ευθύνη των ταμείων υγείας εξαρτάται από το αν είναι σε θέση είτε να επικαλεστούν λόγους δημοσίας τάξεως είτε να δικαιολογήσουν τις αποφάσεις τους βάσει του άρθρου 86, παράγραφος 2.

*Η επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως υπέρ των αποφάσεων των κύριων ενώσεων των ταμείων υγείας για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών*

73. Το άρθρο 81 εφαρμόζεται μόνον όταν οι επιχειρήσεις ακολουθούν τη θίγουσα τον ανταγωνισμό συμπεριφορά εξ ίδιας

πρωτοβουλίας. Αν η θίγουσα τον ανταγωνισμό συμπεριφορά επιβάλλεται στις επιχειρήσεις από την εθνική νομοθεσία ή αν η τελευταία διαμορφώνει ένα νομικό πλαίσιο το οποίο αποκλείει κάθε δυνατότητα ανταγωνιστικής συμπεριφοράς των επιχειρήσεων, το άρθρο 81 δεν έχει εφαρμογή. Στην περίπτωση αυτή, ο περιορισμός του ανταγωνισμού δεν μπορεί να αποδοθεί σε αυτόνομη συμπεριφορά των επιχειρήσεων<sup>25</sup>, κατά την απαίτηση της διατάξεως αυτής. Προκειμένου να επικαλεστούν λόγους δημοσίας τάξεως, οι επιχειρήσεις οφείλουν να αποδείξουν ότι η εθνική νομοθεσία στην οποία υπόκεινται δεν τους επιτρέπει αυτόνομη συμπεριφορά, με αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού<sup>26</sup>. Όπως σαφώς συνάγεται από τη νομολογία του Δικαστηρίου, το κριτήριο αυτό πρέπει να εφαρμόζεται περιοριστικά<sup>27</sup>.

74. Προτού εξεταστεί αν το νομικό πλαίσιο εντός του οποίου κινούνται αφήνει πράγματι στις εφεσείουσες οποιοδήποτε περιθώριο αυτόνομης συμπεριφοράς, επιβάλλεται να εξεταστούν οι τρεις θεμελιώδεις αντιρρήσεις που εγείρουν οι εφεσίβλητες ως προς την επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως στο πλαίσιο της παρούσας δίκης.

25 — Απόφαση της 11ης Νοεμβρίου 1997, C-359/95 P και C-379/95 P, Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing (Συλλογή 1997, σ. I-6265, σκέψη 33).

26 — Σκέψη 34 της απόφασης Ladbroke που παρατίθεται στην υποσημείωση 25.

27 — Βλ. την απόφαση του Πρωτοδικείου της 30ής Μαρτίου 2000, T-513/93, Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali κατά Επιτροπής (Συλλογή 2000, σ. II-1807, σκέψη 60) και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

75. Οι εφεσίβλητες προβάλλουν, πρώτον, ότι επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως επιτρέπεται μόνον κατά την υποβολή διοικητικών ενστάσεων ενώπιον της Επιτροπής. Δεν πιστεύω ότι υφίσταται τέτοιος περιορισμός ως προς την επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως. Το Δικαστήριο, επιβεβαιώνοντας την κρίση του επί της επίκλησεως λόγων δημοσίας τάξεως, έκρινε, με τις σκέψεις 33 και 34 της αποφάσεώς του στην υπόθεση *Ladbroke*<sup>28</sup>, ότι ουδείς περιορισμός υφίσταται αναφορικά με την επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως. Πράγματι, αντιθέτως προς τον ισχυρισμό των εφεσίβλητων ότι η νομολογία που παρατίθεται στη σκέψη 33 της αποφάσεως *Ladbroke* αφορά μόνον την υποβολή διοικητικών ενστάσεων ενώπιον της Επιτροπής, το Δικαστήριο παραπέμπει, προς στήριξη της ως άνω επιβεβαιωτικής του κρίσεως, στη σκέψη 20 της αποφάσεώς του στην υπόθεση *GB-Inno-BM*<sup>29</sup>, η οποία αφορούσε προδικαστικό ερώτημα. Σε κάθε περίπτωση, είναι σαφές ότι η επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως έχει γενική εφαρμογή, διότι βασίζεται σε θεμελιώδεις αρχές της κοινοτικής έννομης τάξεως, ιδίως στην αρχή της ασφάλειας του δικαίου και τη συνδεδεμένη με αυτήν απαγόρευση της αναδρομικής επιβολής ποινών (*nulla poena sine lege*)<sup>30</sup>.

76. Δεύτερον, οι εφεσίβλητες υποστηρίζουν ότι δεν επιτρέπεται επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως σε περίπτωση που το ίδιο το κράτος μέλος απογυμνώνει τους οικείου κανόνες από τον νομοθετικό τους

χαρακτήρα, αναθέτοντας σε επιχειρήσεις την ευθύνη της εκδόσεως αποφάσεων με επιρροή στο οικονομικό πεδίο. Συμφωνώ ότι σε ορισμένες υποθέσεις υπήρξε πράγματι ανάθεση της ευθύνης λήψεως αποφάσεων, αλλά είναι σχεδόν βέβαιο ότι οι οικείες επιχειρήσεις διέθεταν σημαντικά περιθώρια αυτονομίας, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να προβάλλουν λόγους δημοσίας τάξεως. Φρονώ, ωστόσο, ότι στην παρούσα υπόθεση απαιτείται να εξεταστεί το νομικό πλαίσιο στο οποίο υπόκεινται οι εφεσείουσες, προκειμένου να προσδιοριστεί αν πράγματι διαθέτουν τέτοια περιθώρια αυτονομίας.

77. Τρίτον, οι εφεσίβλητες προβάλλουν ότι οι εφεσείουσες δεν μπορούν να επικαλεστούν λόγους δημοσίας τάξεως, αφού οι ίδιες ισχυρίζονται ότι αποτελούν εμμέσως τμήμα της κρατικής διοικήσεως. Αν η αντικειμενικώς θίγουσα τον ανταγωνισμό συμπεριφορά των εφεσείουσών αποτελεί πράγματι μορφή της επιβολής του νόμου από το κράτος, οι εφεσείουσες οφείλουν, σύμφωνα με τις εφεσίβλητες, να επωμιστούν και το καθήκον της αγαστής συνεργασίας που το κοινοτικό δίκαιο επιβάλλει στο κράτος. Το επιχειρημα αυτό είναι, κατά τη γνώμη μου, εσφαλμένο. Οι επιχειρήσεις που επικαλούνται λόγους δημοσίας τάξεως λειτουργούν πάντοτε εντός του εθνικού νομικού πλαισίου. Αν για τον λόγο αυτό θεωρούνταν τμήμα του κράτους, ουδέποτε θα μπορούσαν να επικαλεστούν λόγους δημοσίας τάξεως.

28 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 25.

29 — Απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 1991, C-18/88 (Συλλογή 1991, σ. I-5941).

30 — Βλ. τα σημεία 48 και 50 των προτάσεών μου της 30ής Ιανουαρίου 2003 στην υπόθεση C-198/01, CIF (απόφαση της 9ης Σεπτεμβρίου 2003, Συλλογή 2004, σ. I-8055, σ. I-8058).

78. Τα αιτούντα δικαστήρια έχουν διαφορετική εκτίμηση ως προς το κατά πόσο οι κύριες ενώσεις των ταμείων υγείας δεσμεύονται από το εθνικό νομικό πλαίσιο κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Το Oberlandesgericht Düsseldorf έκρινε ότι οι εφεσείουσες διαθέτουν εκτεταμένη αυτονομία. Πρώτον, η νομοθεσία δεν θέτει υποχρεωτικούς κανόνες ως προς το πότε ακριβώς πρέπει τα ανώτατα χρηματικά ποσά να καθοριστούν αρχικώς ή να τροποποιηθούν εν συνεχεία. Δεύτερον, οι εφεσείουσες διαθέτουν από τον νόμο ορισμένη διακριτική ευχέρεια όσον αφορά τον καθορισμό του ύψους των ανώτατων χρηματικών ποσών. Τούτο ισχύει πολύ περισσότερο, δεδομένου ότι τα κριτήρια του άρθρου 35, παράγραφος 5, του SGB V ενδέχεται να οδηγήσουν σε διαφορετικές κατευθύνσεις.

79. Το Bundesgerichtshof, αντιθέτως, επισημαίνει ότι οι εφεσείουσες δεν έχουν καμία ελευθερία κινήσεων κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Υποχρεούνται να καθορίσουν τα ανώτατα χρηματικά ποσά και, αν δεν το πράξουν, το ομοσπονδιακό Υπουργείο Υγείας θα προβεί αντ' αυτών στον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών υπόκειται στις απαιτήσεις του οικείου νομικού πλαισίου, καθώς και σε πλήρη δικαστικό έλεγχο.

80. Απόκειται, προφανώς, στα εθνικά δικαστήρια να αποφανθούν αν το νομικό πλαίσιο εξαλείφει κάθε περιθώριο αυτόνομης συμπεριφοράς εκ μέρους των εφεσείουσών κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Ωστόσο, θα ήταν ίσως χρήσιμο να γίνει διάκριση μεταξύ δύο ζητημάτων που, κατά τη

γνώμη μου, συνδέονται αναγκαστικά με την εν λόγω εκτίμηση.

81. Πρώτον, είναι απαραίτητο να εξεταστεί αν, σύμφωνα με τον SGB V, οι εφεσείουσες έχουν τη δυνατότητα να αποφύγουν εντελώς τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Αν δεν έχουν τέτοια δυνατότητα, είναι σαφές ότι δεν μπορεί να θεωρηθούν υπεύθυνες, στο πλαίσιο μιας υποθέσεως, μόνον επειδή προέβησαν στον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Κατά την εξέταση του ζητήματος αυτού, τα εθνικά δικαστήρια μπορούν να περιοριστούν στην εκτίμηση του δεύτερου σταδίου της διαδικασίας καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών. Όπως επισήμανα ανωτέρω<sup>31</sup>, το πρώτο στάδιο της διαδικασίας ενδέχεται να μην εμπίπτει καθόλου στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 1, δεδομένης της συνθέσεως του οργάνου λήψεως αποφάσεων και του βαθμού εμπλοκής των πραγματογνωμόνων στη διαδικασία. Όσον αφορά το περιθώριο αυτόνομης συμπεριφοράς κατά το δεύτερο στάδιο της διαδικασίας, το άρθρο 35, παράγραφος 3, του SGB V επιβάλλει σαφώς και κατηγορηματικώς στις εφεσείουσες την υποχρέωση να ενεργήσουν. Ο δεσμευτικός χαρακτήρας της υποχρεώσεως αυτής δεν μετριάζεται ακόμη και αν δεν προβλέπεται καμία κύρωση για την παραβίασή της. Όσον αφορά τον χρόνο, παρά το ότι οι εφεσείουσες σαφώς διαθέτουν διακριτική ευχέρεια ως προς το πότε θα καθορίσουν τα ανώτατα χρηματικά ποσά, είναι προφανές ότι υποχρεούνται να επανεξετάζουν το ύψος των ανώτατων χρηματικών ποσών τουλάχιστον μια φορά κατ' έτος και ότι πρέπει να προσαρμόζουν το ύψος των ποσών αυτών όταν αυτό απαιτείται με

31 — Στο σημείο 54.

βάση τις συνθήκες της αγοράς. Δεν είναι επομένως πειστικό το επιχείρημα ότι μπορούν να ασκήσουν τη διακριτική τους ευχέρεια ως προς τον χρόνο, κατά τρόπον ώστε να αποφύγουν εντελώς τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών.

82. Δεύτερον, είναι απαραίτητο να εξεταστεί αν οι εφεσείουσες πραγματικά διαθέτουν κάποια αυτονομία κατά τον προσδιορισμό του ύψους των ανώτατων χρηματικών ποσών. Αν δεν διαθέτουν, είναι βάσιμη η επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως. Αν όμως διαθέτουν τέτοια ευχέρεια, είναι απαραίτητο να εξεταστεί αν η *prima facie* παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 1, μπορεί εν όλω ή εν μέρει να αποδοθεί στο τρόπο ασκήσεως της διακριτικής τους ευχέρειας ή, τουλάχιστον, αν η παράβαση επιβαρύνεται λόγω των επιλογών τους<sup>32</sup>.

83. Όσον αφορά το καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, το πρώτο ενδεχόμενο, ήτοι ο καταλογισμός της παραβάσεως του άρθρου 81 εξ ολοκλήρου στις εφεσείουσες, μπορεί κατά την άποψή μου να αποκλειστεί. Δεδομένου ότι κατά τον κρίσιμο χρόνο ήταν υποχρεωμένες να καθορίζουν τα ανώτατα χρηματικά ποσά βάσει των χαμηλότερων τιμών πωλήσεως από τα φαρμακεία των φαρμάκων της συγκριτικής αντίστοιχης ομάδας, οι εφεσείουσες δεν είχαν πραγματικά την ευχέρεια να επιλέξουν μια ανώτατη τιμή χωρίς να προκαλέσουν σημαντικές επιπτώσεις στον ανταγωνισμό στην αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων στη Γερμανία.

84. Κατά την εξέταση του δεύτερου ενδεχομένου, τα εθνικά δικαστήρια, μπορούν κατά πάσα πιθανότητα να περιοριστούν στην εκτίμηση, βάσει των πραγματικών περιστατικών της εκκρεμούς ενώπιόν τους υποθέσεως, του αν οι εφεσείουσες χρησιμοποίησαν, στη συγκεκριμένη περίπτωση, τη διακριτική ευχέρεια που διαθέτουν για να προκαλέσουν σημαντικά μεγαλύτερο περιορισμό του ανταγωνισμού, απ' ό,τι θα προκαλούσε μια άλλη απόφασή τους στο πλαίσιο των επιλογών που είχαν στη διάθεσή τους.

85. Αν η επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως είναι βάσιμη, οι εφεσείουσες δεν φέρουν ευθύνη στο πλαίσιο της παρούσας δίκης. Ωστόσο, πρέπει να υπομνηστεί το ενδεχόμενο οι εφαρμοστές διατάξεις του γερμανικού δικαίου να προσβληθούν, επειδή συνιστούν παράβαση της υποχρέωσης που υπέχουν τα κράτη μέλη δυνάμει των άρθρων 3, παράγραφος 1, στοιχείο ζ', 10 και 81<sup>33</sup>, με την επιφύλαξη της απαλλαγής του άρθρου 86, παράγραφος 2. Σύμφωνα με πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, τα κράτη μέλη δεν πρέπει να επιβάλλουν ή να διευκολύνουν τη σύναψη αντιθέτων προς το άρθρο 81 συμφωνιών, αποφάσεων ή συμπράξεων ή να ενισχύουν τα αποτελέσματά τους, ή να αφαιρούν από τις δικές τους κανονιστικές ρυθμίσεις τον νομοθετικό τους χαρακτήρα, μεταθέτοντας σε ιδιώτες επιχειρηματίες την ευθύνη λήψεως αποφάσεων με επίδραση σε οικονομικά θέματα<sup>34</sup>.

32 — Βλ. το σημείο 69 των προτάσεών μου στην υπόθεση CIF (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 30).

33 — Βλ. το σημείο 51 των προτάσεών μου στην υπόθεση CIF (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 30).

34 — Βλ. τη σκέψη 54 της αποφάσεως στην υπόθεση Επιτροπή κατά Γαλλίας (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 21) και τη νομολογία που παρατίθεται εκεί.

*Η εφαρμογή του άρθρου 86, παράγραφος 2*

86. Ακόμη και αν οι εφεσείουσες ενήργησαν με αυτονομία κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, παραβιάζοντας το άρθρο 81, παράγραφος 1, και, για τον λόγο αυτό, δεν μπορούν να επικαλεστούν λόγους δημοσίας τάξεως, απομένει η δυνατότητα απαλλαγής της συμπεριφοράς τους βάσει του άρθρου 86, παράγραφος 2. Το Oberlandesgericht απηύθυνε πολλά ερωτήματα στο Δικαστήριο ως προς τη δυνατότητα αυτή. Με το τρίτο ερώτημά του, ερωτά αν η εφαρμογή του άρθρου 86, παράγραφος 2, αποκλείεται λόγω του ότι η αρμοδιότητα για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών θα μπορούσε να ανατεθεί, αντί στις εφεσείουσες, σε κάποιο φορέα ο οποίος να μη δραστηριοποιείται στην αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων, ιδίως στην ομοσπονδιακή κυβέρνηση ή σε κάποιο ομοσπονδιακό υπουργείο. Με το πρώτο σκέλος του τέταρτου ερωτήματός του, ερωτά ποιες προϋποθέσεις πρέπει να προβάλλουν και να αποδείξουν ότι πληρούν οι εφεσείουσες, προκειμένου να τύχουν απαλλαγής δυνάμει του άρθρου 86, παράγραφος 2, πρώτη περίοδος, ΕΚ. Με το δεύτερο σκέλος του τέταρτου ερωτήματός του, ερωτά αν αποκλείεται δυνάμει του άρθρου 86, παράγραφος 2, δεύτερη περίοδος, η χορήγηση απαλλαγής, λόγω των επιπτώσεων του συστήματος καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών στις συναλλαγές. Το Bundesgerichtshof (με το δεύτερο ερώτημά του) ερωτά μόνον αν ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών εξαιρείται, σύμφωνα με το άρθρο 86, παράγραφος 2, από το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 81 και 82, εφόσον σκοπός του είναι η διασφάλιση του συστήματος ασφάλισης υγείας, το οποίο κλονίζεται λόγω

της μεγάλης αυξήσεως των σχετικών δαπανών.

87. Προκειμένου να τύχουν της απαλλαγής του άρθρου 86, παράγραφος 2, οι εφεσείουσες πρέπει να αποδείξουν ότι τους έχει ανατεθεί η λειτουργία μιας υπηρεσίας γενικού οικονομικού συμφέροντος. Είναι, κατά την άποψή μου, αναμφισβήτητο ότι στα ταμεία υγείας της Γερμανίας έχει ανατεθεί μια τέτοια αποστολή, η οποία συνίσταται στη λειτουργία ενός εκ του νόμου προβλεπόμενου συστήματος ασφάλισης υγείας, βασισμένου στην αρχή της αλληλεγγύης. Αυτό δεν αμφισβητείται ούτε από τους διαδίκους ούτε από τα αιτούντα δικαστήρια.

88. Οι εφεσείουσες πρέπει επίσης να αποδείξουν ότι ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών είναι απαραίτητος, προκειμένου να είναι σε θέση να ανταποκρίνονται ορθώς στην γενικού συμφέροντος αποστολή τους<sup>35</sup>. Όπως σαφώς προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου, οι εφεσείουσες δεν χρειάζεται να αποδείξουν ότι η εκπλήρωση της αποστολής τους θα καθίστατο αδύνατη αν δεν ήταν σε θέση να καθορίσουν τα ανώτατα χρηματικά ποσά<sup>36</sup>. Αρκεί ότι η αποστολή τους δεν μπορεί να εκπληρωθεί

35 — Απόφαση της 19ης Μαΐου 1993, C-320/91, Corbeau (Συλλογή 1993, σ. I-2533, σκέψη 14).

36 — Απόφαση της 23ης Οκτωβρίου 1997, C-157/94, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (Συλλογή 1997, σ. I-5699, σκέψη 43).



υπό οικονομικώς αποδεκτές συνθήκες<sup>37</sup> ή υπό συνθήκες χρηματοδοτικής σταθερότητας<sup>38</sup>.

89. Είναι, επομένως, αναμφισβήτητο ότι οι εφεσείουσες μπορούν καταρχήν να προβάλλουν επιχειρήματα υπέρ του καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών με βάση τα αναφερόμενα στο δεύτερο ερώτημα του Bundesgerichtshof. Απόκειται, βεβαίως, στα εθνικά δικαστήρια να αποφανθούν, στο πλαίσιο της κύριας δίκης, αν ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών είναι πράγματι απαραίτητος για τη χρηματοδοτική σταθερότητα των γερμανικών ταμείων υγείας.

90. Η κύρια διαφωνία σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 86, παράγραφος 2, αφορά το κατά πόσο το ισχύον σύστημα καθορισμού ανώτατων χρηματικών ποσών ανταποκρίνεται στην αρχή της αναλογικότητας.

91. Οι εφεσίβλητες υποστηρίζουν ότι μια απόφαση ή μια συμφωνία που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 1, και δεν έχει κοινοποιηθεί στην Επιτροπή για να τύχει της απαλλαγής του άρθρου 81, παράγραφος 3, δεν μπορεί να τύχει ούτε της απαλλαγής του άρθρου 86, παράγραφος 2. Προβάλλουν ότι η κοινοποίηση αυτή αποτελεί την

πλέον πρόσφορη μέθοδο για να διασφαλιστεί ότι μια τέτοια απόφαση ή συμφωνία συμβαδίζει με τους κοινοτικούς κανόνες του ανταγωνισμού. Δεδομένου ότι ουδεμία απόφαση για τον καθορισμό ανώτατων χρηματικών ποσών έχει κοινοποιηθεί, υποστηρίζουν ότι οι εφεσείουσες δεν μπορούν να επικαλεστούν το άρθρο 86, παράγραφος 2.

92. Φρονώ ότι η προηγούμενη κοινοποίηση στην Επιτροπή μιας αποφάσεως ή μιας συμφωνίας που αντίκειται στο άρθρο 81, παράγραφος 1, προκειμένου να χορηγηθεί η απαλλαγή του άρθρου 81, παράγραφος 3, δεν συνιστά προαπαιτούμενο της απαλλαγής του άρθρου 86, παράγραφος 2. Με την απόφασή του στην υπόθεση *Almelo*<sup>39</sup>, το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 86, παράγραφος 2, μπορούσε να εφαρμοστεί στις επίδικες τότε συμφωνίες<sup>40</sup>, παρόλο που αυτές δεν είχαν κοινοποιηθεί<sup>41</sup>.

93. Οι εφεσίβλητες, όπως και το Oberlandesgericht, υποστηρίζουν επίσης ότι οι αποφάσεις των εφεσείουσών για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών δεν δικαιολογούνται, λόγω της υπάρξεως εναλλακτικών θεσμικών ρυθμίσεων κατάλληλων για τον έλεγχο του κόστους των φαρμακευτικών προϊόντων. Οι εφεσείουσες και η Επιτροπή διαφωνούν.

37 — Σκέψη 16 της αποφάσεως Corbeau (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 35).

38 — Όπ.λ., σκέψη 17 και διατακτικό της αποφάσεως.

39 — Απόφαση της 27ης Απριλίου 1994, C-393/92 (Συλλογή 1994, σ. I-1477).

40 — Στις σκέψεις 49 έως 51 της αποφάσεως.

41 — Βλ. το σημείο 108 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Darmon.

94. Πρώτον, πρέπει συναφώς να επισημανθεί ότι, όπως έκρινε το Δικαστήριο στην υπόθεση Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, το κράτος μέλος, προκειμένου να επικαλεστεί βασίμως το άρθρο 86, παράγραφος 2, δεν οφείλει «οσάκις εκθέτει εμπειρισιακά τους λόγους για τους οποίους, σε περίπτωση καταργήσεως των προσαπτομένων μέτρων, η εκπλήρωση, από οικονομικώς αποδεκτούς όρους, της ανατεθείσας σε επιχείρηση αποστολής γενικού οικονομικού συμφέροντος θα ετίθετο, κατά τη γνώμη του, σε κίνδυνο, να προχωρήσει περαιτέρω προκειμένου να αποδείξει, κατά τρόπο θετικό, ότι κανένα άλλο νοητό, εξ υποθετικού ορισμού, μέτρο δεν μπορεί να διασφαλίσει την εκπλήρωση της εν λόγω αποστολής υπό τους αυτούς όρους»<sup>42</sup>. Κατά την άποψή μου, οι εφεσείουσες, ως επιχειρήσεις που επιδιώκουν να υπερασπιστούν τις ενέργειές τους, επίσης απαλλάσσονται από το βάρος αυτό.

95. Δεύτερον, για να έχει εφαρμογή το άρθρο 86, παράγραφος 2, στην παρούσα υπόθεση, θεωρώ σημαντικό να αναφερθούμε στην ευχέρεια που παρέχει το κοινοτικό δίκαιο στα κράτη μέλη, ως προς την οργάνωση των συστημάτων τους κοινωνικής ασφαλίσεως<sup>43</sup>. Δεδομένου ότι οι εθνικές αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια στο ζήτημα αυτό<sup>44</sup>, θεωρώ ότι η εφαρμογή του άρθρου 86, παράγραφος 2, θα αποκλειόταν μόνον αν ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών αποδεικνυόταν προφανώς δυσανάλογος ως μέθοδος ελέγχου του κόστους των φαρμακευτικών προϊόντων που βαρύνει τα ταμεία υγείας.

42 — Σκέψη 58 της αποφάσεως που παρατίθεται στην υποσημείωση 36.

43 — Βλ. απόφαση της 7ης Φεβρουαρίου 1984, C-238/82, Duphar κ.λπ. (Συλλογή 1984, σ. I-523, σκέψη 16).

44 — Βλ. τη σκέψη 122 της αποφάσεως Albany (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5).

96. Θεωρώ ότι εν προκειμένω δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση. Όπως επισημαίνει η Επιτροπή, η μέθοδος που ακολουθεί το γερμανικό σύστημα καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών επιβάλλει πολύ μικρότερο περιορισμό των δαπανών για φαρμακευτικά προϊόντα, απ' ό,τι ορισμένοι μηχανισμοί που έχουν εφαρμοστεί σε άλλα κράτη. Για παράδειγμα, αντιθέτως προς το σύστημα της λίστας των μη χορηγούμενων φαρμάκων, το οποίο εξετάστηκε στο πλαίσιο της υποθέσεως Duphar<sup>45</sup> και κρίθηκε συμβατό προς το κοινοτικό δίκαιο, το σύστημα καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών δεν επιβάλλει ευθέως απαγόρευση της χορηγήσεως με συνταγή ορισμένων φαρμακευτικών προϊόντων στους ασφαλισμένους.

97. Ούτε συμφωνώ με το Oberlandesgericht ότι η δυνατότητα και μόνο της αναθέσεως του καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών στην ομοσπονδιακή κυβέρνηση ή σε ένα ομοσπονδιακό υπουργείο αρκεί για να αποδειχθεί το δυσανάλογο των ισχυουσών διατάξεων περί καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών.

98. Όπως έκρινε το Δικαστήριο στην υπόθεση Albany, ένα εθνικό μέτρο στο τομέα της κοινωνικής ασφαλίσεως μπορεί να τύχει απαλλαγής βάσει του άρθρου 86, παράγραφος 2, ακόμη και αν συνεπάγεται την ανάθεση αποφασιστικής αρμοδιότητας σε μια επιχείρηση και προκαλεί, ως

45 — Παρατίθεται στην υποσημείωση 43.

εκ τούτου, σύγκρουση συμφερόντων<sup>46</sup>. Το Δικαστήριο έλαβε ιδίως υπόψη τους εξής τέσσερις παράγοντες. Ο πρώτος αφορά τα κριτήρια που πρέπει να διέπουν τη δράση μιας επιχειρήσεως κατά την άσκηση της εξουσίας λήψεως αποφάσεων που της έχει ανατεθεί. Στην παρούσα υπόθεση, οι εφεσείουσες οφείλουν να ενεργούν σύμφωνα με ορισμένα κριτήρια κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Πράγματι, δεν έχω καμιά αμφιβολία ότι ένα ομοσπονδιακό υπουργείο το οποίο θα ενεργούσε σύμφωνα με κριτήρια όπως αυτά που προβλέπει ο νόμος για τις εφεσείουσες θα υφίστατο την ίδια πίεση με τις προσφεύγουσες, ως προς τον καθορισμό όσο το δυνατόν χαμηλότερων ανώτατων χρηματικών ποσών.

99. Ο δεύτερος παράγοντας που επηρέασε το Δικαστήριο στην υπόθεση Albany ήταν η πολυπλοκότητα της εκτιμήσεως ως προς την επίδραση συγκεκριμένων αποφάσεων στη χρηματοδοτική ισορροπία της επιχειρήσεως. Όσον αφορά τον δεύτερο παράγοντα, είναι αναμφισβήτητο ότι οι εφεσείουσες μπορούν ευχερέστερα να εκτιμήσουν τόσο τις ανάγκες περιθάλψεως των ασφαλισμένων τους όσο και τις επιπτώσεις του κόστους των φαρμακευτικών προϊόντων στη χρηματοδοτική τους ισορροπία.

100. Ο τρίτος παράγοντας έγκειται στο περιθώριο εκτιμήσεως που διαθέτουν τα κράτη μέλη όσον αφορά την κοινωνική ασφάλιση. Είναι προφανές ότι ο παράγοντας αυτός πρέπει να ληφθεί εξίσου υπόψη και στην παρούσα δίκη.

101. Ο τέταρτος παράγοντας αφορά την ύπαρξη επαρκούς δικαστικού ελέγχου, ώστε να αποτρέπεται η άσκηση της αποφασιστικής αρμοδιότητας που διαθέτει η επιχείρηση κατά τρόπο αυθαίρετο. Σχετικά με την επιρροή του παράγοντα αυτού στην παρούσα υπόθεση, οι διάδικοι διαφωνούν ως προς την επάρκεια του κατασταλτικού νομικού ελέγχου των αποφάσεων για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών. Υπό το πρίσμα της αποφάσεως Albany, το εθνικό δικαστήριο πρέπει να ασκεί επαρκή έλεγχο, προκειμένου να διασφαλίζει ότι τα ανώτατα χρηματικά ποσά δεν καθορίζονται κατά τρόπο αυθαίρετο ή προκαλούντα δυσμενείς διακρίσεις, αλλά καθορίζονται σύμφωνα με τα κριτήρια και τις διαδικασίες του άρθρου 35 του SGB V. Απόκειται στα αιτούντα δικαστήρια να αποφανθούν αν πράγματι πληρούνται η προϋπόθεση αυτή.

102. Όσον αφορά το τέταρτο ερώτημα του Oberlandesgericht, θεωρώ ότι με την προσηγηθείσα ανάλυση έχει ήδη πλήρως απαντηθεί το σκέλος που αφορά τις προϋποθέσεις των οποίων τη συνδρομή οφείλουν να αποδείξουν οι εφεσείουσες, προκειμένου η διαδικασία καθορισμού των ανώτατων χρηματικών ποσών να τύχει της απαλλαγής του άρθρου 86, παράγραφος 2. Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του ερωτήματος, σχετικά με την εφαρμογή της δευτέρας περιόδου του άρθρου 86, παράγραφος 2, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι οι διατάξεις αυτές έχουν άμεση εφαρμογή, οι παρατηρήσεις που υποβλήθηκαν στο Δικαστήριο δεν περιέχουν κανένα πειστικό επιχείρημα υπέρ της απόψεως ότι ο καθορισμός των ανώτατων χρηματικών ποσών επηρεάζει την ανάπτυξη των συναλλαγών σε τέτοιο βαθμό, ώστε βλάπτει τα συμφέροντα της Κοινότητας. Το Oberlandesgericht επισημαίνει το μέγεθος των πόρων που εξοικονομήθηκαν λόγω του θεσμού των ανώτατων χρηματικών ποσών, χωρίς όμως να παρα-

46 — Σκέψεις 116 έως 122 της αποφάσεως που παρατίθεται στην υποσημείωση 5.

θέτει στοιχεία σχετικά με τυχόν παρεπόμενες επιπτώσεις στη ροή φαρμακευτικών προϊόντων από και προς τη Γερμανία. Ελλείπει πιο ουσιαστικών επιχειρημάτων υπέρ ή κατά της εφαρμογής της δευτέρας περιόδου του άρθρου 86, παράγραφος 2, στην παρούσα υπόθεση, φρονώ ότι παρέλκει οποιαδήποτε περαιτέρω συζήτηση επί του ζητήματος.

*Περί της απορρέουσας από το κοινοτικό δίκαιο αξιώσεως προς αποζημίωση ή προς άρση της προσβολής κατά των ταμείων υγείας*

103. Μένει μόνο να εξεταστεί το τρίτο ερώτημα που θέτει το Bundesgerichtshof, ως προς το αν μπορεί να εγερθεί αξίωση αποζημιώσεως κατά των εφεσειουσών, λόγω των αποφάσεών τους για τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, επειδή ενήργησαν σύμφωνα με νομοθετική επιταγή, παρά το γεγονός ότι η εθνική νομοθεσία δεν επιβάλλει κυρώσεις σε περίπτωση αρνήσεως εκδόσεως τέτοιων αποφάσεων.

104. Αν είχε αποδειχθεί ότι οι εφεσείουσες είχαν ενεργήσει αυτόνομα κατά τον καθορισμό των ανώτατων χρηματικών ποσών, παραβιάζοντας το άρθρο 81 ΕΚ, και αν δεν είχαν επικαλεστεί επιτυχώς την απαλλαγή του άρθρου 86, παράγραφος 2, ως προς τη συμπεριφορά τους, δεν έχω καμία αμφιβολία ότι αξιώσεις προς αποζημίωση και προς άρση της προσβολής θα είχε οποιοσδήποτε είχε υποστεί ζημία λόγω της συμπεριφοράς αυτής, με την

επιφύλαξη των εθνικών διαδικαστικών κανόνων, όπως επιτάσσουν οι αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας. Όπως έκρινε το Δικαστήριο, η πλήρης αποτελεσματικότητα του άρθρου 81 ΕΚ και, ιδίως, η πρακτική αποτελεσματικότητα της απαγορεύσεως του άρθρου 81, παράγραφος 1, θα διακυβεύονταν αν δεν μπορούσε κάθε υποκείμενο δικαίον, στο πλαίσιο διαδικασίας ενώπιον εθνικού δικαστηρίου, να ζητήσει αποκατάσταση της ζημίας που του προξένησε σύμβαση ή συμπεριφορά δυνάμενη να περιορίσει ή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό<sup>47</sup>. Θεωρώ ότι η ανάλυση αυτή ισχύει και ως προς την αξίωση προς άρση της προσβολής.

105. Ωστόσο, το ερώτημα που υποβάλλει το Bundesgerichtshof φαίνεται να βασίζεται στην υπόθεση ότι οι εφεσείουσες είναι υποχρεωμένες, βάσει της κείμενης νομοθεσίας, να καθορίζουν τα ανώτατα χρηματικά ποσά κατά παράβαση του άρθρου 81. Αν οι εφεσείουσες είχαν τέτοια υποχρέωση, όπως έχω ήδη εξηγήσει, πραγματευόμενος την επίκληση λόγων δημοσίας τάξεως, οι ίδιες δεν θα υπάγονταν στο άρθρο 81, επομένως δεν θα τους καταλογιζόταν τυχόν παραβίασή του, ακόμη και αν η άρνηση να συμμορφωθούν με τις υποχρεώσεις που υπέχουν από την εθνική νομοθεσία δεν επέσυρε καμία κύρωση. Επομένως, φρονώ ότι το τελευταίο ερώτημα του Bundesgerichtshof απαντάται επαρκώς με τη δεύτερη απάντηση που προτείνω επί των υποβληθέντων ερωτημάτων.

47 — Απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2001, C-453/99, Courage και Crehan (Συλλογή 2001, σ. I-6297, σκέψη 26).

## Πρόταση

106. Κατά την άποψή μου, το Δικαστήριο ενδείκνυται να απαντήσει στα ερωτήματα που του υποβλήθηκαν από το Oberlandesgericht Düsseldorf και από το Bundesgerichtshof ως εξής:

- 1) Οι κύριες ενώσεις των εκ του νόμου προβλεπόμενων ταμείων υγείας σε ένα κράτος μέλος, όπως αυτά που αφορά η κύρια δίκη, πρέπει να θεωρούνται ως ενώσεις επιχειρήσεων κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ, εφόσον από κοινού καθορίζουν την ανώτατη τιμή που θα καταβάλλουν για την αγορά φαρμακευτικών προϊόντων και, με τον τρόπο αυτό, περιορίζουν την ευθύνη τους έναντι των ασφαλισμένων τους.
- 2) Ο από κοινού καθορισμός της ανώτατης τιμής συνιστά απόφαση ενώσεως επιχειρήσεων, με σκοπό ή αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ.

Κατά τον από κοινού καθορισμό της ανώτατης τιμής, οι κύριες ενώσεις των ταμείων υγείας δεν υποπίπτουν, ωστόσο, σε παράβαση του άρθρου 81 ΕΚ, καθόσον ο παρεπόμενος περιορισμός του ανταγωνισμού δεν οφείλεται σε αυτόνομη εκ μέρους τους συμπεριφορά, αλλά μάλλον σε απαίτηση της εθνικής νομοθεσίας, ανεξαρτήτως του αν ουδεμία κύρωση προβλέπεται ειδικά για τη μη συμμόρφωση προς την οικεία εθνική νομοθεσία.

- 3) Ο από κοινού καθορισμός της ανώτατης τιμής δεν υπόκειται, δυνάμει του άρθρου 86, παράγραφος 2, ΕΚ, στους κοινοτικούς κανόνες του ανταγωνισμού, εκτός αν αποδειχθεί ότι, ως μέθοδος με την οποία διασφαλίζεται η δυνατότητα των ταμείων υγείας να εκπληρώσουν την γενικού συμφέροντος αποστολή τους σε συνθήκες χρηματοδοτικής σταθερότητας, έχει καταφανώς δυσανάλογα αποτελέσματα. Απόκειται στα εθνικά δικαστήρια να κρίνουν αν πληρούται η προϋπόθεση αυτή.