ARRÊT DU TRIBUNAL (quatrième chambre élargie)

27 septembre 2006 *

Dans l'affaire T-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, anciennement Glaxo Wellcome plc, établie à Brentford, Middlesex (Royaume-Uni), représentée par M^e^ S. Martínez Lage, avocat, M. I. Forrester, QC, M^es^ F. Depoortere, A. Schulz, T. Louko et I. Vandenborre, avocats,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée initialement par M. P. Oliver, puis par M. É. Gippini Fournier, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'anglais.

soutenue par

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), établie à Bruxelles (Belgique), représentée initialement par M[es] U. Zinsmeister et M. Lienemeyer, puis par M[e] A. Martin-Ehlers, enfin par M[e] M. Hartmann-Rüppel, avocats,

par

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, établie à Mülheim an der Ruhr (Allemagne), représentée initialement par M[es] M. Epping et W. Rehmann, puis par M[e] Rehmann, avocats,

par

Spain Pharma, SA, établie à Madrid, représentée par M[es] P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza et R. Gutiérrez Sánchez, avocats,

et par

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), établie à Madrid (Espagne), représentée initialement par M[es] M. Araujo Boyd et R. Sanz, puis par M[es] Araujo Boyd et J. L. Buendia Sierra, avocats,

parties intervenantes,

ayant pour objet une demande d'annulation de la décision 2001/791/CE de la Commission, du 8 mai 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE [Affaires IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (notification), IV/36.997/F3 — Aseprofar et Fedifar (plainte), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (plainte), IV/37.138/F3 — BAI (plainte) et IV/37.380/F3 — EAEPC (plainte)] (JO L 302, p. 1),

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (quatrième chambre élargie),

composé de M. H. Legal, président, M[mes] P. Lindh, I. Wiszniewska-Białecka, MM. V. Vadapalas et E. Moavero Milanesi, juges,

greffier: M[me] C. Kristensen, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 7 juin 2006,

rend le présent

Arrêt

Cadre juridique et factuel du litige

Droit communautaire

1 L'article 3, paragraphe 1, sous g), CE prévoit que l'action de la Communauté comporte un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur.

2 L'article 81, paragraphe 1, CE prévoit, notamment, que tout accord entre entreprises qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et qui a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun est incompatible avec le marché commun et interdit.

3 L'article 81, paragraphe 3, CE prévoit que les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE peuvent être déclarées inapplicables, notamment, à tout accord entre entreprises qui contribue à améliorer la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ni donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

4 Le 21 décembre 1988, le Conseil a adopté, sur le fondement de l'article 100 A du traité CE (devenu, après modification, article 95 CE), la directive 89/105/CEE concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes d'assurance maladie (JO 1989, L 40, p. 8). Celle-ci a pour objet d'obtenir une vue d'ensemble des mesures de fixation et de contrôle direct et indirect du prix des médicaments adoptées par les États membres en vue de maîtriser les dépenses de santé publique qu'ils consacrent à de tels produits et d'éliminer les disparités entre ces mesures, qui peuvent entraver ou fausser les échanges intracommunautaires de médicaments et avoir, de ce fait, une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun des médicaments. À cette fin, elle établit, dans un premier temps, une série d'exigences destinées à permettre aux intéressés de vérifier que les mesures nationales en question ne constituent pas des restrictions quantitatives aux importations ou aux exportations, ou des mesures d'effet équivalent. Toutefois, ces exigences n'affectent ni la politique des États membres ni les politiques nationales en matière de fixation des prix et d'instauration des systèmes de sécurité sociale, sauf dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de la transparence. Le délai imparti aux États membres pour se conformer à cette directive a expiré le 31 décembre 1989.

Droit espagnol

5 Le 20 décembre 1990, le Royaume d'Espagne a adopté la Ley 25/1990 del Medicamento (loi 25/1990 sur le médicament, BOE n° 306, du 22 décembre 1990, p. 2643, ci-après la «loi n° 25/1990»). Cette loi a été modifiée, notamment, par la Ley 66/1997, du 30 décembre 1997 (BOE n° 313, du 31 décembre 1997, p. 38517), et, pendant la procédure administrative ayant conduit à l'adoption de la décision attaquée dans la présente affaire, par la Ley 55/1999, du 30 décembre 1999 (BOE n° 312, du 30 décembre 1997, p. 46095).

6 Le 23 février 1990, le Royaume d'Espagne a adopté le Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas

de uso humano (décret royal 271/1990 de réorganisation de l'intervention sur les prix des spécialités pharmaceutiques à usage humain, BOE nº 53, du 2 mars 1990, p. 6086, ci-après le «décret nº 271/1990»). Ce décret vise notamment à permettre au Royaume d'Espagne de se conformer à la directive 89/105.

7 Les dispositions du titre VIII de la loi nº 25/1990 et du décret nº 271/1990 prévoient, en particulier, un régime d'intervention, de la part du ministère de la Santé et de la Consommation espagnol et de la Comisión interministerial de precios de los medicamentos (commission interministérielle sur les prix des médicaments), qui lui est adjointe (ci-après, ensemble, l'«administration espagnole»), sur le prix maximal de gros des médicaments pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie.

Antécédents du litige

8 La partie requérante, GlaxoSmithKline Services Unlimited, anciennement Glaxo Wellcome plc (ci-après «GSK»), est une société de droit britannique établie à Brentford (Royaume-Uni). Le groupe GlaxoSmithKline, auquel elle appartient, est l'un des principaux producteurs mondiaux de produits pharmaceutiques. Il a été formé à la suite d'une opération de concentration entre Glaxo Wellcome plc et Smithkline Beecham plc, opération à laquelle la Commission a déclaré, par une décision du 8 mai 2000 (affaire N IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham), ne pas s'opposer.

9 Glaxo Wellcome, SA (ci-après «GW»), société de droit espagnol établie à Madrid (Espagne), est une des filiales espagnoles du groupe GlaxoSmithKline. Elle a pour activités principales, directement et par l'intermédiaire de ses filiales, le développement, la production et la commercialisation de médicaments en Espagne.

10 Par lettre du 6 mars 1998, GW a notifié un document intitulé «Conditions générales de vente de spécialités pharmaceutiques appartenant à [GW] et à ses filiales aux magasins grossistes autorisés» (ci-après les «conditions générales de vente») à la Commission, en vue d'obtenir une attestation négative ou une exemption au titre du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204). Par lettre du 28 juillet 1998, GSK a adressé une notification complémentaire à la Commission.

11 Les conditions générales de vente s'appliquent à 82 médicaments destinés à être vendus aux grossistes établis en Espagne, avec lesquels GW noue des relations commerciales en dehors de tout réseau de distribution. Ces derniers peuvent les destiner à la revente aux hôpitaux espagnols ou aux officines pharmaceutiques espagnoles, qui les délivrent aux patients sur présentation d'une prescription médicale. Ils peuvent également les destiner à la revente dans d'autres États membres, par le biais du commerce parallèle, auxquels ils se livrent en raison de l'existence de différentiels de prix. Parmi les 82 médicaments auxquels les conditions générales de vente sont applicables figurent huit médicaments présentés par GSK comme étant particulièrement susceptibles de faire l'objet d'un commerce parallèle, principalement entre l'Espagne et le Royaume-Uni. Ces médicaments sont les suivants:

— un antiallergique, dénommé Beconase;

— cinq antiasthmatiques, dénommés Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent et Ventolín;

— un antiépileptique, dénommé Lamictal;

— un antimigraineux, dénommé Imigran.

12 Pour l'ensemble de ces 82 médicaments, l'article 4 des conditions générales de vente prévoit deux prix différents (ci-après le «prix 4 A» et le «prix 4 B»). Cet article est libellé comme suit:

«A) Conformément aux dispositions des paragraphes 1, premier alinéa, et 2 de l'article 100 de la [loi n° 25/1990], le prix des produits pharmaceutiques de [GW] et de ses filiales ne saurait, en aucun cas, dépasser le prix industriel maximal fixé par les autorités espagnoles compétentes en matière de santé lorsque les deux conditions déterminant l'application desdites dispositions légales sont remplies, à savoir:

— les produits pharmaceutiques susmentionnés sont financés par les fonds de la sécurité sociale espagnole ou par des fonds publics espagnols,

— les produits pharmaceutiques achetés sont ensuite commercialisés au niveau national, c'est-à-dire par l'intermédiaire des pharmacies ou des hôpitaux espagnols.

B) Si l'une de ces conditions n'est pas remplie (c'est-à-dire dans tous les cas où la législation espagnole autorise les laboratoires à fixer librement le prix de leurs produits pharmaceutiques), [GW] et ses filiales fixent le prix de leurs produits pharmaceutiques selon des critères économiques réels, objectifs et non discriminatoires et indépendamment de la destination du produit déterminée par l'acheteur. En particulier, [GW] et ses filiales appliquent à leurs produits pharmaceutiques le prix qui, sur la base de leurs études économiques internes, avait été initialement proposé aux autorités espagnoles compétentes en matière de santé et mis à jour d'une manière objective en fonction de l'augmentation du coût de la vie, conformément aux dispositions des paragraphes 1, premier alinéa, et 2 de l'article 100 de la [loi n° 25/1990] et aux autres lois espagnoles antérieures concernant la fixation du prix des médicaments.»

13 Par lettres du 6 mars 1998, GW a envoyé les conditions générales de vente à 89 grossistes établis en Espagne. Ces lettres contiennent notamment la mention suivante:

«Important: Nous vous prions de nous signifier votre accord en nous faisant parvenir une copie signée du document ci-joint avant le 13 mars 1998.»

14 75 grossistes, représentant plus de 90 % des ventes totales de GW en Espagne en 1998, ont agi de la sorte.

15 Les conditions générales de vente sont entrées en vigueur le 9 mars 1998.

16 Par la suite, leur légalité a été contestée devant l'autorité espagnole de la concurrence et devant les juridictions espagnoles par deux associations professionnelles espagnoles, l'Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) et l'Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas, ainsi que par un grossiste espagnol, Spain Pharma, SA.

17 Par ailleurs, des plaintes selon lesquelles les conditions générales de vente enfreignaient l'article 81, paragraphe 1, CE ont été présentées à la Commission par Aseprofar, soutenue par une autre association professionnelle espagnole, la Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de espacialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (Fedifar), par Spain Pharma et par deux autres associations professionnelles européennes, le Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (ci-après le «BAI») et l'European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC).

18 Le 8 mai 2001, la Commission a adopté la décision 2001/791/CE relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE [Affaires IV.36/957/F3 — Glaxo Wellcome (notification), IV.36/997/F3 — Aseprofar et Fedifar (plainte), IV.37/121/F3 — Spain Pharma (plainte), IV.37/138/F3 — BAI (plainte) et IV.37/380/F3 — EAEPC (plainte)] (JO L 302, p. 1, ci-après la «Décision»).

19 L'article 1er de la Décision dispose que GW «a enfreint l'article 81, paragraphe 1, [CE] en concluant avec les grossistes espagnols un accord opérant une distinction entre les prix facturés aux grossistes qui sont applicables à la revente de médicaments remboursables aux pharmacies ou aux hôpitaux sur le territoire national et des prix plus élevés facturés en cas d'exportation des médicaments vers n'importe quel autre État membre».

20 L'article 2 de la Décision dispose que la demande d'exemption de cet accord est rejetée.

21 Les articles 3 et 4 de la Décision enjoignent à GW de mettre fin sans délai à l'infraction visée à l'article 1er, si tel n'est pas déjà le cas, et d'informer la Commission des mesures prises à cet effet.

Procédure

22 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 23 juillet 2001, GSK a introduit le présent recours.

23 Par actes déposés au greffe du Tribunal les 8, 12 et 16 novembre 2001, l'EAEPC, le BAI, Spain Pharma et l'Aseprofar ont demandé à intervenir au litige au soutien des conclusions de la Commission, au titre de l'article 40, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice et de l'article 115, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal.

24 Par actes déposés au greffe du Tribunal les 28 novembre, 14 décembre 2001 et 21 mars 2002, GSK a demandé que certaines pièces et informations secrètes ou confidentielles soient exclues de la communication des mémoires des parties aux personnes qui seraient admises à intervenir au litige, au titre de l'article 116, paragraphe 2, du règlement de procédure.

25 Par ordonnance du 27 novembre 2002, le président de la première chambre a fait droit aux demandes d'intervention et a réservé la décision sur le bien-fondé des demandes de traitement confidentiel.

26 Par ordonnance du 5 août 2003, le président de la première chambre a fait droit à une partie des demandes de traitement confidentiel et les a rejetées pour le surplus.

27 Le juge rapporteur ayant été affecté à la quatrième chambre en raison de la modification de la composition des chambres du Tribunal intervenue le 1er octobre 2003, l'affaire a été réattribuée à celle-ci.

28 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 25 mars 2004, GSK a demandé que certaines informations secrètes ou confidentielles soient exclues de la communication de ses observations sur les mémoires en intervention aux intervenantes. Il a été fait droit à cette demande.

29 Par lettre du 16 avril 2004, le Tribunal a demandé à GSK et à la Commission de produire des documents et de répondre à une question écrite, au titre des articles 49 et 64 du règlement de procédure. Il a été déféré à ces mesures d'organisation de la procédure dans le délai imparti à cet effet.

30 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 7 mai 2004, Spain Pharma a demandé à être autorisée à utiliser la langue espagnole au cours de la procédure orale, au titre de l'article 35, paragraphe 2, du règlement de procédure. Les parties entendues, il a été fait droit à cette demande.

31 Par actes déposés au greffe du Tribunal les 27 mai et 22 juin 2004, GSK a demandé que certaines informations secrètes ou confidentielles soient exclues de la communication aux intervenantes de ses réponses et des réponses de la Commission aux demandes du Tribunal du 16 avril 2004. Il a été fait droit à cette demande.

32 Le 7 mars 2006, le Tribunal a décidé, en application de l'article 14 du règlement de procédure et sur proposition de la quatrième chambre, les parties entendues, de renvoyer l'affaire devant la quatrième chambre élargie.

33 Le 15 mars 2006, le Tribunal (quatrième chambre) a ouvert la procédure orale, sur rapport du juge rapporteur.

34 Par lettres des 7 et 20 mars 2006, le Tribunal a demandé à GSK, à la Commission et aux intervenantes de répondre à des questions écrites et de produire un document, au titre des articles 49 et 64 du règlement de procédure. Il a été déféré à ces mesures d'organisation de la procédure dans les délais impartis à cet effet, exception faite d'une question à laquelle GSK a répondu par acte déposé au greffe du Tribunal le

6 juin 2006. En l'absence d'objections des parties, invitées à se prononcer sur ce point lors de l'audience, cet acte a été versé au dossier.

35 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 28 avril 2006, GSK a demandé que certaines informations secrètes ou confidentielles soient exclues de la communication de ses réponses aux demandes du Tribunal des 7 et 20 mars 2006 aux intervenantes. Il a été fait droit à cette demande.

36 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 16 mai 2006, Aseprofar a demandé à être autorisée à utiliser la langue espagnole au cours de la procédure orale, au titre de l'article 35, paragraphe 2, du règlement de procédure. Les parties entendues, il a été fait droit à cette demande.

37 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal lors de l'audience du 7 juin 2006.

Conclusions des parties

38 GSK conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— annuler la Décision;

— condamner la Commission aux dépens.

39 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours;

— condamner GSK aux dépens.

40 L'Aseprofar conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours;

— condamner GSK aux dépens, en ce compris ceux exposés par elle.

41 Le BAI conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours;

— condamner GSK aux dépens, en ce compris ceux exposés par elle.

42 L'EAEPC conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours;

— condamner GSK aux dépens, en ce compris ceux exposés par elle.

43 Spain Pharma conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

— rejeter le recours;

— condamner GSK aux dépens, en ce compris ceux exposés par elle.

En droit

44 Au soutien de ses conclusions, GSK invoque en substance six moyens pouvant être regroupés selon qu'ils tendent à obtenir l'annulation totale ou, à défaut, l'annulation partielle de la Décision.

45 Au soutien de ses conclusions principales tendant à l'annulation de l'article 1er de la Décision, qui constate l'existence d'une infraction à l'article 81, paragraphe 1, CE, GSK invoque trois moyens pris respectivement:

— d'une insuffisance de motivation;

— de la violation de l'article 81, paragraphe 1, CE;

— d'un détournement de pouvoir, de la méconnaissance du principe de subsidiarité et de la violation de l'article 43 CE.

46 Au soutien de ses conclusions subsidiaires tendant à l'annulation de l'article 2 de la Décision, qui rejette sa demande d'exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE, GSK invoque trois moyens pris respectivement:

— d'une insuffisance de motivation;

— de la violation de l'article 81, paragraphe 3, CE;

— de la méconnaissance du principe de proportionnalité.

I — *Sur les moyens tendant à l'annulation de l'article 1er de la Décision*

A — *Sur le moyen pris d'une insuffisance de motivation*

1. Arguments des parties

47 GSK fait valoir, en substance, que l'absence de référence à l'arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, Bayer/Commission (T-41/96, Rec. p. II-3383), entache la Décision d'une insuffisance de motivation.

48 La Commission, soutenue par les intervenantes, conteste le bien-fondé de ce moyen.

2. Appréciation du Tribunal

49 L'article 253 CE dispose, notamment, que les décisions de la Commission sont motivées.

50 Pour être motivée à suffisance de droit, une décision de la Commission doit faire apparaître clairement le raisonnement de son auteur, de manière à permettre aux intéressés d'en comprendre le fondement et au juge d'en contrôler le bien-fondé. En revanche, elle ne doit pas spécifier tous les éléments de droit et de fait pertinents, puisque la question de savoir si elle satisfait à l'article 253 CE s'apprécie compte tenu tant de son libellé que de son contexte juridique et factuel (arrêts de la Cour du 20 mars 1957, Geitling/Haute autorité, 2/56, Rec. p. 9, 37, et du Tribunal du 15 juin 2005, Regione autonoma della Sardegna/Commission, T-171/02, Rec. p. II-2123, point 73).

51 La nécessité de motiver ses décisions n'impose donc à la Commission aucune obligation générale de faire référence à une décision de justice spécifique dans les décisions qu'elle adopte.

52 Or, en l'espèce, GSK se borne à faire valoir que la Décision est entachée d'une insuffisance de motivation en ce qu'elle ne fait pas référence à une décision de justice.

53 Dès lors, le moyen pris d'une insuffisance de motivation en ce que la Décision ne fait pas référence à l'arrêt Bayer/Commission, point 47 supra, doit être rejeté.

54 Pour autant que GSK entende, par ce moyen, contester en réalité le contenu de la Décision, il est à relever que l'examen de l'existence et de l'étendue de la motivation d'une décision de la Commission relève du contrôle des formes substantielles et, donc, de la légalité formelle de cette décision. Il doit être distingué de l'examen du bien-fondé des motifs de cette décision, qui relève pour sa part du contrôle de sa légalité au fond (arrêts de la Cour du 2 avril 1998, Commission/Sytraval et Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, point 67, et du Tribunal du 18 janvier 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/Commission, T-93/02, Rec. p. II-93/02, point 67). Dans cette mesure, le moyen se rattache à celui tiré de la violation de l'article 81, paragraphe 1, CE, examiné ci-après.

B — *Sur le moyen pris de la violation de l'article 81, paragraphe 1, CE*

1. Considérations liminaires

55 L'application de l'article 81, paragraphe 1, CE dépend de la réunion d'un ensemble de conditions distinctes (arrêt de la Cour du 30 juin 1966, Société technique minière, 56/65, Rec. p. 337, 356 à 360, et arrêt Bayer/Commission, point 47 supra, point 174), dont l'existence doit être prouvée par la personne qui se prévaut de cette disposition (arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 78). Il faut ainsi établir, premièrement, qu'il existe un accord entre entreprises, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises; deuxièmement, que celui-ci ou celle-ci a pour objet ou pour effet une restriction sensible de la concurrence; et, troisièmement, que le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, cette dernière exigence visant seulement à déterminer le champ d'application du droit communautaire (arrêt Société technique minière, précité, p. 359; arrêt de la Cour du 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307, point 176; arrêt Bayer/Commission, point 47 supra, point 174).

56 En l'espèce, GSK soutenant que la Commission a fait application de l'article 81, paragraphe 1, CE à un comportement ne constituant pas un accord au sens de cette disposition, c'est-à-dire un accord restrictif, il convient de rappeler que la question de l'existence d'un accord entre entreprises et celle du caractère restrictif de cet accord sont distinctes et doivent donc être examinées séparément (voir, en ce sens, arrêt Société technique minière, point 55 supra, p. 358 et 359).

57 À cet égard, le juge saisi d'une demande d'annulation d'une décision d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE se livre à un entier contrôle de l'examen effectué par la Commission (arrêt de la Cour du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission, 42/84, Rec. p. 2545, point 34, et arrêt Bayer/Commission, point 47 supra, point 62), à moins que cet examen implique une appréciation économique complexe, auquel cas le contrôle est restreint à la vérification de l'absence de détournement de pouvoir, du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de ces faits (arrêt Remia e.a./Commission, précité, point 34, et arrêt Aalborg Portland e.a./Commission, point 55 supra, point 279).

58 Par ailleurs, ce contrôle s'exerce exclusivement au regard des éléments de fait et de droit existant à la date d'adoption de la décision attaquée (arrêts de la Cour du 7 février 1979, France/Commission, 15/76 et 16/76, Rec. p. 321, point 7, et du Tribunal du 28 février 2002, Atlantic Container Line e.a./Commission, T-395/94, Rec. p. II-875, point 252), sans préjudice de la possibilité offerte aux parties, dans l'exercice de leurs droits de la défense, de les compléter par des éléments de preuve postérieurs à cette date, mais constitués spécifiquement en vue d'attaquer cette décision ou de la défendre (arrêt du Tribunal du 21 septembre 2005, EDP/Commission, T-87/05, Rec. p. II-3745, point 158; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour du 22 octobre 1986, Metro/Commission, 75/84, Rec. p. 3021, ci-après l'«arrêt Metro II», points 75 et 78, et arrêt Atlantic Container Lines e.a./Commission, précité, point 254).

59 En l'espèce, il en résulte que les éléments de fait n'existant pas à la date d'adoption de la Décision, en particulier les informations chiffrées relatives à la période 2001/2005, et les éléments de preuve n'existant pas à cette même date et n'ayant pas

été constitués spécifiquement aux fins d'attaquer la Décision ou de la défendre en ce qu'elle conclut à l'existence d'une infraction, en particulier les études appréhendant de manière générale les effets du commerce parallèle de médicaments dans la Communauté, autres que celles produites pendant la procédure administrative, sont à écarter d'emblée des débats.

2. Sur l'existence d'un accord entre entreprises

a) Contenu de la Décision

60 La Commission a retenu, au considérant 109 de la Décision, que les conditions générales de vente constituaient un accord conclu entre GW et l'ensemble des grossistes espagnols y ayant souscrit.

b) Arguments des parties

61 GSK fait valoir que les conditions générales de vente ne constituent pas un accord.

62 En effet, GW et les grossistes espagnols signataires des conditions générales de vente n'auraient pas manifesté une volonté indépendante, dans la mesure où le prix de gros des médicaments pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie leur est imposé par la réglementation espagnole à cet égard.

63 En outre, ils n'auraient pas manifesté une volonté concordante de restreindre la concurrence, mais simplement une volonté concordante de vendre et d'acheter des médicaments selon les termes stipulés par les conditions générales de vente.

64 La Commission, soutenue par les intervenantes, conteste le bien-fondé de ces arguments.

c) Appréciation du Tribunal

65 Les arguments de GSK conduisent à examiner en premier lieu si GW et les grossistes espagnols ont manifesté une volonté indépendante par rapport à la réglementation espagnole relative au prix de gros des médicaments pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie, et donc si la Commission était bien en présence d'un comportement d'entreprises et non d'un comportement d'État. Le cas échéant, ils conduisent à examiner en second lieu si GW et ces grossistes ont manifesté une volonté concordante, et donc si la Commission était bien en présence d'un comportement bilatéral et non de comportements unilatéraux.

Sur l'indépendance des volontés

66 L'article 81, paragraphe 1, CE s'applique uniquement aux comportements anticoncurrentiels que les entreprises adoptent de leur propre initiative (arrêts de la Cour du 21 septembre 1988, Van Eycke, 267/86, Rec. p. 4769, point 16; du 11 novembre 1997, Commission et France/Ladbroke Racing, C-359/95 P et C-379/95 P, Rec. p. I-6265, point 33, et du 9 septembre 2003, CIF, C-198/01, Rec. p. I-8055, point 45).

67 Lorsqu'il est nécessaire, pour décider de l'applicabilité de cette disposition, d'évaluer au préalable l'incidence éventuelle d'une réglementation étatique, il convient de déterminer si celle-ci laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par un comportement autonome d'entreprises (arrêt Commission et France/Ladbroke Racing, point 66 supra, points 32 et 35, et arrêt CIF, point 66 supra, point 66).

68 Lorsqu'il apparaît, au terme de cette évaluation, que la réglementation en cause impose un comportement anticoncurrentiel à des entreprises ou élimine toute possibilité de comportement anticoncurrentiel de leur part, l'article 81, paragraphe 1, CE est inapplicable (arrêt Commission et France/Ladbroke Racing, point 66 supra, point 33, et arrêt CIF, point 66 supra, point 67).

69 Lorsqu'il apparaît, en revanche, que cette réglementation laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par un comportement autonome d'entreprises, l'article 81, paragraphe 1, CE demeure applicable (arrêt Commission et France/Ladbroke Racing, point 66 supra, point 34, et arrêt CIF, point 66 supra, point 56).

70 La possibilité d'exclure un comportement donné du champ d'application de cette disposition au motif qu'il est dû à une réglementation étatique a été appliquée de manière restrictive par le juge communautaire (arrêt CIF, point 66 supra, point 67, et arrêt du Tribunal du 30 mars 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commission, T-513/93, Rec. p. II-1807, point 60).

71 Il convient donc de déterminer si la réglementation espagnole impose à GW de pratiquer, dans les contrats qu'elle conclut avec les grossistes espagnols, des prix différenciés selon que les médicaments qu'elle leur vend seront pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie ou non, comme le soutient GSK.

72 Or, il est manifeste que la réglementation espagnole, qui résulte des dispositions combinées du titre VIII de la loi n° 25/1990, d'une part, et du décret n° 271/1990, d'autre part, ne détermine en rien le prix de gros des médicaments non destinés à être pris en charge par le système espagnol d'assurance-maladie. GSK a d'ailleurs admis, tant dans ses écritures qu'à l'audience, que cette constatation, qui découlait implicitement mais nécessairement du silence observé par le texte de la loi n° 25/1990 à l'égard de ces produits, dans sa version applicable lors de l'entrée en vigueur des conditions générales de vente, a été explicitement confirmée par les amendements qui y ont été apportés postérieurement, ainsi que le relèvent les considérants 37 et 139 de la Décision.

73 Ainsi, même en supposant exact l'argument de GSK selon lequel le prix de gros des médicaments destinés à être pris en charge par ledit système est fixé de manière totalement indépendante par l'administration espagnole et s'impose à GW et aux grossistes espagnols, contrairement à ce que soutiennent les intervenantes, il n'en reste pas moins que le comportement consistant à mettre en place, par voie contractuelle, un système de prix différenciés interdisant aux grossistes espagnols traitant avec GW d'acheter à ce prix (prix 4 A) des médicaments qu'ils revendront dans d'autres États membres, et les obligeant à acheter ces produits à un prix supérieur (prix 4 B), n'est aucunement imposé par la réglementation espagnole. Interrogée sur ce point, GSK a d'ailleurs dû en convenir lors de l'audience.

74 Dès lors, il ne peut être retenu que la réglementation nationale en cause a imposé à GW de pratiquer, dans les contrats qu'elle conclut avec les grossistes espagnols, des prix différenciés selon que les médicaments qu'elle leur vend seront pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie ou non.

Sur la concordance des volontés

75 L'article 81, paragraphe 1, CE s'applique uniquement aux comportements d'entreprises de nature bilatérale ou multilatérale (arrêt de la Cour du 8 juillet

1999, Commission/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, points 79 et 112), ceux-ci pouvant constituer des accords, des pratiques concertées ou des décisions d'association.

76 Pour qu'il y ait accord, il suffit que deux entreprises au moins aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée (arrêts de la Cour du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission, 41/69, Rec. p. 661, point 112, et du 11 janvier 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commission, C-277/87, Rec. p. I-45, publication sommaire, point 13; arrêt Bayer/Commission, point 47 supra, points 67 et 173).

77 S'il est par conséquent impératif que les décisions dans lesquelles la Commission fait application de l'article 81, paragraphe 1, CE démontrent l'existence d'une volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée, il n'est en revanche pas exigé, contrairement à ce que soutient GSK, qu'elles établissent celle d'une volonté commune de poursuivre un but anticoncurrentiel.

78 En l'espèce, la Décision conclut à l'existence d'une volonté commune exprimée par GW et les grossistes espagnols ayant souscrit aux conditions générales de vente de se comporter sur le marché de la manière stipulée par l'article 4 de celles-ci, c'est-à-dire de vendre et d'acheter l'un ou l'autre des 82 médicaments auxquels elles s'appliquent au prix 4 A ou au prix 4 B selon que les conditions fixées par le point A de cette stipulation sont réunies ou font défaut.

79 À l'évidence, cette conclusion est confirmée par le dossier, dont il ressort, tout d'abord, que GW a adopté des conditions générales de vente prévoyant un système de prix différenciés. Ensuite, GW a transmis ces conditions générales de vente à 89 grossistes avec lesquels elle entretient des relations commerciales en Espagne. À cette occasion, elle leur a demandé, en soulignant l'importance qu'elle attachait à cette demande, de lui en retourner une copie signée, «pour preuve [de leur]

acceptation», dans un délai impératif. Ces éléments de fait révèlent la volonté exprimée par GW de rechercher l'accord des grossistes espagnols sur ses conditions générales de vente et, donc, de leur faire une offre à leur sujet. Enfin, 75 des 89 grossistes destinataires de cette offre ont effectué les opérations demandées par GW, en signant les conditions générales de vente et en les lui renvoyant dans le délai imparti à cet effet. Ces éléments de fait révèlent la volonté exprimée par ces grossistes d'accepter l'offre de GW et, ainsi, de nouer un accord avec elle, comme GSK l'a d'ailleurs reconnu lors de l'audience.

80 Aucun des arguments avancés par GSK n'apparaît de nature à remettre en cause cette conclusion.

81 En particulier, GSK ne saurait tirer argument du fait que la Commission n'a pas rapporté la preuve de l'existence d'une interdiction formelle d'exporter imposée par GW aux grossistes espagnols, d'une part, et d'un comportement révélant l'acceptation tacite de cette interdiction par lesdits grossistes, d'autre part.

82 En effet, il incombe à la Commission de rapporter la preuve des infractions qu'elle retient en fournissant, dans ses décisions d'application des règles de concurrence, des éléments précis et concordants démontrant, de manière convaincante, l'existence des faits constitutifs de ces infractions (arrêts de la Cour du 28 mars 1984, CRAM et Rheinzink/Commission, 29/83 et 30/83, Rec. p. 1679, point 20, et du 6 janvier 2004, BAI et Commission/Bayer, C-2/01 P et C-3/01 P, Rec. p. I-23, point 62).

83 Ces éléments peuvent constituer des preuves directes, prenant par exemple la forme d'un écrit (arrêt du Tribunal du 15 mars 2000, Cimenteries CBR e.a./Commission, T-25/95, T-26/95, T-30/95 à T-32/95, T-34/95 à T-39/95, T-42/95 à T-46/95, T-48/95, T-50/95 à T-65/95, T-68/95 à T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 et

T-104/95, Rec. p. II-491, point 862, et, sur pourvoi, arrêt Aalborg Portland e.a./Commission, point 55 supra, point 237), ou, à défaut, des preuves indirectes, matérialisées par exemple par un comportement (arrêt Bayer/Commission, point 47 supra, point 73, et, sur pourvoi, arrêt BAI et Commission/Bayer, point 82 supra, point 100).

84 En l'espèce, il a été relevé précédemment que la Commission s'était appuyée sur un échange d'écrits démontrant, sans aucun doute possible, que GW avait offert aux grossistes espagnols de se comporter sur le marché de la manière stipulée par les conditions générales de vente et que la plupart d'entre eux avaient accepté cette offre. Il lui était donc inutile, comme elle l'a encore souligné lors de l'audience, de rechercher d'autres éléments, tels que ceux relatifs au comportement respectif de GW et de ces grossistes.

85 De même, GSK n'est pas fondée à soutenir, en substance, que les grossistes auxquels s'est adressée GW auraient en définitive été en désaccord avec elle.

86 En effet, lorsque, comme en l'occurrence, la Commission a rapporté la preuve de l'existence d'un accord, il incombe à l'entreprise y ayant pris part de rapporter la preuve qu'elle s'en est distanciée, preuve qui doit témoigner d'une volonté claire, et portée à la connaissance des autres entreprises participantes, de se soustraire à cet accord (voir, en ce sens, arrêt BAI et Commission/Bayer, point 82 supra, point 63; arrêt Aalborg Portland e.a./Commission, point 55 supra, points 81 à 84, et arrêt du Tribunal du 11 décembre 2003, Adriatica di Navigazione/Commission, T-61/99, Rec. p. II-5349, points 135 à 138).

87 En l'espèce, s'il est vrai que quelques uns des grossistes espagnols ayant souscrit aux conditions générales de vente ont mis en doute la légalité de celles-ci, comme le relève le considérant 12 de la Décision, il ne ressort pas du dossier que ceux-ci s'en soient distanciés au sens de la jurisprudence. De même, il est vrai que certains d'entre eux ont exporté des médicaments achetés à GW au prix 4 A. Pour autant, il ressort également du dossier que ceux-ci ont finalement accepté de payer les

factures correspondant à la différence entre ce prix et le prix 4 B, à la demande de GSK. En toute hypothèse, ces faits concernent uniquement quelques grossistes et ne permettent donc pas de retenir que tous se sont distanciés de l'accord antérieurement conclu par eux avec GW.

88 Par ailleurs, il est exact que trois associations professionnelles, Aseprofar, l'Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas et Fedifar, ont présenté des plaintes à la Commission et au Servicio de defensa de competencia (service de défense de la concurrence), comme le relève le considérant 3 de la Décision, et que ces associations comptent parmi leurs membres, directs pour les deux premières et indirects pour la troisième, certains des grossistes signataires des conditions générales de vente. Néanmoins, la seule circonstance que des associations professionnelles regroupant, parmi d'autres membres, certains des signataires des conditions générales de vente aient présenté de telles plaintes ne saurait suffire à prouver que l'ensemble des grossistes n'ont pas réellement voulu, ou n'ont plus voulu à compter de la date de dépôt de ces plaintes, s'entendre avec GW.

89 Dès lors, il ne peut être retenu que GW et les grossistes ayant souscrit aux conditions générales de vente n'ont pas manifesté une volonté concordante.

90 Il résulte de ce qui précède qu'il n'apparaît pas, eu égard aux arguments de GSK, que la Commission ait conclu à tort à l'existence d'un accord.

3. Sur l'existence d'une restriction de la concurrence

a) Contenu de la Décision

91 La Commission a retenu, aux considérants 116 à 143 et 189 de la Décision, que l'article 4 des conditions générales de vente avait à la fois pour objet et pour effet de restreindre la concurrence.

92 Examinant dans un premier temps l'objet de cette stipulation, la Commission a tout d'abord relevé, au considérant 116 de la Décision, que celle-ci visait à limiter le commerce parallèle de médicaments commercialisés par GW entre l'Espagne et d'autres États membres. Elle a également constaté, au considérant 117 de la Décision, que la comparaison entre le prix 4 A, applicable aux médicaments destinés à être revendus et pris en charge en Espagne, et le prix 4 B, applicable aux médicaments destinés à être revendus ou pris en charge dans d'autres États membres, révélait que son application aurait pour effet, selon les cas, d'exclure ou d'entraver le commerce parallèle.

93 La Commission a ensuite considéré, aux considérants 117 à 119 de la Décision, que l'article 4 des conditions générales de vente produisait des effets équivalant à ceux d'une interdiction d'exporter dans un nombre considérable de cas tout en empêchant le commerce parallèle dans d'autres cas presque comme le ferait un système de double prix. Elle a également estimé, aux considérants 120 à 123 de la Décision, que l'existence, en Espagne, d'une réglementation étatique relative aux modalités de fixation du prix de gros des médicaments pris en charge par le système national d'assurance maladie n'était pas de nature à modifier cette analyse.

94 La Commission a enfin retenu, aux considérants 124 et 125 de la Décision, que la Cour et le Tribunal avaient toujours qualifié les accords contenant des interdictions d'exporter, des systèmes de double prix ou d'autres limitations du commerce parallèle d'accords restreignant la concurrence de par leur objet, de sorte que l'article 4 des conditions générales de vente était à considérer comme ayant pour objet de restreindre la concurrence.

95 Examinant dans un second temps l'effet de l'article 4 des conditions générales de vente, la Commission a tout d'abord considéré, au considérant 126 de la Décision, que le fait de mettre en place un prix de gros plus élevé en cas d'exportation, auquel s'ajoutaient les coûts de transaction liés à cette opération (expédition, remballage, etc.), tendait à limiter le commerce parallèle envisageable en l'absence de ce prix.

96 La Commission a ensuite estimé, aux considérants 127 à 135 de la Décision, que cette stipulation ne se limitait pas à neutraliser une distorsion de la concurrence imputable au Royaume d'Espagne et n'était pas justifiée par l'existence d'un contexte réglementaire particulier.

97 La Commission a en outre retenu, aux considérants 136 à 140 de la Décision, que les prix différenciés stipulés par l'article 4 des conditions générales de vente avaient pour effet, d'une part, de restreindre la liberté d'action des grossistes opérant dans l'État membre d'origine du commerce parallèle et, d'autre part, de restreindre la concurrence entre ces grossistes et les distributeurs opérant dans l'État membre de destination de ce commerce parallèle.

98 La Commission a enfin évoqué, aux considérants 141 à 143 de la Décision, la mesure dans laquelle les fluctuations monétaires avaient contribué, entre 1996 et 1998, au commerce parallèle de médicaments, en particulier entre l'Espagne et le Royaume-Uni.

b) Arguments des parties

99 GSK fait valoir, en substance, que l'article 4 des conditions générales de vente ne constitue pas une restriction de la concurrence.

100 En premier lieu, elle soutient que la concurrence est faussée d'emblée dans le secteur des médicaments pris en charge par les systèmes nationaux d'assurance maladie et que l'article 4 des conditions générales de vente ne vise qu'à neutraliser cette situation, imputable à l'existence de réglementations étatiques relatives au prix desdits médicaments, d'une part, et à l'absence de réglementation communautaire visant à harmoniser celles-ci, d'autre part.

101 En second lieu, GSK avance que l'article 4 des conditions générales de vente n'a pas pour objet de restreindre la concurrence et que la Commission n'a pas démontré qu'il ait un tel effet, eu égard aux spécificités du marché en cause et, plus globalement, au contexte juridique et économique dans lequel cette stipulation s'inscrit.

102 La Commission, soutenue par les intervenantes, conteste le bien-fondé de ces arguments. Elle estime avoir retenu à juste titre que l'article 4 des conditions générales de vente, qui était de nature à exclure ou à entraver le commerce parallèle, avait pour objet et pour effet de restreindre la concurrence.

c) Appréciation du Tribunal

103 GSK ne conteste pas l'exactitude matérielle des faits sur lesquels s'est fondée la Commission aux fins d'appliquer l'article 81, paragraphe 1, CE, mais l'appréciation qui en a été effectuée par cette institution. L'ensemble de ses critiques se rapporte, en substance, aux conséquences à tirer, lors de l'analyse de l'existence d'une restriction de la concurrence, du contexte juridique et économique propre au secteur des médicaments. Plus particulièrement, ses critiques concernent, en premier lieu, l'état de la concurrence préexistant à l'article 4 des conditions générales de vente et, en second lieu, la restriction de la concurrence imputée à cette stipulation.

Sur l'état de la concurrence préexistant à l'article 4 des conditions générales de vente

104 Ainsi que GSK le fait valoir à juste titre, le secteur des médicaments pris en charge par le système national d'assurance maladie demeure caractérisé, dans nombre d'États membres, par l'existence d'une réglementation allant au-delà de la simple

police d'une activité économique, en particulier en matière de prix (arrêt de la Cour du 29 novembre 1983, Roussel e.a., 181/82, Rec. p. 3849, point 8). La coexistence de ces différentes réglementations étatiques est susceptible de fausser la concurrence (arrêt de la Cour du 5 décembre 1996, Merck et Beecham, C-267/95 et C-268/95, Rec. p. I-6285, point 47). Elle tend en outre à consacrer un certain cloisonnement des marchés nationaux sur ce point (voir, par analogie, arrêt de la Cour du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 24).

105 Toutefois, conformément à la jurisprudence citée aux points 67 à 70 ci-dessus, c'est uniquement lorsque le secteur dans lequel intervient l'accord est soumis à une réglementation excluant la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, faussée ou restreinte par cet accord que l'article 81, paragraphe 1, CE est inapplicable.

106 Or, en l'espèce, il existe une concurrence entre producteurs de médicaments, qui porte principalement sur des paramètres autres que le prix, en particulier l'innovation (arrêt Roussel e.a., point 104 supra, point 9), ainsi que l'a souligné GSK dans ses mémoires et lors de l'audience.

107 En outre, il peut exister une concurrence entre un producteur et ses distributeurs, ou entre commerçants parallèles et distributeurs nationaux, qui tire précisément partie des écarts de prix significatifs auxquels contribuent les réglementations étatiques en cause et qui, lorsque les médicaments sont protégés par un brevet conférant un monopole temporaire à son titulaire, est, jusqu'à l'expiration de ce brevet, la seule forme de concurrence par les prix envisageable en ce qui les concerne, comme GSK l'a également souligné dans ses mémoires.

108 Dès lors, la situation réglementaire décrite par GSK étant susceptible de restreindre la concurrence, mais pas de l'exclure, elle n'a pas pour conséquence de rendre l'article 81, paragraphe 1, CE inapplicable.

Sur la restriction de la concurrence imputée à l'article 4 des conditions générales de vente

109 GSK faisant valoir que la Commission n'a pas correctement tenu compte du contexte juridique et économique pertinent lorsqu'elle a examiné l'existence d'une restriction de la concurrence, il est à relever d'emblée que la concurrence visée par l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE et l'article 81 CE s'entend d'une concurrence efficace, c'est-à-dire de la dose de concurrence nécessaire pour que soient atteints les objectifs du traité. Son intensité peut varier en fonction de la nature du produit en cause et de la structure du marché en cause. En outre, ses paramètres peuvent revêtir une importance inégale, la concurrence par les prix ne constituant pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle il doit, en toutes circonstances, être accordé une priorité absolue (arrêt de la Cour du 25 octobre 1977, Metro/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, ci-après l'«arrêt Metro I», points 20 et 21, et arrêt CIF, point 66 supra, point 68).

110 En conséquence, la caractérisation d'une restriction de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE doit tenir compte du cadre réel et, donc, du contexte juridique et économique dans lequel se déploie l'accord auquel cette restriction est imputée. Une telle obligation s'impose pour en appréhender tant l'objet que l'effet (arrêt Société technique minière, point 55 supra, p. 359 et 360; arrêts de la Cour du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 497, et du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a., C-399/93, Rec. p. I-4515, point 20).

111 Ainsi, lorsque l'examen des clauses d'un accord, effectué dans leur contexte juridique et économique, révèle en lui-même l'existence d'une altération de la concurrence, il peut être présumé que cet accord a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence (voir arrêt Société technique minière, point 55 supra, p. 359 et 362, et arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 497), de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'en examiner l'effet (arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 496, et arrêt Commission/Anic Partecipazioni, point 75 supra, point 99).

112 En revanche, lorsque tel n'est pas le cas, il est nécessaire d'examiner l'effet de cet accord et de prouver, à suffisance de droit, qu'il empêche, restreint ou fausse, actuellement ou potentiellement, la concurrence (arrêt Société technique minière, point 55 supra, p. 359, 360 et 362, et arrêt de la Cour du 28 mai 1998, Deere/Commission, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, points 75 et 77).

113 En l'espèce, il convient d'examiner successivement les arguments de GSK relatifs à l'objet et à l'effet de l'article 4 des conditions générales de vente.

— Sur l'existence d'un objet anticoncurrentiel

114 GSK ne conteste pas que l'article 4 des conditions générales de vente a été mis en place dans l'intention de limiter le commerce parallèle de 82 médicaments commercialisés par GW entre l'Espagne, d'une part, et d'autres États membres, en particulier le Royaume-Uni, d'autre part.

115 Il ressort de la jurisprudence que des accords visant en définitive à interdire le commerce parallèle doivent en principe être considérés comme ayant pour objet d'empêcher la concurrence (arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 496 à 498; arrêts de la Cour du 1er février 1978, Miller International/Commission, 19/77, Rec. p. 131, points 7 et 18; du 12 juillet 1979, BMW Belgium/Commission, 32/78, 36/78 et 82/78, Rec. p. 2435, points 20 à 28 et 31, et Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commission, point 76 supra, point 16).

116 Il en ressort également que des accords visant clairement à réserver un traitement défavorable au commerce parallèle doivent en principe être considérés comme ayant pour objet de restreindre la concurrence (arrêts de la Cour du 8 novembre 1983, IAZ e.a./Commission, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, points 23 à 25, et du 6 avril 2006, General Motors, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, points 67 et 68).

117 Toutefois, c'est à juste titre que GSK soutient que, compte tenu du contexte juridique et économique, la Commission ne pouvait pas s'appuyer sur la seule circonstance que l'article 4 des conditions générales de vente instaurait un système de prix différenciés visant à limiter le commerce parallèle pour en conclure que cette stipulation avait pour objet de restreindre la concurrence.

118 En effet, l'objectif assigné à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui constitue une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur (arrêts de la Cour du 1er juin 1999, Eco Swiss, C-126/97, Rec. p. I-3055, point 36, et du 20 septembre 2001, Courage et Crehan, C-453/99, Rec. p. I-6297, point 20), est d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause (arrêt du Tribunal du 7 juin 2006, Österreichische Postsparkasse et Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commission, T-213/01 et T-214/01, Rec. p. II-1601, point 115; voir également, en ce sens, arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 493, et arrêt de la Cour du 20 juin 1978, Tepea/Commission, 28/77, Rec. p. 1391, point 56). Lors de l'audience, la Commission a d'ailleurs souligné à plusieurs reprises que c'était dans cette perspective qu'elle avait conduit son examen en l'occurrence, en concluant dans un premier temps que les conditions générales de vente restreignaient de toute évidence le bien-être des consommateurs, puis en s'interrogeant dans un second temps sur le point de savoir si cette restriction serait compensée par un surcroît d'efficacité profitant lui-même aux consommateurs.

119 En conséquence, l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE au cas d'espèce ne peut pas dépendre uniquement du fait que l'accord en cause vise à limiter le commerce parallèle de médicaments ou à cloisonner le marché commun, éléments permettant de conclure qu'il affecte les échanges entre États membres, mais requiert en outre une analyse destinée à déterminer s'il a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sur le marché en cause, au détriment du consommateur final. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence citée aux points 111 et 112 ci-dessus, cette analyse, qui peut être abrégée lorsque les clauses de l'accord font apparaître en elles-mêmes l'existence d'une altération de la concurrence, comme la Commission l'a relevé lors de l'audience, doit en revanche être complétée, selon ce qu'exigent les circonstances de l'espèce, lorsque tel n'est pas le cas (arrêt Société technique minière, point 55 supra, p. 358 à 361, et arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 495 à 498).

120 En particulier, dans l'arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, qui a donné naissance à la jurisprudence citée aux points 115 et 116 ci-dessus, la Cour n'a pas jugé, contrairement à ce qu'a soutenu la Commission dans ses mémoires, qu'un accord visant à limiter le commerce parallèle devait être considéré par nature, c'est-à-dire indépendamment de toute analyse concurrentielle, comme ayant pour objet de restreindre la concurrence. Au contraire, la Cour s'est limitée, dans un premier temps, à retenir qu'un accord entre un producteur et un distributeur qui tendrait à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce entre États membres pourrait être de nature à contrarier les objectifs les plus fondamentaux de la Communauté (p. 494), considération qui l'a conduite à rejeter un moyen pris de l'inapplicabilité de l'article 81, paragraphe 1, CE aux accords verticaux (p. 492 à 494). Elle s'est livrée, dans un second temps, à une analyse concurrentielle, abrégée mais réelle, au cours de laquelle elle a notamment relevé que l'accord en cause visait à éliminer toute possibilité de concurrence au niveau du commerce de gros afin de pratiquer des prix soustraits à une concurrence efficace, considérations qui l'ont conduite à rejeter un moyen pris de l'absence de restriction de la concurrence (p. 496 à 498).

121 S'il est acquis, depuis lors, que le commerce parallèle bénéficie d'une certaine protection, ce n'est donc pas en tant que tel mais, comme l'a jugé la Cour, en tant qu'il favorise, d'une part, le développement des échanges, et, d'autre part, le

renforcement de la concurrence (arrêt de la Cour du 16 janvier 1992, X, C-373/90, Rec. p. I-131, point 12), c'est-à-dire, sous ce second aspect, en tant qu'il procure aux consommateurs finals les avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix (arrêt Tepea/Commission, point 118 supra, points 43 et 56). Par suite, s'il est acquis qu'un accord visant à limiter le commerce parallèle doit en principe être considéré comme ayant pour objet de restreindre la concurrence, c'est en tant qu'il peut être présumé qu'il prive les consommateurs finals de ces avantages.

122 Or, compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel se déploient les conditions générales de vente de GSK, il ne peut pas être présumé qu'elles privent les consommateurs finals de médicaments de tels avantages. En effet, les grossistes, dont la fonction est, comme l'a jugé la Cour, d'assurer au commerce de détail un approvisionnement profitant de la concurrence entre producteurs (arrêt Metro I, point 109 supra, point 40), sont des agents économiques opérant à un stade intermédiaire de la chaîne de valeur et sont susceptibles de conserver l'avantage que le commerce parallèle peut comporter en termes de prix, auquel cas celui-ci ne sera pas répercuté sur les consommateurs finals.

123 Une description de ce contexte figure dans la section I de la Décision, consacrée aux faits, et plus particulièrement dans ses sous-sections F, intitulée «Commerce parallèle des produits pharmaceutiques dans la Communauté: incidence des cadres réglementaires nationaux et des fluctuations monétaires», et G, intitulée «Commerce parallèle des produits de GW dans la Communauté: incidence sur ses conditions de vente».

124 La lecture de cette description fait ressortir que les principales caractéristiques du contexte juridique et économique sont les suivantes, ainsi que GSK en est convenue tant dans ses mémoires que lors de l'audience.

125 Premièrement, selon les considérants 31, 36 et 50 de la Décision, le prix des médicaments pris en charge par les systèmes nationaux d'assurance maladie n'est pas déterminé à l'issue d'un processus concurrentiel dans toute la Communauté, mais directement fixé au terme d'une procédure administrative dans la plupart des États membres et indirectement contrôlé par les autres États membres.

126 Deuxièmement, selon le considérant 31 de la Décision, le rapprochement des dispositions nationales applicables en la matière est, à ce stade, limité. De fait, la directive 89/105 s'en tient à disposer que la fixation du prix de ces médicaments, lorsqu'elle est prévue par le droit national, doit intervenir au terme d'une procédure transparente et se fonder sur des critères objectifs et vérifiables. Pour le reste, selon le considérant 50 de la Décision, le droit national peut prévoir la prise en compte de différents critères, en fonction de la politique poursuivie par l'État membre concerné en matière de santé publique et de financement du système national d'assurance maladie, comme l'expose également la directive 89/105. Tel est notamment le cas du droit espagnol, qui, selon les considérants 37 et 38 de la Décision, prévoit la fixation directe d'un prix maximal de gros et la fixation indirecte d'un prix maximal de détail. Pour sa part, le droit du Royaume-Uni ne prévoit pas la fixation des prix, mais, selon les considérants 44 à 46 de la Décision, le contrôle des bénéfices des sociétés pharmaceutiques.

127 Troisièmement, selon les considérants 29 à 31 et 34 de la Décision, les différences existant entre les dispositions nationales applicables en la matière sont une cause structurelle de l'existence d'écarts de prix significatifs entre États membres.

128 Quatrièmement, selon les considérants 30, 32 et 53 de la Décision, la fluctuation des taux de change est une cause conjoncturelle de l'existence de ces écarts de prix. Ce phénomène, qui concernait potentiellement tous les États membres de la Communauté le 6 mars 1998, date à laquelle GSK a notifié les conditions générales de vente à la Commission, concernait encore le Royaume-Uni, le Danemark et la Suède le 8 mai 2001, date à laquelle la Commission a adopté la Décision, ainsi qu'il ressort du considérant 53 de la Décision.

129 Cinquièmement, ces écarts de prix sont eux-mêmes la cause du commerce parallèle de médicaments dans la Communauté, aux termes du considérant 29 de la Décision. Les principaux États membres de destination de ce commerce parallèle sont, ainsi que le précisent les considérants 33 et 34 de la Décision, le Danemark, les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

130 Sixièmement, certains États membres ont adopté des dispositions qui, indépendamment de la question de savoir si elles ont pour objet d'encourager le commerce parallèle — ce que la Commission expose aux considérants 31, 33, 34, 36 et 52 de la Décision, mais que GSK conteste —, peuvent avoir un tel effet. Tel est notamment le cas du Royaume-Uni, où, comme l'indique le considérant 49 de la Décision, le National Health Service rembourse automatiquement aux pharmaciens un montant égal au prix auquel le fabricant commercialise son médicament sur le marché du Royaume-Uni, amputé forfaitairement de 4 à 5 % supposés correspondre aux économies réalisées par les pharmaciens lorsqu'ils se fournissent ailleurs, à moindre prix.

131 Septièmement, ainsi qu'il ressort des considérants 31 et 51 de la Décision, le patient ne supporte, en règle générale, qu'une part limitée, quoique variable d'un État membre à l'autre, du prix des médicaments pris en charge par le système national d'assurance maladie qu'il consomme. Le système national d'assurance maladie en supporte l'essentiel. Tel est notamment le cas au Royaume-Uni, où, d'après le considérant 48 de la Décision, le patient paie 6 livres sterling (GBP) par médicament, à moins d'appartenir à une catégorie de personnes exemptées d'un tel paiement.

132 La Commission renvoie à certains aspects de cette description dans le cadre de l'examen consacré à l'objet de l'article 4 des conditions générales de vente. Elle s'y réfère ainsi, au considérant 117 de la Décision, pour établir l'incidence de cette stipulation sur le commerce parallèle, qui n'est pas contestée. Elle s'y réfère également, au considérant 121 de la Décision, pour expliquer que, contrairement à ce que soutient GSK, les sociétés pharmaceutiques disposent d'un pouvoir de négociation dans le cadre de la procédure espagnole de fixation du prix de gros des médicaments.

133 Toutefois, à aucun moment la Commission n'examine la caractéristique spécifique et essentielle du secteur, qui tient au fait que les prix des produits en cause, soumis au contrôle des États membres, qui les fixent directement ou indirectement aux niveaux qu'ils jugent appropriés, s'établissent à des niveaux structurellement différents dans la Communauté et, contrairement aux prix d'autres biens de consommation auxquels la Commission s'est référée dans ses mémoires et lors de l'audience, tels que les articles de sport ou les motocyclettes, demeurent en toute hypothèse soustraits, dans une mesure importante, au libre jeu de l'offre et de la demande.

134 Cette circonstance fait obstacle à ce qu'il puisse être présumé que le commerce parallèle a une incidence sur les prix pratiqués auprès des consommateurs finals de médicaments pris en charge par les systèmes nationaux d'assurance maladie et leur apporte, à ce titre, un avantage sensible analogue à celui qui serait le sien si ces prix étaient déterminés par le jeu de l'offre et de la demande.

135 Au demeurant, la Commission convient elle-même de l'incidence à première vue ambiguë du commerce parallèle de médicaments sur le bien-être des consommateurs finals, puisqu'elle indique dans sa communication COM(1998) 588 final, du 25 novembre 1999, concernant le marché unique des produits pharmaceutiques, qui est citée au considérant 161 de la Décision et évoquée par les parties dans leurs mémoires et dans leurs réponses aux questions écrites du Tribunal, que, à moins que le commerce parallèle ne puisse exercer un effet dynamique sur les prix, il entraîne des inefficacités, puisque la plus grande partie, quoique pas la totalité, du gain financier revient à celui qui pratique le commerce parallèle plutôt qu'au système de soins de santé ou au patient (p. 6).

136 Dès lors, il ne peut pas être considéré que l'examen de l'article 4 des conditions générales de vente, destiné selon GSK à garantir que le prix de gros fixé par le Royaume d'Espagne soit effectivement appliqué aux seuls médicaments pour lesquels il a été légalement prévu, révèle en lui-même que la concurrence est empêchée, restreinte ou faussée.

137 Aucun des arguments de la Commission et des intervenantes n'apparaît de nature à remettre en cause cette conclusion.

138 En particulier, la Commission ne saurait, comme elle l'a fait aux considérants 118 et 119 de la Décision et dans ses mémoires, se limiter à établir des parallèles avec les accords qu'elle a eu l'occasion d'examiner dans sa pratique décisionnelle antérieure, en estimant que l'article 4 des conditions générales de vente ressemble à ces accords ou leur est assimilable. En effet, une telle démarche fait en définitive abstraction des éléments de contexte juridique et économique décrits ci-dessus, qui font défaut dans les décisions d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE auxquelles la Commission s'est référée.

139 Par ailleurs, la Commission n'est pas fondée à faire valoir que l'existence de la réglementation espagnole relative à la fixation du prix de gros des médicaments n'est en définitive pas déterminante, compte tenu du pouvoir de négociation qu'elle réserverait aux sociétés pharmaceutiques, comme elle l'a fait aux considérants 120 à 123 de la Décision et dans ses mémoires. Elle n'est pas davantage fondée à avancer que la coexistence de réglementations étatiques différentes à ce sujet n'est pas non plus déterminante, eu égard à la jurisprudence (arrêt BMW Belgium/Commission, point 115 supra, point 5, et arrêt du Tribunal du 19 mai 1999, BASF/Commission, T-175/95, Rec. p. II-1581, points 121 à 123 et 136), comme elle l'a également fait dans ses mémoires.

140 En effet, même en supposant que la réglementation espagnole réserve un pouvoir de négociation aux sociétés pharmaceutiques, comme l'ont encore soutenu la Commission et les intervenantes lors de l'audience, il n'en reste pas moins que l'existence de cette réglementation, et sa coexistence avec celles d'autres États membres, a une influence significative sur un paramètre essentiel du jeu de la concurrence (voir, par analogie, arrêt Suiker Unie e.a./Commission, point 104 supra, points 17 et 71), élément de contexte dont il ne peut pas être fait abstraction dans l'analyse concurrentielle.

141 Aucun parallèle ne peut donc être établi entre les affaires évoquées par la Commission, qui, comme cette institution l'a elle-même relevé lors de l'audience, concernaient des mesures de blocage du prix des voitures neuves (arrêt BMW Belgium/Commission, point 115 supra, point 5) ou des produits de repeinture pour voitures (arrêt BASF/Commission, point 139 supra, point 123) en vigueur dans un seul État membre de la Communauté, et la présente affaire, caractérisée par le fait que le prix des produits en cause, fixé en définitive par les États membres, échappe structurellement au jeu de l'offre et de la demande et s'établit à des niveaux structurellement différents dans l'ensemble de la Communauté, nonobstant une concurrence résiduelle qui peut se manifester par le jeu du commerce parallèle.

142 Enfin, il ne peut pas être déduit du point 75 de l'arrêt General Motors/Commission, point 116 supra, évoqué par la Commission dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal et lors de l'audience, qu'il devrait être fait totalement abstraction de la situation de fait rappelée au point précédent.

143 En effet, il résulte du point 75 de cet arrêt que l'absence d'harmonisation fiscale n'empêche pas de conclure qu'un accord destiné à limiter le commerce parallèle de véhicules automobiles a pour objet de restreindre la concurrence, bien qu'elle ait, comme l'a relevé la Commission lors de l'audience, un effet sur le jeu de la concurrence dans ce secteur. En revanche, il n'en résulte aucunement que les réglementations étatiques en cause en l'espèce sont indifférentes à l'analyse concurrentielle, alors qu'elles ont pour objet de soustraire la formation du prix des médicaments pris en charge par les systèmes nationaux d'assurance maladie au jeu de la concurrence.

144 Pour leur part, les intervenantes ne sauraient utilement se prévaloir du fait que, en réalité, les réglementations étatiques en cause ne visent pas à soustraire la formation du prix de ces médicaments au jeu de l'offre et de la demande, mais à pallier l'absence de concurrence due au poids des sociétés pharmaceutiques sur le marché et à garantir l'existence de prix justes, comme elles l'ont fait lors de l'audience.

145 En effet, lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation d'une décision de la Commission faisant application des règles de concurrence, le juge communautaire exerce, conformément à l'article 230 CE, un contrôle sur la légalité de cette décision. Or, les arguments des intervenantes s'appuient sur des faits qui n'ont été ni mentionnés ni, à plus forte raison, examinés par la Commission dans la Décision. Il n'appartient pas au Tribunal de se substituer à celle-ci en les examinant d'emblée.

146 En outre, ces arguments sont à confronter aux arguments de GSK selon lesquels les réglementations étatiques en matière de brevets visent à permettre aux sociétés pharmaceutiques de rentrer dans leurs coûts de recherche et de développement (ci-après la «R & D») en leur conférant un monopole temporaire, à l'issue duquel les fabricants de médicaments génériques restaurent la concurrence par les prix, de sorte que les commerçants parallèles, qui opèrent sur le marché pendant la durée de validité des brevets, sont les vecteurs d'une concurrence artificielle et non d'une concurrence efficace au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE et de l'article 81 CE.

147 En conséquence, la conclusion principale de la Commission, selon laquelle l'article 4 des conditions générales de vente est à considérer comme prohibé par l'article 81, paragraphe 1, CE dans la mesure où il a pour objet de restreindre le commerce parallèle, ne peut pas être retenue. Les prix des médicaments en cause étant soustraits dans une large mesure au libre jeu de l'offre et de la demande du fait de la réglementation applicable et fixés ou contrôlés par les pouvoirs publics, il ne peut pas être d'emblée tenu pour acquis que le commerce parallèle tend à les faire baisser et à accroître ainsi le bien-être des consommateurs finals. L'analyse des termes de l'article 4 des conditions générales de vente, effectuée dans ce contexte, ne permet donc pas de présumer que cette stipulation, qui vise à limiter le commerce parallèle, tend ainsi à réduire le bien-être des consommateurs finals. Dans cette situation en grande partie inédite, le caractère restrictif de concurrence de cet accord ne peut dès lors pas être déduit de la seule lecture de ses termes, effectuée dans son contexte, et ses effets doivent nécessairement être envisagés, ne serait-ce que pour vérifier ce que cette lecture a permis à l'autorité régulatrice de pressentir.

— Sur l'existence d'un effet anticoncurrentiel

148 L'examen de l'effet d'un accord sur la concurrence requiert, en premier lieu, de définir le ou les marchés en cause, du point de vue tant matériel que géographique (arrêt de la Cour du 28 février 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. p. I-935, points 15, 16 et 18).

149 En l'espèce, s'agissant du marché de produits en cause, la Commission a estimé, aux considérants 112 et 113 de la Décision, que, compte tenu des observations de GSK selon lesquelles la nature et la portée du commerce parallèle et des conditions générales de vente pouvaient attester l'existence d'un marché de produits comprenant l'ensemble des médicaments délivrés sur ordonnance, il n'était pas nécessaire de déterminer précisément les parts de marché de GW pour chacun des 82 médicaments en cause. Dans la mesure où la Commission a mis en doute, lors de l'audience, l'existence des observations de GSK sur lesquelles s'appuient ces considérants, il y a lieu de constater que la lecture de la notification complémentaire fait apparaître que la Décision n'est pas entachée d'une erreur de fait sur ce point.

150 S'agissant du marché géographique en cause, la Commission a en définitive estimé, au considérant 114 de la Décision, qu'il était à considérer comme national en raison, notamment, de l'existence, dans les États membres de la Communauté, de différences existant entre les réglementations relatives au prix et au remboursement, les stratégies relatives à la marque et à l'emballage, les systèmes de distribution et les habitudes de prescription.

151 Pour leur part, les marchés affectés par l'accord n'ont pas été explicitement énumérés par la Commission. Il se déduit toutefois des considérants 112 à 114, 117 et 126 de la Décision que, comme la Commission l'a confirmé dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal, il s'agit, d'une part, du marché espagnol, où les

grossistes espagnols sont susceptibles d'acheter des médicaments à GW, et, d'autre part, de tous les marchés nationaux de la Communauté où ils sont susceptibles de les y revendre, c'est-à-dire de ceux vers lesquels le différentiel existant entre le prix espagnol et le prix domestique est suffisant pour rendre le commerce parallèle lucratif.

152 GSK ne conteste pas l'approche adoptée par la Commission à l'égard du marché géographique en cause, comme elle l'a encore confirmé lors de l'audience. Il est donc constant que ce marché, qui s'entend du territoire sur lequel les conditions objectives de concurrence relatives au produit en cause sont, sinon similaires, du moins suffisamment homogènes pour tous les opérateurs économiques (arrêts de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207, points 44 et 53, et du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, Rec. p. II-755, point 91), peut être tenu en l'espèce pour national, compte tenu notamment des différences de réglementations relatives aux prix et au remboursement des médicaments.

153 En revanche, GSK conteste l'approche retenue par la Commission au sujet du marché de produits en cause. Elle soutient que, compte tenu de la réglementation espagnole à cet égard, la Commission aurait dû établir une distinction entre un marché réglementé, comprenant les médicaments destinés à être revendus et pris en charge en Espagne, d'une part, et un marché libre, comprenant les médicaments destinés à être revendus et pris en charge dans tout autre État membre, d'autre part. Toutefois, cette critique n'apparaît pas fondée.

154 Il ressort des considérants 112 et 113 de la Décision que la Commission n'a pas approfondi la question de la définition du marché de produits en cause. Interrogée sur le point de savoir dans quel cadre elle avait raisonné en pratique, la Commission a toutefois indiqué dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal que, tout en estimant qu'il ne lui était pas nécessaire de définir le marché de produits en cause dans la mesure où elle avait pu conclure à l'existence d'un objet anticoncurrentiel, elle avait effectué une définition sommaire de celui-ci.

155 Elle a également expliqué, dans ses réponses puis lors de l'audience, que, tout en n'adoptant pas une approche extrêmement élaborée à cet égard, elle s'en était tenue en définitive à la définition traditionnellement utilisée en la matière, à savoir une définition fondée sur le troisième niveau de la classification anatomique thérapeutique (ATC) élaborée par la European Pharmaceutical Medical Research Association (EphMRA). Celui-ci correspond, ainsi que l'indiquent les considérants 16 et 110 de la Décision, à des sous-groupes définis par rapport à l'indication thérapeutique et aux propriétés pharmacologiques des médicaments concernés.

156 Lorsque le Tribunal statue sur un recours en annulation à l'encontre d'un acte communautaire, il lui appartient d'interpréter lui-même cet acte, notamment lorsque l'institution qui en est l'auteur avance des explications quant à la manière dont il conviendrait de le comprendre (arrêt de la Cour du 2 octobre 2003, Thyssen Stahl/Commission, C-194/99 P, Rec. p. I-10821, points 55 et 56). En l'espèce, une lecture d'ensemble de la Décision fait ressortir que la Commission a, implicitement mais nécessairement, raisonné dans le cadre d'un marché appréhendé comme étant celui de la distribution de médicaments pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie, en tant qu'ils sont susceptibles de faire l'objet d'un commerce parallèle en direction d'autres États membres de la Communauté. Ainsi, c'est de manière globale que la Commission a décrit le commerce parallèle de médicaments commercialisés par GW en Espagne, aux considérants 64 à 71 de la Décision, et l'incidence des conditions générales de vente sur ce phénomène, aux considérants 72 à 75 de la Décision. C'est de la même manière qu'elle a examiné l'effet restrictif de leur article 4, aux considérants 117, 126, 137, 139 et 140 de la Décision, tout en focalisant son attention sur un échantillon de huit médicaments particulièrement susceptibles de faire l'objet d'un commerce parallèle au sujet desquels GSK lui avait fourni des informations. C'est également de la même manière, en définitive, qu'elle a appréhendé le caractère appréciable de cet effet anticoncurrentiel, au considérant 144 de la Décision, ainsi que l'affectation du commerce entre États membres, au considérant 146 de la Décision.

157 Ainsi qu'il ressort des points 13 et 14 de la communication 97/C 372/03 de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5, points 13 et 14), cette institution s'est obligée à définir le marché de produits en cause en tenant principalement compte de la substituabilité du côté de la demande, d'une part, et de l'offre, d'autre part.

158 Concernant le premier aspect, il résulte de l'article 1er, sous a), du règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 336, p. 21), qu'il faut rechercher, dans le cadre d'un accord tel que celui en cause dans la présente affaire, quels sont les produits que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

159 Or, il n'apparaît pas manifestement erroné de considérer que l'acheteur, c'est-à-dire le grossiste espagnol susceptible de se livrer au commerce parallèle, est moins intéressé, à cette fin, par l'indication thérapeutique et par les propriétés pharmacologiques de chacun des médicaments qu'il achète à GW que par le fait que tous ces médicaments sont pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie, en conséquence de quoi leur prix est fixé par l'administration espagnole. De même, il n'apparaît pas manifestement erroné d'estimer que cet acheteur est moins intéressé par le prix de chacun de ces médicaments en tant que tel que par le fait qu'un différentiel de prix suffisant pour rendre le commerce parallèle lucratif existe, pour tous ces médicaments, entre l'Espagne et l'État membre de destination. Dans ces conditions, il n'est pas manifestement erroné de retenir que l'ensemble des médicaments pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie, dont la revente dégage un profit en raison du différentiel de prix existant entre l'Espagne et l'État membre de destination, constitue un marché de produits.

160 S'agissant du second aspect, il peut être constaté que, comme il ressort des observations de GSK sur lesquelles la Commission s'est fondée aux considérants 112 et 113 de la Décision, l'article 4 des conditions générales de vente a été conçu pour appréhender, de manière globale, la question du commerce parallèle de médicaments commercialisés par GW entre l'Espagne et les États membres en direction desquels cette activité peut être lucrative pour les grossistes espagnols.

161 Dès lors, l'existence de la réglementation espagnole se présente, du point de vue tant des acheteurs que de GSK, davantage comme étant le facteur qui donne son unité au marché de produits en cause que comme un élément qui devrait conduire à

distinguer un marché de la distribution de médicaments destinés à une consommation domestique, qui serait réglementé, et un marché de la distribution de médicaments destinés à l'exportation, qui serait libre. En réalité, la distinction proposée par GSK se rattache plutôt au caractère évidemment territorial de la réglementation espagnole et à la dimension nationale du marché géographique en cause, comme elle l'a du reste admis lors de l'audience.

162 Il convient, en second lieu, d'examiner les effets actuels ou potentiels de l'accord sur la concurrence. Cet examen implique de comparer la situation concurrentielle résultant de l'accord et celle qui existerait en son absence (arrêt Société technique minière, point 55 supra, p. 360, et arrêt Deere/Commission, point 112 supra, point 76).

163 En l'espèce, il convient de relever d'emblée qu'il ressort des considérants 26 et 28 de la Décision que l'application des conditions générales de vente, entrées en vigueur le 9 mars 1998, a été suspendue le 16 octobre 1998 et l'est demeurée jusqu'à la date d'adoption de la Décision, comme les parties l'ont rappelé lors de l'audience. Par conséquent, l'examen effectué par la Commission est à interpréter comme principalement consacré à leurs effets potentiels sur la concurrence, comme les parties en sont convenues lors de l'audience.

164 À cet égard, GSK admet que l'article 4 des conditions générales de vente a ou peut avoir pour effet de limiter le commerce parallèle, mais conteste qu'il ait ou puisse avoir pour effet de restreindre la concurrence. Les principaux arguments qu'elle avance concernent, en substance, quatre aspects du raisonnement tenu par la Commission dans la Décision. Premièrement, le fait que l'article 4 des conditions générales de vente limite le commerce parallèle et porte atteinte à la liberté d'action des grossistes espagnols n'impliquerait pas, en soi, qu'il a pour effet de restreindre la concurrence. Deuxièmement, compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel cette stipulation se déploie, le fait qu'elle instaure un système de prix différenciés n'impliquerait pas, en soi, qu'elle a pour effet de restreindre la concurrence. Troisièmement, la Commission se serait contentée de conclure que cette stipulation limitait le commerce parallèle, portait atteinte à la liberté d'action

des grossistes espagnols et imposait des prix différenciés, de sorte qu'elle n'aurait pas démontré, à suffisance de droit, que celle-ci avait pour effet de restreindre la concurrence. Quatrièmement, la Commission n'aurait, en toute hypothèse, pas tenu compte du fait que l'article 4 des conditions générales de vente se limitait à neutraliser une distorsion de la concurrence imputable au Royaume d'Espagne.

165 Il convient de déterminer si ces différentes critiques font apparaître que la Décision a erronément retenu que l'article 4 des conditions générales de vente avait pour effet de restreindre la concurrence.

166 Premièrement, il est constant que, ainsi que le retient le considérant 126 de la Décision, cette stipulation a pour effet de limiter le commerce parallèle de médicaments commercialisés par GW en Espagne. Dans de nombreux cas, il substitue en effet à un prix 4 A significativement inférieur aux prix en vigueur dans certains des États membres autres que l'Espagne un prix 4 B pour lequel le différentiel est moindre ou inexistant. Dans cette mesure, il supprime ou réduit le profit que pourraient dégager les grossistes espagnols en se livrant à une activité d'exportation.

167 Cependant, il convient de rappeler que, considéré en lui-même, le fait qu'un accord ait ou puisse avoir pour effet de limiter le commerce parallèle induit certes une affectation du commerce entre États membres, mais pas nécessairement une restriction de la concurrence. Ce sont les répercussions que cette limitation du commerce parallèle a ou peut avoir sur l'un ou l'autre des paramètres de la concurrence, tels que la quantité dans laquelle un produit est approvisionné ou le prix auquel il est vendu, qui attestent d'une telle restriction (voir, en ce sens, arrêt Tepea/Commission, point 118 supra, points 41, 43 et 56).

168 Ainsi, le fait que, en l'absence de l'article 4 des conditions générales de vente, les grossistes espagnols seraient en mesure d'acheter des médicaments au prix de gros fixé par l'administration espagnole indépendamment de l'État membre dans lequel

ces médicaments sont destinés à être revendus et du système national d'assurance maladie par lequel ils sont destinés à être pris en charge, puis de les revendre dans tout État membre où le prix est suffisamment supérieur au prix espagnol pour leur permettre de réaliser un profit, compte tenu des coûts de transaction, ne permet pas, indépendamment de tout examen de la question de savoir dans quelle mesure le commerce parallèle contribue à la concurrence par les prix, compte tenu du rôle joué par les États membres en la matière, de conclure à l'existence d'un effet restrictif de la concurrence.

169 En conséquence, GSK soutient à juste titre que, après avoir évoqué l'effet de l'article 4 des conditions générales de vente sur le commerce parallèle, la Commission devait encore en démontrer l'effet sur la concurrence.

170 Deuxièmement, il n'est pas contesté que, ainsi que le retiennent les considérants 137 à 139 de la Décision, l'article 4 des conditions générales de vente a pour effet de restreindre la liberté d'action des grossistes espagnols, notamment celle de choisir leurs clients.

171 Cependant, tout accord restreignant la liberté d'action des ou d'une des entreprises qui y participent ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE (arrêts de la Cour du 19 février 2002, Wouters e.a., C-309/99, Rec. p. I-1577, point 97, et du Tribunal du 18 septembre 2001, M6 e.a./Commission, T-112/99, Rec. p. II-2459, point 76). En particulier, tout contrat conclu entre des agents économiques opérant à des stades différents de la chaîne de production et de distribution a pour conséquence de les lier et, par conséquent, de les limiter, selon les termes qu'il stipule, dans leur liberté d'action. En l'occurrence, quel que soit le prix auquel les grossistes espagnols conviennent d'acheter un médicament à GW sur le marché espagnol (prix 4 A ou prix 4 B), ils sont limités dans leur liberté d'action dans la mesure où, d'un point de vue économique, ils ne sont pas durablement en mesure de les revendre à un prix inférieur sur les autres marchés nationaux de la Communauté. Toutefois, l'objectif des règles communautaires de concurrence étant d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur

final des produits en cause (point 118 ci-dessus), il s'impose encore de démontrer que la limitation en question restreint la concurrence, au détriment de ce dernier. Au demeurant, la Commission a elle-même expliqué, lors de l'audience, que la limitation de la liberté d'action des grossistes espagnols était difficilement envisageable isolément et ne constituait que le point de départ de son examen.

172 En conséquence, GSK soutient à juste titre que, après avoir évoqué l'effet de l'article 4 des conditions générales de vente sur la liberté d'action des grossistes espagnols, la Commission devait encore démontrer en quoi cette stipulation avait pour effet de restreindre la concurrence, au détriment du consommateur final.

173 Troisièmement, il n'est pas contesté que l'article 4 des conditions générales de vente établit un système de prix différenciés selon que chacun des 82 médicaments concernés est destiné à être revendu et pris en charge en Espagne, d'une part, ou dans tout autre État membre, d'autre part.

174 Bien que le considérant 139 de la Décision puisse, à première lecture, paraître ambigu sur ce point, il apparaît, à l'examen, que la Commission y a considéré qu'un tel système avait un effet discriminatoire à raison de la destination des produits en cause (marché espagnol, d'une part, autres marchés nationaux, d'autre part). La lecture des mémoires de la Commission confirme cette interprétation. D'une part, le système de prix différenciés mis en place par GW y est comparé à une discrimination de prix prohibitive en fonction du pays de destination, la Commission considérant qu'il aboutit à appliquer des conditions inégales à des prestations équivalentes au sens de l'article 81, paragraphe 1, sous d), CE. D'autre part, la Commission y fait référence à la jurisprudence relative à l'article 82, sous c), CE, dont le libellé est identique à celui de cette disposition.

175 L'article 81, paragraphe 1, sous d), CE interdit les accords consistant à appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence.

176 En l'espèce, il n'est pas douteux que les grossistes espagnols sont des partenaires commerciaux de GW et que celle-ci les soumet à des conditions inégales selon qu'ils revendent ces médicaments en Espagne ou dans d'autres États membres de la Communauté. En revanche, il n'est pas démontré que ces ventes constituent des prestations équivalentes et, donc, que les éléments constitutifs de l'article 81, paragraphe 1, sous d), CE sont réunis.

177 En effet, il ressort de la jurisprudence à laquelle se réfère la Commission que l'article 82, sous c), CE ne s'oppose pas à ce qu'une entreprise en position dominante fixe des prix différents dans les divers États membres, notamment lorsque les écarts de prix se justifient par des variations dans les conditions de la commercialisation et l'intensité de la concurrence, mais lui interdit de pratiquer des différences artificielles de prix dans les divers États membres, de nature à entraîner un désavantage pour ses clients et à fausser la concurrence, dans le contexte d'un cloisonnement artificiel des marchés nationaux (arrêt Tetra Pak/Commission, point 152 supra, point 160, et la jurisprudence citée). Plus généralement, il en ressort que, si le fait qu'une entreprise en position dominante pratique des prix différents peut, en l'absence d'explication objective, constituer l'indice d'une discrimination lorsque ces prix sont appliqués sur un marché géographique donné, caractérisé par des conditions de concurrence suffisamment homogènes, tel n'est pas le cas lorsqu'ils sont appliqués sur des marchés géographiques distincts, caractérisés par des conditions de concurrence insuffisamment homogènes, eu égard notamment au cadre réglementaire pertinent (voir, en ce sens, arrêt United Brands/Commission, point 152 supra, points 44 à 56 et 207, 208, 225, 228 et 233, et arrêt Tetra Pak/Commission, point 152 supra, points 92 à 96 et 161, 164, 165, 167 et 170).

178 Ces considérations peuvent être transposées au cas d'espèce, dans lequel un producteur et ses grossistes s'accordent pour pratiquer des prix différents en fonction de l'État membre dans lequel les produits en cause sont destinés à être revendus et pris en charge. Or, il est constant que chacun de ces États membres constitue un marché distinct, dans la mesure où le marché géographique en cause est national en raison, notamment, des différences de réglementations relatives aux prix et au remboursement des médicaments en cause. La Commission a donc elle-même retenu, dans la Décision, que, lorsqu'il approvisionnait l'un ou l'autre de ces

marchés nationaux, le grossiste espagnol opérait, eu égard notamment au cadre réglementaire pertinent, dans des conditions de concurrence qui, s'agissant du prix, paramètre sur lequel porte précisément l'article 4 des conditions générales de vente, étaient hétérogènes.

179 En conséquence, GSK soutient à juste titre que le constat d'une différence de prix ne suffit pas pour conclure à l'existence d'une discrimination. Il est, en effet, possible qu'elle pratique des prix différents parce qu'il existe des marchés différents et non pour qu'il existe des marchés différents.

180 Une telle explication est d'ailleurs proposée par la Commission elle-même, qui indique dans la communication COM(1998) 588 final, point 135 supra, que les sociétés pharmaceutiques pratiquent une différenciation de prix pour tenir compte des différentes capacités de paiement (p. 6) et, ajoute, de manière générale, qu'il serait extrêmement difficile d'établir un niveau de prix approprié pour toute la Communauté, le choix d'un niveau bas ayant un effet immédiat bénéfique pour les objectifs de maîtrise des dépenses de soins de santé, mais entraînant une diminution constante de la contribution européenne à l'effort d'investissement dans la R & D pharmaceutique, et le choix d'un niveau élevé ayant pour effet de limiter l'accès aux soins des consommateurs et des organismes payeurs de pays qui, en raison des conditions économiques et sociales, n'ont pas les moyens de payer un tel prix (p. 14).

181 Quatrièmement, GSK soutient, en substance, que la Commission n'a démontré d'aucune autre manière que l'article 4 des conditions générales de vente avait pour effet de restreindre la concurrence.

182 Cependant, tel n'est pas le cas. Au contraire, la Commission a conclu, au terme d'un examen relativement sommaire, ainsi qu'elle l'a admis dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal, mais suffisamment complet au regard des faits de

l'espèce (voir point 119 ci-dessus) et des arguments de GSK, que cette stipulation avait également pour effet de réduire le bien-être des consommateurs finals, en les empêchant de tirer avantage, sous la forme d'une baisse des prix et des coûts, de la participation des grossistes espagnols à la concurrence intramarque sur les marchés de destination du commerce parallèle d'origine espagnole.

183 Ainsi, la Commission a constaté, aux considérants 72 à 75 de la Décision, que l'article 4 des conditions générales de vente imposait aux grossistes espagnols achetant les médicaments commercialisés en Espagne par GW de lui payer un prix (prix 4 B) supérieur au prix fixé par l'administration espagnole, qu'ils auraient payé en l'absence des conditions générales de vente (prix 4 A). Cette stipulation a ainsi pour effet de réduire ou de supprimer, dans nombre de cas, le différentiel existant jusqu'alors entre les prix en vigueur en Espagne, d'une part, et dans d'autres États membres de la Communauté, d'autre part. Le nombre de cas concernés est significatif, que l'on fasse abstraction des coûts exposés par les grossistes espagnols lorsqu'ils se livrent au commerce parallèle (transport, remballage, etc.) ou que l'on en tienne compte. GSK ne conteste pas ces constatations de fait.

184 Ensuite, la Commission a constaté, aux considérants 48 et 51 de la Décision, qu'une partie, certes limitée, du prix des médicaments couverts par les conditions générales de vente restait, dans nombre d'États membres, à la charge du patient, qui constituait dans cette mesure un consommateur final, au sens économique du terme, des produits en cause. La Commission a également constaté, aux considérants 49 et 51 de la Décision, que le reste du prix de ces médicaments était pris en charge par le système national d'assurance maladie, qui constituait lui aussi un consommateur final des produits en cause, en tant qu'il mutualisait les risques économiques supportés pour leur santé par les assurés sociaux. La Cour a d'ailleurs déjà relevé la spécificité, sous ce rapport, du commerce des produits pharmaceutiques, caractérisés par la substitution des institutions de sécurité sociale aux consommateurs pour la prise en charge des frais médicaux (arrêt de la Cour du 7 février 1984, Duphar e.a., 238/82, Rec. p. 523, point 20). GSK ne conteste pas ces constatations de fait, dont la Commission a rappelé, lors de l'audience, l'importance dans le cadre du raisonnement qu'elle avait tenu dans la Décision.

185 Même en admettant que la concurrence entre les grossistes espagnols qui se livrent au commerce parallèle, ou entre ces grossistes et les distributeurs implantés sur le marché de l'État membre de destination du commerce parallèle, soit limitée au point de leur permettre de pratiquer des prix de revente qui ne seraient inférieurs à ceux pratiqués par ces derniers que dans la stricte mesure nécessaire pour attirer les détaillants, ainsi que l'expliquent, de manière convaincante, certaines des pièces produites par GSK, la Commission pouvait, comme elle l'a fait au considérant 140 de la Décision, déduire des constatations de fait rappelées aux points précédents que l'article 4 des conditions générales de vente faisait obstacle à cette concurrence et, en substance, à la pression qui aurait existé, en son absence, sur le prix unitaire des médicaments en cause, au détriment du consommateur final, entendu à la fois comme le patient et comme le système national d'assurance maladie, agissant pour le compte de ses ayants droit.

186 Il est vrai que, comme la Commission l'a relevé au considérant 133 de la Décision, puis dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal et lors de l'audience, cette pression, considérée à l'échelle individuelle d'un des marché nationaux affectés par l'article 4 des conditions générales de vente, tel que le marché du Royaume-Uni, peut être marginale. Toutefois, la Commission a également relevé, au considérant 140 de la Décision, que le fait d'y faire obstacle, par le biais d'un accord conclu avec un nombre significatif de grossistes espagnols et affectant un ensemble significatif de produits et de marchés nationaux dans la Communauté, contribuait ou pouvait contribuer, par un effet de réseau, à renforcer la rigidité préexistante des prix sur le marché. Or, un tel renforcement enfreint l'article 81, paragraphe 1, CE (voir, en ce sens, arrêt Metro I, point 109 supra, point 22; arrêt de la Cour du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission, 209/78, Rec. p. 3125, point 139).

187 GSK n'a pas rapporté la preuve d'une erreur à ce sujet. Au contraire, elle a admis lors de l'audience que l'article 4 des conditions générales de vente, bien qu'il ait été principalement destiné à faire obstacle à un transfert de surplus vers les grossistes, pouvait avoir pour effet de réduire le bénéfice, certes restreint, que leur participation à la concurrence intramarque apporte au consommateur final en la matière, sur les marchés de destination du commerce parallèle.

188 Enfin, la Commission a constaté, aux considérants 33, 34, 52 et 134 de la Décision, que certains systèmes nationaux d'assurance maladie tiraient partie, à des degrés divers et selon des modalités différentes, du commerce parallèle pour réduire le coût des médicaments qu'ils prenaient en charge. Bien que GSK conteste que les mesures nationales auxquelles se réfère la Commission ont pour objet d'encourager le commerce parallèle, elle ne conteste pas que celles-ci peuvent induire un tel effet, comme la Commission l'a relevé lors de l'audience sans être contredite. Certaines des pièces qu'elle a produites soulignent au contraire, de manière convaincante, que tel peut être le cas. GSK admet également, en dernier lieu dans ses réponses aux questions écrites et lors de l'audience, l'existence de mesures prises par certains États membres en vue de récupérer une partie des économies réalisées par les officines pharmaceutiques par le biais du commerce parallèle.

189 En se focalisant sur l'exemple du Royaume-Uni, qui constituait selon GSK le principal marché cible du commerce parallèle de médicaments commercialisés en Espagne par GW, la Commission pouvait en déduire, au considérant 134 de la Décision, que l'article 4 des conditions générales de vente avait pour effet de priver les systèmes nationaux d'assurance maladie de l'avantage qu'ils auraient tiré, sous la forme d'une réduction des coûts et indépendamment même de toute réduction des prix au détail, de la participation des grossistes espagnols à la concurrence intramarque. Tout en soulignant le caractère réduit de cet effet, GSK en a d'ailleurs admis l'existence lors de l'audience. Elle a également admis qu'un tel effet pouvait se produire dans des États membres autres que le Royaume-Uni.

190 Dès lors, il doit être conclu que la Commission a pu retenir, au vu d'éléments dont la pertinence n'a pas été valablement remise en cause par GSK, que l'article 4 des conditions générales de vente avait pour effet de réduire le bien-être des consommateurs finals en les empêchant de tirer avantage, sous la forme d'une baisse des prix et des coûts, de la participation des grossistes espagnols à la concurrence intramarque sur les marchés nationaux de destination du commerce parallèle d'origine espagnole.

191 Aucun des arguments de GSK n'apparaît de nature à remettre en cause cette conclusion.

192 En particulier, son argument fondamental selon lequel l'article 4 des conditions générales de vente est justifié parce qu'il neutraliserait une distorsion de la concurrence imputable au Royaume d'Espagne n'est pas fondé. En effet, le fait que le contexte juridique et économique dans lequel opèrent des entreprises contribue à restreindre la concurrence ne peut conduire à admettre que ces entreprises, en empêchant ou en restreignant la concurrence que ce contexte laisse subsister ou engendre, enfreignent à leur tour les règles de concurrence (arrêt Suiker Unie e.a./Commission, point 104 supra, point 620, et arrêt CIF, point 66 supra, point 57).

4. Conclusion

193 Il résulte de ce qui précède que GSK n'est pas parvenue à remettre en cause la conclusion de la Commission selon laquelle les conditions générales de vente constituaient un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE.

194 Il en résulte également que, bien que la conclusion principale de la Commission selon laquelle l'article 4 des conditions générales de vente a pour objet de restreindre la concurrence soit erronée, GSK n'est pas parvenue à remettre en cause sa conclusion subsidiaire selon laquelle cette stipulation avait pour effet de priver les consommateurs finals de l'avantage qu'ils auraient tiré, en termes de prix et de coûts, de la participation des grossistes espagnols à la concurrence intramarque sur les marchés nationaux de destination du commerce parallèle d'origine espagnole.

195 Par conséquent, le moyen pris de la violation de l'article 81, paragraphe 1, CE doit être rejeté.

C — *Sur le moyen pris d'un détournement de pouvoir, de la méconnaissance du principe de subsidiarité et de la violation de l'article 43 CE*

1. Arguments des parties

196 GSK fait valoir, en substance, que, en lui interdisant de prévoir des prix différenciés, la Décision lui impose en définitive de pratiquer les prix fixés par l'administration espagnole aux fins de la vente en gros de médicaments destinés à être revendus en Espagne et pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie, dans le cadre de la vente en gros de médicaments destinés à être revendus dans d'autres États membres ou pris en charge par d'autres systèmes nationaux d'assurance maladie, qui ont leur propre système de contrôle des prix. Ce faisant, elle méconnaîtrait le principe de subsidiarité. En outre, elle violerait le droit d'établissement prévu à l'article 43 CE. Enfin, pour autant que la Commission ait pour but de favoriser ainsi la convergence du prix des médicaments dans la Communauté, elle se rendrait coupable d'un détournement de pouvoir.

197 La Commission, soutenue par les intervenantes, conteste le bien-fondé de ce moyen.

2. Appréciation du Tribunal

198 Il est à relever, en premier lieu, qu'une décision ne peut être tenue pour entachée d'un détournement de pouvoir que lorsqu'il apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, qu'elle a été prise dans le but exclusif, ou tout au moins déterminant, d'atteindre des fins autres que celles excipées (arrêts de la Cour du 21 juin 1958, Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges/Haute autorité, 8/57, Rec. p. 223, 245, et du 11 novembre 2004, Ramondín e.a./Commission, C-186/02 P et C-188/02 P, Rec. p. I-10653, point 44).

199 Or, en l'espèce, il ressort des mémoires de GSK que celle-ci spécule quant au but qu'elle prête à la Commission, mais ne se prévaut pas d'indices permettant d'établir à suffisance de droit que la Décision a été prise dans le but exclusif ou déterminant de favoriser la convergence du prix des médicaments dans la Communauté.

200 En deuxième lieu, l'article 5, deuxième alinéa, CE prévoit que, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

201 Dans le cadre de l'article 81, paragraphe 1, CE, le principe de subsidiarité est concrétisé par la limitation de l'interdiction qui y est prévue aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Ainsi, lorsqu'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait permet d'envisager avec un degré de probabilité suffisant que de tels comportements puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, ces comportements doivent être considérés comme susceptibles d'affecter le commerce entre États membres (arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 495, et arrêt de la Cour du 29 avril 2004, British Sugar/Commission, C-359/01 P, Rec. p. I-4933, point 27), de sorte qu'il est approprié que la Communauté intervienne en raison de la dimension et des effets de son action (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, Rec. p. II-4653, points 197 et 198).

202 Lorsque cette action revêt la forme d'une décision de la Commission, celle-ci est donc conforme au principe de subsidiarité lorsqu'elle établit à suffisance de droit que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par l'accord entre entreprises, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée dont elle examine la légalité.

203 Or, en l'espèce, la Commission a en substance retenu, aux considérants 145 et 146 de la Décision, que l'article 4 des conditions générales de vente était susceptible d'affecter le commerce entre États membres dans la mesure où il mettait en place des prix différenciés selon que les grossistes avec lesquels GW nouait des relations commerciales en Espagne destinaient les médicaments qu'ils lui achetaient à la revente en Espagne ou dans d'autres États membres de la Communauté, et GSK ne le conteste pas.

204 En troisième et dernier lieu, l'article 43 CE confère aux ressortissants de tout État membre, auxquels l'article 48 CE assimile les sociétés constituées conformément à la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, la liberté fondamentale (arrêts de la Cour du 6 octobre 1981, Broekmeulen, 246/80, Rec. p. 2311, point 20, et du 31 mars 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, points 28 et 29), de s'établir dans tout autre État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de ce dernier et interdit le maintien ou l'introduction de restrictions à cette liberté.

205 Constituent de telles restrictions toutes mesures nationales, même applicables sans discrimination tenant à la nationalité, qui sont susceptibles de placer les ressortissants des autres États membres dans une situation de droit ou de fait désavantageuse par rapport à celle des ressortissants de l'État membre d'établissement et, ainsi, de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de cette liberté fondamentale, sous réserve des exceptions prévues par le traité et de celles reconnues par la Cour (arrêts de la Cour du 11 mai 1999, Pfeiffer, C-255/97, Rec. p. I-2835, points 18 et 19, et du 21 avril 2005, Commission/Grèce, C-140/03, Rec. p. I-3177, point 27).

206 Or, en l'espèce, GSK demande l'annulation d'une décision d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, qui a été adoptée par la Commission dans l'exercice de la compétence que lui confèrent les règles communautaires de concurrence. Par

nature, pareille décision ne constitue ni ne contient une quelconque mesure nationale susceptible de constituer une restriction interdite par l'article 43 CE. Il est donc inopérant d'invoquer à son encontre la violation de cette disposition (voir, par analogie, s'agissant de l'article 49 CE, ordonnance de la Cour du 23 février 2006, Piau/Commission, C-171/05 P, non publiée au Recueil — Rec. 2006, p. I-37*, point 58).

207 Dès lors, le moyen pris d'un détournement de pouvoir, de la méconnaissance du principe de subsidiarité et de la violation de l'article 43 CE doit être rejeté en son intégralité, ainsi que les conclusions de GSK en ce qu'elles visent l'annulation de l'article 1er de la Décision.

II — *Sur les moyens tendant à l'annulation de l'article 2 de la Décision*

A — *Sur le moyen pris d'une insuffisance de motivation*

1. Arguments des parties

208 GSK fait valoir, en substance, que la Décision est entachée d'une insuffisance de motivation en ce que la Commission n'a pas effectué un examen adéquat des arguments de fait et des éléments de preuve qui lui ont été présentés pendant la procédure administrative au sujet des avantages et des inconvénients respectifs du commerce parallèle et de l'article 4 des conditions générales de vente sur la concurrence dans le secteur des médicaments, comme elle aurait dû le faire compte tenu de l'arrêt Bayer/Commission, point 47 supra.

209 La Commission, soutenue par les intervenantes, conteste le bien-fondé de ce moyen.

2. Appréciation du Tribunal

210 La question du caractère adéquat de l'examen effectué par la Commission dans une décision d'application des règles de concurrence ne relève pas du contrôle de l'existence ou de l'étendue de la motivation de cette décision, mais du contrôle du bien-fondé de ses motifs (arrêt Commission/Sytraval et Brink's France, point 54 supra, point 67, et arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e.a./Commission, T-158/99, Rec. p. II-1, point 97).

211 Or, en l'espèce, GSK fait valoir que la Décision est entachée d'une insuffisance de motivation en ce que l'examen des arguments de fait et des éléments de preuve présentés à l'appui de sa demande d'exemption est inadéquat. Elle conteste donc moins l'insuffisance de la motivation de la Décision que le bien-fondé des motifs consacrés à l'appréciation de cette demande au regard de l'article 81, paragraphe 3, CE.

212 Dès lors, le présent moyen se rattache en réalité au moyen pris de la violation de cette disposition, examiné ci-après.

213 Pour autant que GSK entende également faire valoir que la Décision est insuffisamment motivée s'agissant du rejet de sa demande d'exemption, cette critique n'apparaît pas fondée. En effet, aux considérants 147 à 188 de la Décision, la Commission expose, d'une manière suffisamment développée pour permettre à GSK de comprendre son raisonnement et au juge de contrôler ce dernier, que cette demande est, selon elle, à rejeter au motif que la preuve de la réunion des conditions nécessaires à l'octroi d'une exemption et, au premier chef, d'un gain d'efficacité n'a pas été rapportée à suffisance de droit.

B — *Sur le moyen pris de la violation de l'article 81, paragraphe 3, CE*

1. Contenu de la Décision

214 La Commission a retenu, aux considérants 147 à 189 de la Décision, que GSK n'avait pas prouvé que les conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE étaient réunies en l'espèce.

215 Au titre de la première condition d'application de cette disposition, la Commission a estimé, aux considérants 151 et 154 à 176 de la Décision, que GSK n'avait pas démontré à suffisance de droit que les conditions générales de vente contribueraient à promouvoir le progrès technique ou à améliorer la distribution de médicaments.

216 Au titre de la deuxième condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, la Commission a estimé, aux considérants 177 à 186 de la Décision, que GSK n'avait pas démontré à suffisance de droit qu'une partie équitable du profit susceptible de résulter des conditions générales de vente serait réservée aux utilisateurs.

217 La Commission a ajouté, aux considérants 187 et 188 de la Décision, qu'il n'était pas davantage établi que les conditions générales de vente n'imposaient pas de restriction non indispensable et n'éliminaient pas la concurrence pour une partie substantielle des médicaments en cause.

2. Arguments des parties

218 GSK soutient que la conclusion de la Commission selon laquelle il n'a pas été démontré que les conditions d'octroi d'une exemption étaient réunies est entachée d'erreurs justifiant l'annulation de l'article 2 de la Décision.

219 De manière générale, elle avance, en substance, que la Commission n'a pas sérieusement examiné les arguments de fait et les éléments de preuve appuyant sa demande d'exemption. Elle invoque ensuite des arguments relatifs à chacune des conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE.

220 S'agissant, tout d'abord, de la première de ces conditions, elle fait valoir, d'une part, que la Commission n'a pas sérieusement examiné ses arguments de fait et ses éléments de preuve selon lesquels le commerce parallèle engendrait une perte d'efficacité en réduisant sa capacité d'innovation, tandis que l'article 4 des conditions générales de vente générerait un gain d'efficacité en lui permettant d'accroître sa capacité d'innovation. Elle considère que la Commission a erronément conclu qu'il n'était pas démontré que le commerce parallèle avait un lien avec l'innovation et, en tout état de cause, qu'il avait une incidence sensible sur l'innovation. Elle estime avoir démontré l'existence d'une contribution à la promotion du progrès technique.

221 GSK soutient, d'autre part, que la Commission a erronément conclu qu'il n'était pas démontré que l'article 4 des conditions générales de vente contribuerait à l'amélioration de la distribution de médicaments en limitant le commerce parallèle, qui entraîne des retards de mise sur le marché dans certains États membres, ainsi qu'une répartition sous-optimale des médicaments offerts à la vente par GSK.

222 S'agissant, ensuite, de la deuxième condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, GSK avance que la Commission a erronément conclu qu'il n'apparaissait pas qu'une partie équitable du profit attaché à l'article 4 des conditions générales de vente serait réservée aux utilisateurs. En effet, la Commission aurait mal identifié les utilisateurs, en y incluant les grossistes et en ne tenant pas pleinement compte du rôle joué par les États membres dans le secteur en cause. En outre, elle aurait manifestement mal évalué l'ensemble des avantages que les utilisateurs pourraient attendre de son système de prix différenciés, par comparaison avec la situation qui est la leur du fait du commerce parallèle.

223 En outre, GSK estime avoir clairement démontré que l'article 4 des conditions générales de vente était indispensable, au sens de la troisième condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, à la réalisation des avantages qu'elle en attendait pour les utilisateurs.

224 Enfin, GSK considère avoir démontré que cette stipulation n'aboutirait pas à éliminer une partie substantielle de la concurrence, compte tenu de la nature et de l'intensité de celle-ci, conformément à la quatrième condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE.

225 La Commission, soutenue par les intervenantes, conteste le bien-fondé de ces arguments.

226 Elle fait valoir, en premier lieu, qu'elle a procédé à un examen sérieux et adéquat de l'ensemble des arguments de fait et des éléments de preuve présentés par GSK à l'appui de sa demande d'exemption.

227 Elle soutient, en second lieu, avoir pu conclure que la preuve de l'existence des conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE n'avait pas été rapportée par GSK.

228 À cet égard, elle estime, premièrement, que GSK ne saurait se borner à prétendre que l'accord qu'elle a conclu dans l'intention ou à l'effet d'entraver le commerce parallèle lui permettra de maximiser ses bénéfices commerciaux et d'affecter une partie de ceux-ci au financement de ses activités de R & D. Il lui incomberait au contraire d'établir, au moyen d'éléments suffisants pour emporter la conviction, l'existence d'un lien de causalité objectif, spécifique et direct entre la restriction de la concurrence engendrée par cet accord et des gains d'efficacité propres à la compenser. Or, en l'espèce, la Commission aurait pu retenir qu'un tel lien de causalité n'avait pas été démontré.

229 Deuxièmement, la Commission considère que, à les supposer suffisamment spécifiques pour pouvoir être pris en compte, les arguments de GSK selon lesquels le commerce parallèle perturbe la distribution de médicaments et engendre des retards de mise sur le marché, difficultés auxquelles l'article 4 des conditions générales de vente remédierait, n'ont été étayés à suffisance de droit à aucun moment de la procédure administrative.

230 Troisièmement, la Commission est d'avis, en substance, que les grossistes sont à ranger parmi les utilisateurs et qu'il peut être considéré qu'ils bénéficient, ainsi que les patients et les systèmes nationaux d'assurance maladie, du commerce parallèle. Elle ajoute qu'il n'a en revanche jamais été démontré à suffisance de droit que les utilisateurs bénéficieraient également de l'article 4 des conditions générales de vente.

231 Quatrièmement, la Commission avance que les arguments de GSK ne font pas apparaître que, contrairement à ce qu'elle a retenu dans la Décision, le caractère indispensable de l'article 4 des conditions générales de vente ait été démontré.

232 Cinquièmement, la Commission avance, de même, que les arguments de GSK ne mettent pas sérieusement en cause l'appréciation selon laquelle il n'a pas été démontré que l'article 4 des conditions générales de vente n'aboutirait pas à éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

3. Appréciation du Tribunal

a) Considérations liminaires

233 Tout accord restreignant la concurrence, que ce soit par ses effets ou par son objet, peut en principe bénéficier d'une exemption (arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 496 à 498 et 501 à 505, et arrêt du Tribunal du 15 juillet 1994, Matra Hachette/Commission, T-17/93, Rec. p. II-595, point 85), ainsi que la Commission l'a, du reste, relevé au considérant 153 de la Décision et lors de l'audience.

234 L'application de cette disposition est soumise à certaines conditions, dont la réunion est à la fois nécessaire et suffisante (arrêt Remia e.a./Commission, point 57 supra, point 38, et arrêt Matra Hachette/Commission, point 233 supra, point 104). Il faut, premièrement, que l'accord concerné contribue à améliorer la production ou la distribution des produits en cause, ou à promouvoir le progrès technique ou économique, deuxièmement, qu'une partie équitable du profit qui en résulte soit réservée aux utilisateurs, troisièmement, qu'il n'impose aucune restriction non indispensable aux entreprises participantes et, quatrièmement, qu'il ne leur donne pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

235 En conséquence, la personne qui se prévaut de l'article 81, paragraphe 3, CE doit démontrer que ces conditions sont réunies, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants (arrêt de la Cour du 17 janvier 1984, VBVB et VBBB/Commission, 43/82 et 63/82, Rec. p. 19, point 52, et arrêt Aalborg Portland e.a./Commission, point 55 supra, point 78).

236 Pour sa part, la Commission doit examiner adéquatement ces arguments et ces éléments de preuve (arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 501), c'est-à-dire déterminer s'ils démontrent que les conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE sont réunies. Dans certains cas, ces arguments et ces éléments de preuve peuvent être de nature à l'obliger à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve incombant à la personne se prévalant de l'article 81, paragraphe 3, CE a été satisfaite (arrêt Aalborg Portland e.a./Commission, point 55 supra, point 79). Ainsi qu'elle en convient dans ses mémoires, la Commission doit, en pareil cas, réfuter ces arguments et ces éléments de preuve.

237 En l'espèce, la Commission a concentré son examen sur la première condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, comme elle l'a d'ailleurs souligné dans ses mémoires, puis lors de l'audience. Elle a considéré, aux considérants 151 et 154 à 176 de la Décision, que les arguments de fait et les éléments de preuve présentés par GSK pendant la procédure administrative n'en démontraient pas l'existence.

238 Les arguments de fait et les éléments de preuve présentés par GSK en vue d'établir qu'une partie équitable du profit résultant de ses conditions générales de vente serait réservée aux utilisateurs et, par conséquent, que la deuxième condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE était remplie, ont été écartés par voie de conséquence, comme la Commission l'a confirmé lors de l'audience. En effet, la Commission a retenu, au considérant 179 de la Décision, que, GSK n'ayant pas apporté la preuve que la restriction du commerce parallèle permettait effectivement d'obtenir l'un ou l'autre des avantages requis dans le cadre de la première condition, la deuxième condition ne pouvait, elle non plus, être remplie, de sorte qu'il n'était

pas nécessaire de l'examiner plus avant. Ce n'est qu'ultérieurement, et uniquement à des fins d'exhaustivité, que la Commission a répondu, aux considérants 180 à 186 de la Décision, à certains des arguments avancés par GSK en vue d'établir que le commerce parallèle n'engendrait pas un profit dont une partie équitable était réservée aux utilisateurs.

239 Quant aux troisième et quatrième conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE, elles ont été examinées de façon sommaire, comme la Commission l'a signalé dans ses mémoires, puis lors de l'audience, et également écartées, pour l'essentiel, par voie de conséquence. Ainsi, la troisième condition a été écartée, au considérant 187 de la Décision, au motif que, rien ne prouvant que les conditions générales de vente engendraient des avantages, il s'ensuivait qu'il n'existait aucune contribution dont le caractère indispensable pouvait être analysé. La quatrième condition l'a été, au considérant 188 de la Décision, parce que GSK n'avançait à son propos aucun argument qu'elle n'ait pas déjà fait valoir précédemment et qui n'ait pas déjà été rejeté.

240 Dans ces circonstances, il revient au Tribunal de déterminer avant toute autre chose si la Commission a pu conclure que les arguments de fait et les éléments de preuve appuyant la demande d'exemption de GSK ne démontraient pas que la première condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE était remplie. Ce n'est que dans la négative qu'il lui reviendra également de déterminer si la Commission a pu conclure qu'il n'était pas davantage démontré que les trois autres conditions d'application de cette disposition étaient remplies.

241 À cet égard, le juge saisi d'une demande d'annulation d'une décision d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE se livre, dans la mesure où il est en présence d'appréciations économiques complexes, à un contrôle restreint, quant au fond, à la vérification de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation de ces faits et de l'exactitude des qualifications juridiques qui en sont déduites (arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 501; arrêt Metro I, point 109 supra, point 25; arrêt Remia e.a./Commission, point 57 supra, point 34; arrêt Aalborg Portland e.a./Commission, point 55 supra, point 279).

242 Il lui incombe de vérifier non seulement si les éléments de preuve invoqués sont matériellement exacts, fiables et cohérents, mais également s'ils constituent l'ensemble des données pertinentes à prendre en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (arrêt de la Cour du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 39, et arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, General Electric/Commission, T-210/01, Rec. p. II-5575, points 62 et 63).

243 En revanche, il ne lui appartient pas de substituer son appréciation économique à celle de l'auteur de la décision dont il lui est demandé de contrôler la légalité.

244 Il y a lieu d'observer que la Commission dispose en particulier d'une marge d'appréciation, sur laquelle ne s'exerce qu'un contrôle juridictionnel restreint, dans l'opération consistant, une fois qu'il a été vérifié que l'un des critères au vu desquels l'article 81, paragraphe 3, CE permet d'envisager une exemption était rempli, à effectuer la pondération entre les avantages attendus de la mise en œuvre de l'accord et les inconvénients qu'il comporte pour le consommateur final en raison de son impact sur la concurrence, pondération qui prend la forme d'une mise en balance au regard de l'intérêt général apprécié au niveau communautaire.

245 Par ailleurs, le contrôle exercé sur la décision de la Commission se fait exclusivement au regard des éléments de fait et de droit existant à la date d'adoption de la décision attaquée, sans préjudice de la possibilité offerte aux parties, dans l'exercice de leurs droits de la défense, de les compléter par des éléments de preuve postérieurs à cette date, mais constitués spécifiquement en vue d'attaquer cette décision ou de la défendre (voir point 58 ci-dessus).

246 En l'espèce, il en résulte que les éléments de preuve n'existant pas à la date d'adoption de la Décision et n'ayant pas été constitués spécifiquement aux fins de l'attaquer ou de la défendre en ce qu'elle conclut au rejet de la demande

d'exemption de GSK, en particulier les informations factuelles relatives à la période 2001/2005 et les études intitulées «Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade», réalisée par la York University en mai 2003, «The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis», réalisée par la London School of Economics and Political Sciences en janvier 2004, et «Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union», réalisée par MM. M. Ganslandt et K. E. Maskus en février 2004, sont, comme la Commission l'a souligné à juste titre dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal et lors de l'audience, à écarter d'emblée des débats.

b) Sur la preuve de l'existence d'un gain d'efficacité

247 Pour pouvoir être exempté au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE, un accord doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique. Cette contribution ne s'identifie pas à tous les avantages que les entreprises participant à cet accord en retirent quant à leur activité, mais à des avantages objectifs sensibles, de nature à compenser les inconvénients qui en résultent pour la concurrence (voir, pour une contribution à l'amélioration de la production ou de la distribution, arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 502 et 503; arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, Langnese-Iglo/Commission, T-7/93, Rec. p. II-1533, point 180, et arrêt Van den Bergh Foods/Commission, point 201 supra, point 139; voir également, pour une contribution à la promotion du progrès, arrêt Matra Hachette/Commission, point 233 supra, points 108 à 111).

248 Il appartient donc, en premier lieu, à la Commission d'examiner si les arguments de fait et les éléments de preuve qui lui sont présentés démontrent, de manière convaincante, que l'accord en cause doit permettre d'obtenir des avantages objectifs sensibles (voir, en ce sens, arrêt Metro I, point 109 supra, point 43; arrêt Metro II, point 58 supra, point 55; arrêts du Tribunal M6 e.a./Commission, point 171 supra,

point 143, et du 21 mars 2002, Joynson/Commission, T-231/99, Rec. p. II-2085, points 48 et 49), étant entendu que ceux-ci peuvent se produire non seulement sur le marché en cause, mais également sur d'autres marchés (arrêt du Tribunal du 28 février 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commission, T-86/95, Rec. p. II-1011, point 343).

249 Cette démarche peut impliquer une analyse prospective, auquel cas il convient de rechercher si, au vu des arguments de fait et des éléments de preuve fournis, il apparaît plus probable soit que l'accord en cause doit permettre d'obtenir des avantages objectifs sensibles, soit que tel n'est pas le cas (voir, en ce sens, arrêt Compagnie générale maritime e.a./Commission, point 248 supra, point 365, et arrêt Van den Bergh Foods/Commission, point 201 supra, point 143; voir également, par analogie, arrêt Commission/Tetra Laval, point 242 supra, points 42 et 43, et arrêt General Electric/Commission, point 242 supra, point 64).

250 Le cas échéant, il revient, en second lieu, à la Commission d'apprécier si ces avantages objectifs sensibles sont de nature à compenser les inconvénients identifiés pour la concurrence dans le cadre de l'examen effectué au regard de l'article 81, paragraphe 1, CE (voir, en ce sens, arrêt Van Landewyck e.a./Commission, point 186 supra, points 183 à 185).

251 En l'espèce, GSK a fait valoir que l'article 4 des conditions générales de vente devait permettre d'obtenir des avantages se produisant tant en amont du marché en cause, en favorisant l'innovation, que sur ce marché lui-même, en optimisant la distribution de médicaments. Ces marchés correspondant à différents stades de la chaîne de valeur, le consommateur final susceptible de bénéficier de ces avantages est le même.

252 Il convient donc de déterminer, tout d'abord, si la Commission a pu conclure que les arguments de fait et les éléments de preuve de GSK, dont l'examen impliquait une analyse prospective, ne démontraient pas, avec un degré de probabilité suffisant, que

l'article 4 des conditions générales de vente devait permettre l'obtention d'un avantage objectif sensible de nature à compenser l'inconvénient qu'il comportait pour la concurrence, en favorisant l'innovation.

Sur l'existence d'un avantage objectif sensible

253 Eu égard à la nature des critiques de GSK, il convient, en premier lieu, de présenter les arguments de fait et les éléments de preuve appuyant sa demande d'exemption sur ce point, puis, en second lieu, de contrôler la manière dont la Commission les a examinés.

254 En premier lieu, les considérants 90, 92 à 99, 151 et 154 de la Décision, ainsi que les considérants 64 à 68 de la Décision, auxquels ils renvoient, font succinctement état des arguments présentés par GSK en vue de convaincre la Commission que l'article 4 des conditions générales de vente devait permettre de favoriser l'innovation.

255 Ainsi qu'il ressort de la Décision, ces arguments s'articulent autour de deux axes, étroitement associés et cependant distincts. D'une part, ainsi que l'indique la première phrase du considérant 154 de la Décision, le commerce parallèle de médicaments commercialisés par GW en Espagne engendre une perte d'efficacité pour la concurrence entre marques, dans la mesure où il affaiblit la capacité d'innovation de GSK. D'autre part, ainsi que l'exposent les deuxième et troisième phrases du même considérant, l'article 4 des conditions générales de vente engendrera un gain d'efficacité pour la concurrence entre marques, dans la mesure où il permettra de renforcer la capacité d'innovation de GSK.

256 Ainsi qu'il ressort également de la Décision, ces deux axes de raisonnement sont développés dans la notification de GW, dans la notification complémentaire de GSK et, surtout, dans un certain nombre d'éléments de preuve de nature économique ou économétrique présentés par GSK dans le cours de la procédure administrative, en particulier en réponse à la communication des griefs de la Commission. Ces éléments de preuve ont été produits au dossier, pour la plupart aux annexes des mémoires de GSK, dont ils étayent et complètent le contenu, et pour les autres en réponses aux mesures d'organisation de la procédure. Il s'agit des pièces suivantes:

— l'étude intitulée «Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports», réalisée par London Economics;

— l'étude intitulée «Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements», réalisée par Frontier Economics;

— l'étude intitulée «The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare», réalisée par M. le professeur P. Rey;

— l'étude intitulée «The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique», réalisée par Frontier Economics;

— l'étude intitulée «The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique», réalisée par M. le professeur P. Rey;

— la présentation intitulée «Glaxo Wellcome's R & D budgeting process», faite par M. A. Baxter.

257 Une lecture d'ensemble de la Décision et des autres pièces citées au point précédent fait ressortir que les arguments de GSK, bien qu'ils se répartissent entre différents documents, que leur présentation puisse varier et que leur teneur puisse être plus ou moins développée, eu égard notamment à l'aspect de la communication des griefs critiqué par le document qui les contient, sont, dans leur essence, les suivants.

258 D'une part, selon les documents produits par GSK, le commerce parallèle de médicaments commercialisés en Espagne par GW engendre une perte d'efficacité. En effet:

— le secteur des médicaments sous brevet et pris en charge par un système national d'assurance maladie est caractérisé par le fait que l'innovation constitue le paramètre déterminant de la concurrence entre marques;

— l'innovation est assurée par un niveau de dépenses de R & D à la fois substantiel et supérieur à celui qui caractérise la plupart des autres industries; dans le cas de GSK, ces dépenses représentent environ 14 % du chiffre d'affaires, soit environ 1,3 milliard de GBP;

— l'investissement dans la R & D étant coûteux, risqué et de long terme, il est principalement financé sur fonds propres, plutôt que par l'emprunt; dans le cas de GSK, il est financé exclusivement sur fonds propres;

— le financement de la R & D est tributaire, d'une part, des recettes actuelles et, d'autre part, des recettes escomptées; dans le cas de GSK, la multiplication de sa capacité de financement par 230 dans les années 1980 et 1990 a été rendue possible par l'existence de médicaments à grand succès, en particulier le Zantac, qui représentait 40 % de ses bénéfices mondiaux jusqu'en 1994;

— le commerce parallèle a pour effet de réduire les recettes de la société pharmaceutique concernée (schématiquement, à chaque unité vendue à un prix 100 dans le pays d'origine correspond une unité non vendue à un prix 100 + n dans le pays de destination) et, ainsi, de faire obstacle à la possibilité de pratiquer, pour la totalité des ventes effectuées sur chaque marché national, un prix optimal, c'est-à-dire un prix établi en fonction des préférences propres à chaque État membre;

— cet impact est concentré sur certains produits et sur certains marchés géographiques; dans le cas de GSK, les pertes touchent principalement certains médicaments consommés au Royaume-Uni;

— cet impact est important, compte tenu du différentiel significatif qui existe entre les prix en vigueur dans les différents États membres de la Communauté; en particulier, le différentiel existant entre le prix espagnol et le prix au Royaume-Uni se situait en 1998, pour les huit médicaments principalement visés (point 11 ci-dessus), entre un minimum de 21 et un maximum de 132 %;

— à cet égard, GSK fournit des estimations chiffrées confidentielles relatives au manque à gagner causé par le commerce parallèle originaire de l'ensemble des États membres, dirigé vers le Royaume-Uni et relatif à l'ensemble de ses médicaments, ainsi qu'au manque à gagner causé par le commerce parallèle originaire d'Espagne, dirigé vers le Royaume-Uni et relatif aux huit médicaments principalement visés, pour les années 1996, 1997 et 1998;

— le commerce parallèle a également pour effet de réduire le montant que GSK est autorisée à déduire, au titre de ses investissements de R & D, du montant des bénéfices pris en compte pour déterminer si elle excède le taux maximal de retour sur investissements fixé par le National Health Service; à cet égard, GSK fournit des estimations chiffrées confidentielles du montant de la réduction causée par le commerce parallèle de toutes origines et par le commerce parallèle d'origine espagnole, en 1998;

— le fait que la société pharmaceutique continue, par ailleurs, à réaliser des bénéfices apparemment importants ne prive pas ces arguments de pertinence, dans la mesure où il convient de tenir compte de la méthode de comptabilisation des investissements de R & D, de leur étalement dans le temps, de leur coût moyen et du degré de risque qu'ils présentent;

— le commerce parallèle a enfin pour effet de réduire les capacités de financement de la R & D; à cet égard, GSK fournit des estimations chiffrées confidentielles relatives au pourcentage de ses bénéfices avant impôts qu'elle réinvestit dans la R & D et à la réduction de son budget de R & D à laquelle correspondraient les pertes de recettes causées par le commerce parallèle originaire d'Espagne, destiné au Royaume-Uni et relatif aux huit médicaments principalement visés, pour les années 1996 à 1998;

— le fait que cette réduction soit quantitativement limitée ne prive pas cet argument de pertinence, dans la mesure où il ne s'agit là que de l'impact du commerce parallèle originaire d'Espagne, destiné au Royaume-Uni et relatif aux huit médicaments principalement visés entre 1996 et 1998, et où une réduction quantitativement limitée peut en toute hypothèse avoir des effets qualitatifs importants, notamment en entraînant l'abandon de projets moins rentables ou plus risqués; GSK énumère neuf projets abandonnés de ce fait;

— en contrepartie, le commerce parallèle a peu d'effets positifs, les commerçants parallèles se livrant peu concurrence par les prix et conservant par-devers eux une partie substantielle du différentiel existant entre le prix en vigueur dans l'État membre d'origine et l'État membre de destination, la pression baissière sur les prix étant réduite et le consommateur final en bénéficiant en définitive de manière limitée.

259 D'autre part, selon les documents produits par GSK, l'article 4 des conditions générales de vente engendrera un gain d'efficacité. En effet:

— le coût de la R & D est global et joint en ce sens qu'il correspond à une activité qui est menée à une échelle mondiale et n'est, pour une part importante, pas spécifiquement attribuable à un site de production ou à un produit;

— les sociétés pharmaceutiques n'ont pas la maîtrise de leurs prix dans la plupart des États membres; elles accepteront de desservir un marché national dès lors que le prix fixé par les pouvoirs publics leur permettra de couvrir leur coût marginal, mais elles devront encore parvenir à couvrir, où elles le peuvent, l'intégralité de leur coût global et joint de R & D;

— le système de prix différenciés prévu par l'article 4 des conditions générales de vente permettra de couvrir le coût de R & D en garantissant que les prix sont fixés, sur chaque marché national, au niveau correspondant aux préférences du consommateur final, c'est-à-dire en définitive de l'État membre concerné; en particulier, il permettra d'empêcher que le prix fixé par le Royaume d'Espagne ne s'exporte au Royaume-Uni;

— la forte pression concurrentielle par l'innovation qui prévaut dans le secteur garantit que GSK se comportera comme un opérateur économique rationnel en transformant, dans la mesure nécessaire, ces profits supplémentaires en investissements de R & D.

260 En second lieu, la Commission a retenu, aux considérants 151, 154, 155 et 169 de la Décision, qu'il n'était pas prouvé que le commerce parallèle avait une incidence négative sur les activités de R & D de GSK, et, en tout état de cause, qu'il n'était pas prouvé que le commerce parallèle avait une incidence négative sensible sur ces activités.

261 Ainsi, la Commission a essentiellement examiné, aux considérants 157 à 168 de la Décision, s'il était démontré que le commerce parallèle engendrait une perte d'efficacité, question à laquelle elle a répondu par la négative. Elle n'a donc pas estimé nécessaire d'examiner en détail s'il était démontré que l'article 4 des conditions générales de vente engendrerait pour sa part un gain d'efficacité, cette question n'étant abordée que ponctuellement, au considérant 156 de la Décision.

262 Or, eu égard à la pertinence des arguments de fait et des éléments de preuve présentés par GSK, l'examen consacré par la Commission à la perte d'efficacité attachée au commerce parallèle, à l'ampleur de cette perte d'efficacité et au gain d'efficacité attaché à l'article 4 des conditions générales de vente ne peut pas être tenu pour suffisant pour étayer les conclusions auxquelles la Commission est parvenue sur ces points.

— Sur la pertinence des arguments de fait et des éléments de preuve présentés par GSK

263 Il convient de relever que les arguments de fait de GSK et les éléments de preuve présentés à leur appui paraissent pertinents, fiables et vraisemblables, eu égard à leur

contenu (arrêt Cimenteries CBR e.a./Commission, point 83 supra, point 1838), qui est lui-même corroboré sur plusieurs aspects importants par des documents émanant de la Commission.

264 Ainsi, la communication COM(1998) 588 final, point 135 supra, essentiellement consacrée à l'approfondissement du marché unique dans le secteur pharmaceutique, qui n'est pas en cause ici, fait également état du rapport existant, de l'avis de la Commission, entre l'innovation, le commerce parallèle et la concurrence dans ce secteur. Sa lecture permet de constater que, outre la déclaration citée au point 135 ci-dessus au sujet de l'incidence ambiguë du commerce parallèle sur le bien-être du consommateur final, la Commission y affirme ce qui suit:

— l'industrie pharmaceutique est fondée sur la recherche (p. 3 et 11) et il est manifeste qu'elle se livre, dans le secteur des médicaments sous brevet, à une concurrence très rude sur le plan de l'innovation (p. 16), ce qui amène un flux continu de nouveaux produits sur le marché (p. 11); en revanche, il y a relativement peu de concurrence dynamique sur les prix après le lancement des produits (p. 16);

— l'industrie pharmaceutique doit payer les investissements de R & D (p. 14) et elle a, à cette fin, besoin de parvenir à un niveau de rentabilité suffisant pour pouvoir consacrer à la R & D les ressources nécessaires à la mise au point de produits innovants (p. 17 et 23);

— bien que l'industrie pharmaceutique européenne soit un secteur industriel puissant, le montant des investissements européens de R & D ayant triplé en 1997 par rapport aux dix années précédentes, elle témoigne d'une baisse de

compétitivité apparente, qui se confirme bien que cette situation commence à changer; une des raisons de cette situation est que sa rentabilité globale et son ratio de rentabilité financière paraissent considérablement plus élevés aux États-Unis que dans l'Union européenne (p. 4 et 5);

— pour financer ses activités de R & D, l'industrie pharmaceutique cherche à réaliser des bénéfices au niveau mondial (p. 3);

— il existe d'importantes différences entre les États membres, tant sur le plan des conditions macroéconomiques générales (en particulier le revenu et la richesse nationale par habitant) qu'en ce qui concerne les systèmes de santé; il semble y avoir un rapport positif bien établi entre dépenses de santé et revenus, bien que cette relation ne soit pas parfaite (p. 5);

— il existe également d'importantes différences entre les États membres du point de vue des prix, qui peuvent s'expliquer par un certain nombre de facteurs; un des facteurs responsables de ces différences semble être le degré auquel les États membres ont recours au contrôle des prix, bien qu'il existe aussi des facteurs conjoncturels tels que l'inflation et les fluctuations monétaires (p. 6);

— à cet égard, le passage à l'euro devrait contribuer à la mise en place d'un environnement plus stable pour les pays participant à l'Union économique et monétaire (UEM). Cependant, il rendra aussi beaucoup plus visibles les écarts de prix sur le marché européen existant, ce qui pourrait également inciter les grossistes et les pharmaciens à entreprendre des opérations transfrontalières (p. 9);

— il serait extrêmement difficile d'établir un niveau de prix qui serait approprié pour toute la Communauté. En effet, le choix d'un niveau bas aurait un effet immédiat bénéfique pour les objectifs de maîtrise des dépenses de soins de santé (au moins dans les États où les prix sont élevés actuellement), mais il entraînerait une diminution constante de la contribution européenne à l'effort d'investissement dans la R & D pharmaceutique au niveau mondial, ce qui pourrait provoquer un phénomène de désinvestissement dans l'économie européenne. La fixation d'un niveau de prix élevé aurait pour effet de limiter l'accès aux soins des consommateurs et des organismes payeurs de pays qui, en raison des conditions économiques et sociales, n'ont pas les moyens de payer un tel prix (p. 14);

— les entreprises pharmaceutiques pratiquent une différenciation des prix pour tenir compte des différentes capacités de paiement (p. 6).

265 Certes, ces extraits relatifs au rôle de l'innovation et à l'incidence respective du commerce parallèle et d'une différenciation des prix sur l'innovation ne doivent pas être compris comme signifiant que les arguments de fait de GSK sont nécessairement fondés, ou comme fournissant une image complète et définitive de la position de la Commission sur cette question complexe. Cependant, il n'en reste pas moins qu'ils corroborent une partie de ces arguments et des analyses économiques figurant dans les éléments de preuve produits à leur appui, attestant ainsi de leur fiabilité et de leur vraisemblance.

266 Dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal, la Commission a souligné que la communication COM(1998) 588 final, point 135 supra, indiquait également que, en dépit d'importantes différences de prix entre les États membres, il était nécessaire d'adopter une attitude conforme aux principes du marché unique, ce qui rendait impossible de justifier le recours à des mesures ayant pour effet de perpétuer ou d'accentuer une fragmentation du marché commun suivant les frontières nationales (p. 23). Elle a en outre expliqué que la Décision était en cohérence avec cette approche. Toutefois, cet argument ne peut pas être retenu. Il présume, en effet,

qu'un accord prévoyant que des médicaments sous brevet et pris en charge par les systèmes nationaux d'assurance maladie seront vendus à des prix différents sur différents marchés géographiques, en fonction des préférences du consommateur final qui en supporte le coût, est en toute hypothèse insusceptible de bénéficier d'une exemption. Or, l'article 81 CE ne le prévoit nullement.

267 Sur le plan plus général de la théorie économique, il est à relever que la Commission a produit, à l'annexe de son mémoire en défense, l'«Executive Summary» d'une étude datée du 8 février 1999, réalisée par NERA pour le compte de la direction générale «Marché intérieur et services financiers» de la Commission et intitulée «The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks». Cet extrait, en particulier les considérations figurant en page 5 de celui-ci, corrobore certaines des analyses avancées dans les éléments de preuve fournis par GSK au sujet de l'intérêt qu'une société pharmaceutique pourrait avoir à différencier les prix qu'elle pratique en fonction du marché sur lequel ses médicaments sont commercialisés et des préférences propres aux consommateurs finals.

268 Dans ces conditions, la Commission, qui a elle-même analysé le système de prix différenciés mis en place par l'article 4 des conditions générales de vente comme étant discriminatoire en raison de la destination des médicaments concernés (point 174 ci-dessus), dans le cadre de l'examen qu'elle a conduit au titre de l'article 81, paragraphe 1, CE, ne saurait prétendre, comme elle l'a fait dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal, que cette question n'est pas pertinente dans le cadre de l'examen à conduire au titre de l'article 81, paragraphe 3, CE. Elle ne saurait davantage soutenir que GSK ne l'a pas évoquée pendant la procédure administrative ou pendant la présente procédure. Au contraire, en faisant itérativement valoir qu'elle entend faire obstacle à ce que les prix qui lui sont imposés en Espagne soient exportés vers le Royaume-Uni, GSK renvoie notamment à l'idée selon laquelle elle souhaite mettre en place des prix différenciés afin de garantir que les ventes qu'elle effectuera au Royaume-Uni se feront toutes au prix que cet État membre lui permet de pratiquer et non au prix que le Royaume d'Espagne lui impose.

— Sur la perte d'efficacité attachée au commerce parallèle

269 Il convient de relever que la conclusion selon laquelle il n'est pas démontré que le commerce parallèle engendre une perte d'efficacité en altérant la capacité d'innovation de GSK se fonde sur un examen, figurant aux considérants 155 à 161 de la Décision, qui ne prend pas en considération l'ensemble des arguments de fait et des éléments de preuve pertinemment soumis par GSK, contrairement à ce qu'a soutenu la Commission dans ses mémoires, et n'est pas étayée par des éléments convaincants. Or, s'il n'incombe à l'évidence pas à la Commission d'examiner l'intégralité des arguments qui lui sont fournis, il lui revient en revanche, conformément à la jurisprudence citée aux points 236 et 242 ci-dessus, d'examiner adéquatement tous ceux qui sont pertinents et, en tant que besoin, de les réfuter au moyen d'éléments propres à étayer sa conclusion.

270 Dans leur globalité, ces arguments faisaient ressortir que le problème concurrentiel auquel GSK était confrontée et la solution qu'elle avait cherché à lui apporter étaient, selon elle, les suivants.

271 Premièrement, le secteur des médicaments est caractérisé par l'importance de la concurrence par l'innovation. La R & D y est coûteuse et risquée. Son coût est à la fois un coût fixe (il n'est pas lié au nombre de médicaments vendus), un coût joint (il intervient en amont de la production et de la distribution et n'est, en partie, pas lié à tel ou tel médicament) et un coût global (il n'est pas lié à tel ou tel pays). Son financement se fait le plus souvent sur fonds propres plutôt que par l'emprunt. Il nécessite donc un flux de recettes optimal. L'optimisation des recettes peut être assurée par l'adaptation du prix des médicaments aux préférences des consommateurs finals, lorsque celles-ci diffèrent. La différenciation des prix permet alors de récupérer le coût de R & D auprès des consommateurs finals qui sont prêts à le payer. Cette pratique des prix différenciés, présentée ici sous une forme simplifiée, est connue des économistes sous le nom de «Ramsey Pricing» (prix de Ramsey).

272 Deuxièmement, la mise en œuvre de cette pratique dans le secteur des médicaments est caractérisée par certains traits particuliers. Dès lors que les médicaments sont protégés par un brevet, leur prix peut être maintenu, dans l'intérêt particulier du producteur, à un niveau supérieur au coût marginal pendant la durée de vie du brevet. Toutefois, dès lors que ces mêmes médicaments sont pris en charge par les systèmes nationaux d'assurance maladie, leur prix doit, directement (contrôle des prix) ou indirectement (contrôle des bénéfices), être maintenu, dans l'intérêt général, à un niveau qui ne soit pas excessivement supérieur au coût marginal. La mesure de cet excès reflète la préférence du consommateur final, c'est-à-dire essentiellement le système national d'assurance maladie. Si celui-ci est relativement sensible au prix du médicament, l'excès tendra à être limité; s'il est relativement insensible à ce prix, l'excès tendra à être important. En pratique, ce degré de sensibilité est fonction de paramètres divers, tels que le niveau de vie ou l'état des finances publiques. La fraction du coût de R & D récupérée par les producteurs de médicaments varie donc d'un État membre à l'autre, en fonction des recettes que les prix en vigueur permettent d'en retirer. En l'espèce, c'est au Royaume-Uni que GSK pourrait, compte tenu de la réglementation applicable, récupérer la partie globale et jointe de son coût de R & D.

273 Troisièmement, le commerce parallèle a pour effet de réduire ces recettes, dans une mesure incertaine mais réelle. Cette pratique, connue des économistes sous le nom de «free riding» (parasitisme) est caractérisée par le fait que l'intermédiaire sort du rôle qu'il joue traditionnellement dans la chaîne de valeur pour se muer en arbitragiste et obtenir ainsi une part plus importante du profit. La légitimité de ce transfert de richesse du producteur vers l'intermédiaire n'intéresse pas, en soi, le droit de la concurrence, qui ne se préoccupe que de son incidence sur le bien-être du consommateur final. Dans la mesure où l'intermédiaire participe à la concurrence intramarque, le commerce parallèle peut avoir un effet proconcurrentiel. Toutefois, dans le secteur des médicaments, cette activité se présente elle aussi sous un jour particulier, car elle ne comporte pas de valeur ajoutée significative pour le consommateur final.

274 Quatrièmement, l'article 4 des conditions générales de vente cherche à optimiser les recettes et à neutraliser le commerce parallèle. Il limite la possibilité antérieurement offerte aux grossistes de GW de vendre, en dehors de l'Espagne, des médicaments achetés au prix fixé en vue de la prise en charge par le système espagnol d'assurance

maladie. Il permet donc que les ventes intervenant dans d'autres États membres se fassent au prix déterminé en vue de la prise en charge par leur système national d'assurance maladie respectif. Le maintien du profit chez le producteur engendrera vraisemblablement un gain d'efficacité par rapport à la situation dans laquelle le profit est partagé avec l'intermédiaire, parce que le producteur rationnel qui peut garantir la profitabilité de ses innovations et qui opère dans un secteur caractérisé par une vive concurrence par l'innovation a tout intérêt à réinvestir au moins une partie de son surplus de profit dans l'innovation.

275 Or, la structure même des considérants 155 à 161 de la Décision révèle que la Commission, après avoir reconnu l'importance de la concurrence par l'innovation dans le secteur en cause, a omis de s'engager dans un examen rigoureux des arguments factuels et des éléments de preuve présentés par GSK au sujet de la nature des investissements dans la R & D, des caractéristiques du financement de la R & D, de la capacité de financement de la R & D, de l'incidence du commerce parallèle sur celle-ci et de la réglementation applicable, pour s'en tenir, comme l'indique le considérant 155 de la Décision, à des observations, qui sont pour le moins parcellaires et, comme le fait à juste titre valoir GSK, peu pertinentes ou peu convaincantes.

276 Une telle omission est particulièrement grave lorsque la Commission est appelée à déterminer si les conditions d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE sont remplies dans le cadre d'un contexte juridique et économique, tel que celui caractérisant le secteur pharmaceutique, où le jeu de la concurrence est faussé par la présence de réglementations étatiques. En effet, cette circonstance impose à la Commission d'examiner avec une attention particulière les arguments et les éléments de preuve que lui présente la personne se prévalant de l'article 81, paragraphe 3, CE.

277 Ainsi, la première phrase du considérant 157 de la Décision, consacré aux facteurs à l'origine des décisions relatives à la R & D, s'appuie sur une des études économiques figurant au dossier, mais elle en donne une lecture partielle et peu convaincante. Certes, cette étude indique effectivement que le commerce parallèle n'est pas le

principal facteur à l'origine des décisions relatives à la R & D. Toutefois, elle ajoute aussitôt que ces décisions sont prises, notamment, en fonction du niveau général des bénéfices courants ou de la rentabilité escomptée des produits en cours de développement, comme le relève d'ailleurs la deuxième phrase du même considérant. Or, il s'agit là de facteurs à propos desquels GSK soutient que le commerce parallèle a une incidence négative, ce que la Commission accepte à la troisième phrase du même considérant. Dans ces conditions, la Commission ne pouvait pas omettre d'approfondir son examen à cet égard, au vu des éléments de preuve présentés à l'appui.

278 Pour sa part, la suite du considérant 157 de la Décision, qui se borne à évoquer les possibilités qu'aurait GSK de répondre à la perte d'efficacité que peut lui causer le commerce parallèle en réduisant d'autres postes budgétaires ou en utilisant une partie de ses bénéfices substantiels, ne tient pas lieu de réponse aux arguments selon lesquels GSK a tout intérêt à investir dans la R & D, du fait de la vivacité de la concurrence entre marques, qui repose sur l'innovation, et se trouve dans l'impossibilité de récupérer tout le fruit de cet investissement, afin de réinvestir dans la R & D, du fait du commerce parallèle. Elle fait en outre abstraction des arguments de GSK selon lesquels l'importance de ses bénéfices est à nuancer compte tenu de leur mode de comptabilisation.

279 Dans ces conditions, la question du degré de corrélation entre le commerce parallèle et la R & D ne pouvait pas être traitée sans plus d'approfondissement ni se satisfaire d'une conclusion lapidaire selon laquelle il n'était pas prouvé qu'il existait un lien de cause à effet entre le commerce parallèle (ou sa limitation) et la R & D, comme l'exposent les considérants 151, 154, 155 et 159 de la Décision.

280 La Commission ayant fait fruit, dans ses mémoires, de l'ambiguïté des termes du considérant 169 de la Décision pour expliquer que GSK n'avait pas prouvé non plus l'existence d'un lien entre l'article 4 des conditions générales de vente et le gain d'efficacité qu'elle en attendait, mais celle d'un lien direct entre ces deux éléments, il convient de relever que cet argument, invoqué en dernier lieu à l'audience, ne peut pas être retenu. En effet, cette distinction ne figure pas aux considérants 155 à 161

de la Décision, auxquels le considérant 169 fait référence, puisque ceux-ci concluent sans nuance à l'absence de lien entre les conditions générales de vente et la contribution à la promotion du progrès technique. Au demeurant, cette distinction n'est pas prévue à l'article 81, paragraphe 3, CE, qui permet d'exempter les accords produisant un gain d'efficacité sans établir une distinction selon que cet effet est direct ou indirect, et l'on ne saurait en principe distinguer là où le traité ne distingue pas (arrêt Consten et Grundig/Commission, point 110 supra, p. 493). Conformément à la jurisprudence citée aux points 247 et 248 ci-dessus, tout avantage revêtant la forme d'un gain d'efficacité est donc à prendre en compte, à condition qu'il soit objectif et sensible, et que son existence soit prouvée de manière convaincante.

— Sur l'ampleur de la perte d'efficacité attachée au commerce parallèle

281 Il convient de relever que la conclusion subsidiaire selon laquelle il n'est en tout état de cause pas démontré que le commerce parallèle engendre une perte d'efficacité sensible en altérant la capacité d'innovation de GSK n'est pas étayée de manière convaincante et que l'examen sur lequel elle se fonde, qui figure aux considérants 159 et 162 à 168 de la Décision, ne prend pas en compte l'ensemble des éléments pertinemment avancés à cet égard. En substance, il ressort de cet examen que la perte d'efficacité alléguée par GSK est limitée, d'une part, d'un point de vue temporel, parce qu'elle s'explique moins par les écarts de prix liés à l'existence de réglementations différentes dans les États membres de la Communauté, comme l'indiquent les considérants 162 et 163 de la Décision, que par les fluctuations monétaires survenues entre 1996 et 1998, comme l'indiquent les considérants 164 à 166 de la Décision. Il en ressort également qu'elle est limitée d'un point de vue matériel, comme l'indiquent les considérants 167 à 169 de la Décision.

282 À cet égard, indépendamment du fait que les prix espagnols ne seraient pas sensiblement inférieurs à la moyenne communautaire, qui est évoqué aux considérants 162 et 163 de la Décision et dont la pertinence est limitée dans la mesure où les prix nationaux se situent à des niveaux structurellement différents du fait du pouvoir réglementaire des États membres en la matière et où il n'apparaît

donc manifestement pas satisfaisant, d'un point de vue économique, de raisonner par rapport à une hypothétique moyenne communautaire, il convient de relever que c'est sans examen sérieux que la Commission conclut, en définitive, au caractère ponctuel et limité du commerce parallèle survenu entre l'Espagne et le Royaume-Uni entre 1996 et 1998, aux considérants 164 et 165 de la Décision.

283 Comme il ressort de ses mémoires, GSK ne nie pas que les variations de taux de change, notamment les mouvements spéculatifs ayant visé la GBP à l'approche de la phase finale de l'UEM, ont contribué de manière conjoncturelle au commerce parallèle de médicaments commercialisés par GW en Espagne, entre 1996 et 1998. Cependant, elle maintient que cette incidence conjoncturelle, aussi marquée qu'elle ait pu être, ne constitue qu'un facteur aggravant, dès lors que le commerce parallèle est lié, indépendamment des variations de change, au fait que la coexistence de réglementations nationales différentes se traduit par des prix structurellement différents dans les États membres de la Communauté.

284 Or, cette argumentation est pertinente et les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie sont corroborés tant par les extraits de la communication COM(1998) 588 final figurant au point 264 ci-dessus que par la Décision elle-même. En effet, les considérants 31, 32 et 53 de celle-ci indiquent que les fluctuations monétaires, qui ont par leur nature même une incidence cyclique sur le commerce parallèle, ne constituent qu'un important facteur de complication d'un phénomène qui s'explique, de manière structurelle, par l'existence, dans les différents États membres de la Communauté, de prix différents pour un même médicament.

285 Certes, cette situation n'empêchait pas, en soi, la Commission de considérer le commerce parallèle survenu entre le Royaume d'Espagne et le Royaume-Uni entre 1996 et 1998 comme un cas particulier essentiellement causé par l'appréciation de la GBP par rapport à la peseta espagnole (ESP).

286 Cependant, les données chiffrées citées par la Commission sont trop ambiguës pour pouvoir fonder cette conclusion de manière convaincante. Selon la Décision, la GBP s'est appréciée de 30 % par rapport à l'ESP entre octobre 1996 et avril 1998. Pendant cette période, la part des importations parallèles d'origine espagnole dans le total des importations parallèles destinées au Royaume-Uni est demeurée stable en volume (environ 40 %), tandis que ces importations parallèles augmentaient en valeur (environ 20 millions de GBP en 1996 et environ 42 millions de GBP en 1998). Comme l'a exposé la Commission, en dernier lieu dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal, cela atteste du fait que l'appréciation de la GBP a suscité un flux d'importations parallèles venant d'autres États membres. Toutefois, cela confirme également que, avant comme après l'appréciation de la GBP, la majeure partie (environ 40 %) des importations parallèles destinées au Royaume-Uni est venue d'Espagne, le reste se répartissant entre les autres États membres sources. Elle ne tient dès lors pas lieu de réponse suffisante à l'argument de GSK selon lequel l'appréciation de la GBP, si elle a sans nul doute accru la gravité du problème causé par le commerce parallèle espagnol, n'enlève rien à l'origine structurelle de celui-ci.

287 L'argument avancé par la Commission dans ses réponses aux questions écrites du Tribunal, selon lequel l'accroissement du commerce parallèle d'origine espagnol sur la période 1996/1998 s'expliquerait par l'expiration, le 6 octobre 1995, de la période de transition prévue aux articles 47 et 209 de l'acte d'adhésion du Royaume d'Espagne, pendant laquelle le titulaire d'un brevet pouvait exercer les droits qu'il tirait de ce brevet pour s'opposer à l'importation de médicaments commercialisés par lui-même ou avec son consentement en Espagne, ne modifie pas cette conclusion, dans la mesure où il n'a, à l'évidence, pas trait à la période postérieure à la date de la notification, à laquelle se rapporte l'argumentation de GSK.

288 Enfin, ainsi qu'il ressort des considérants 15, 18 et 55 de la Décision, GSK a indiqué, pendant la procédure administrative, que, bien que les conditions générales de vente soient applicables à 82 médicaments, huit d'entre eux étaient principalement visés par le commerce parallèle. En outre, ainsi qu'il ressort des considérants 22 et 35 de la Décision, GSK a également exposé que ces conditions générales de vente, tout en trouvant à s'appliquer indépendamment de la destination finale des médicaments concernés, visaient principalement les flux de commerce parallèle entre l'Espagne et le Royaume-Uni. Elle a donc essentiellement, quoique pas exclusivement, fourni à la Commission des chiffres concernant, premièrement, les différentiels de prix existant

entre l'Espagne et le Royaume-Uni, deuxièmement, le commerce parallèle de Becloforte, de Beconase, de Becotide, de Flixotide, d'Imigran, de Lamictal, de Serevent et de Ventolín entre l'Espagne et le Royaume-Uni, sur la période 1996/1998 et, troisièmement, l'incidence qu'elle lui prêtait sur ses recettes et sur son budget de R & D. Ces chiffres sont évoqués aux considérants 55, 59 à 67, 70, 83, 92, 98 et 99 de la Décision.

289 Par ailleurs, ainsi qu'il ressort des considérants 70 et 71 de la Décision, GSK a précisé que le commerce parallèle s'effectuait en dehors des canaux de distribution faisant l'objet de contrôles formels et a ajouté que les chiffres fournis à la Commission étaient des estimations, qui pouvaient ne pas être fiables mais qu'il lui était impossible d'affiner. Ces allégations factuelles, réitérées dans la réplique, n'ont pas été contestées.

290 C'est à juste titre que GSK soutient que ces chiffres, outre qu'ils ne sont pas dérisoires, étaient à considérer comme un échantillon témoignant non pas d'une perte d'efficacité ponctuelle et limitée, mais d'une perte plus générale et vouée à se poursuivre.

291 Concernant le premier aspect, il faut rappeler que, lorsqu'elle a examiné si l'article 4 des conditions générales de vente pouvait présenter un inconvénient, la Commission, tout en acceptant de se concentrer sur les huit médicaments principalement visés par le commerce parallèle existant entre l'Espagne et le Royaume-Uni, comme elle l'a indiqué aux considérants 18, 56, 57 et 69 de la Décision, a également tenu compte de l'effet de réseau lié au commerce parallèle d'autres médicaments, et cela entre l'Espagne et d'autres États membres, ainsi que le font ressortir les considérants 72 à 75, 117, 126, 140 et 144 de la Décision. C'est précisément cet effet de réseau qui a rendu significative une restriction de la concurrence qui aurait été marginale à l'échelle du seul Royaume-Uni, selon le considérant 133 de la Décision. Or, la Commission n'explique nullement pourquoi elle devrait suivre une approche différente dans le cadre de l'examen consacré à la question de savoir si l'article 4 des conditions générales de vente peut présenter un avantage et se focaliser exclusivement sur les chiffres qui lui ont été fournis par GSK, compte tenu de la

difficulté qu'il y a à connaître la réalité du commerce parallèle et du fait qu'elle a accepté de considérer les chiffres fournis par GSK comme un échantillon.

292 S'agissant du second aspect, il faut relever que le commerce parallèle est un phénomène qui peut se prolonger au-delà de la brève période appréhendée par la Commission non seulement en raison du caractère durable des écarts de prix qui le permettent, mais aussi du caractère cyclique des variations de change, pour autant qu'elles subsistent. La Commission en convient dans sa communication COM (1998) 588 final, point 135 supra. Elle reconnaît également, dans sa défense, que les fluctuations monétaires restent une réalité en ce qui concerne les États membres qui ne sont pas passés à la troisième phase de l'UEM en 1999, au nombre desquels figure précisément le Royaume-Uni.

293 Dans ce contexte, l'échantillon de chiffres fourni par GSK est révélateur d'une tendance. L'interrogation de la Commission figurant au considérant 168 de la Décision, quant au fait que le chiffre fourni par GSK au sujet de ses pertes de recettes brutes en 1998 pourrait être surestimé, ne remet pas en cause cette conclusion. En effet, le chiffre fourni à ce sujet les 14 décembre 1998 et 14 février 2000 reste supérieur à celui des deux années précédentes, ainsi qu'il ressort du considérant 67 de la Décision. En outre, l'explication de GSK selon laquelle le chiffre antérieurement fourni à ce sujet, le 28 juillet 1998, était une estimation, tandis que le chiffre fourni en décembre 1998 et en février 2000 était réel et s'expliquait par le fait que les conditions générales de vente avaient été appliquées entre le printemps et l'automne de 1998, comme cela ressort des considérants 19, 23, 26, 64, 67 et 168 de la Décision, était suffisamment crédible pour mériter un examen sérieux.

— Sur le gain d'efficacité attaché à l'article 4 des conditions générales de vente

294 Il convient de relever que, comme le soutient à juste titre GSK, la Commission n'a procédé à aucun examen sérieux de ses arguments de fait et de ses éléments de preuve relatifs non plus aux inconvénients du commerce parallèle, mais aux avantages de l'article 4 des conditions générales de vente.

295 Compte tenu de la structure des arguments de GSK, d'une part, et du débat intervenu à ce sujet pendant la procédure administrative, d'autre part, la Décision ne pouvait pas éviter d'examiner, dans un premier temps, si le commerce parallèle engendrait une perte d'efficacité pour l'industrie pharmaceutique en général, et pour GSK en particulier. En effet, ce n'est qu'en l'absence de toute contestation à ce propos que la Commission aurait pu valablement faire l'économie d'un tel examen (voir, par analogie, arrêt Compagnie générale maritime e.a./Commission, point 248 supra, point 345).

296 Cependant, la confrontation des éléments de preuve fournis par GSK et des autres éléments de preuve invoqués par la Commission dans la Décision a fait apparaître clairement que, dans le secteur des médicaments, l'effet du commerce parallèle sur la concurrence est ambigu, dans la mesure où le gain d'efficacité qu'il est de nature à engendrer pour la concurrence intramarque, dont le rôle est limité par le cadre réglementaire applicable, est à rapporter à la perte d'efficacité qu'il est de nature à engendrer pour la concurrence entre marques, dont le rôle est central.

297 Dans ces conditions, la Commission ne pouvait pas s'abstenir d'examiner, dans un second temps, si l'article 4 des conditions générales de vente pouvait permettre de restaurer la capacité d'innovation de GSK et d'engendrer, à ce titre, un gain d'efficacité pour la concurrence entre marques.

298 Tel était d'ailleurs le cœur même de l'analyse prospective à laquelle la Commission se devait de procéder pour répondre à la demande d'exemption de GSK. La jurisprudence constante citée au point 247 ci-dessus commande en effet de déterminer si l'accord interdit en raison de l'inconvénient qu'il comporte pour la concurrence (article 81, paragraphe 1, CE) présente un avantage de nature à compenser celui-ci (article 81, paragraphe 3, CE).

299 Il appartenait donc encore à la Commission d'examiner les arguments de GSK relatifs aux avantages attendus de l'article 4 des conditions générales de vente. À cet égard, le considérant 156 de la Décision, seul considérant susceptible d'attester d'un examen à ce sujet, indique pour l'essentiel:

«Les entreprises pharmaceutiques sont totalement libres de décider combien elles souhaitent investir dans la R & D. Toutes les économies qu'elles pourraient — théoriquement — réaliser en empêchant le commerce parallèle n'entraîneraient donc pas nécessairement des investissements plus élevés dans la R & D. On peut concevoir que ces économies viennent simplement accroître les bénéfices des sociétés. Or, il est clair que la création de profits supplémentaires ne peut à elle seule justifier une exemption. Sinon, l'argument avancé par [GSK] signifierait que la première condition [d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE] serait remplie dès lors qu'un accord, quel qu'il soit, serait réputé contribuer à une augmentation des recettes d'une société engagée dans des activités de R & D. Cette condition deviendrait alors caduque.»

300 Or, GSK n'a pas prétendu que la création de profits supplémentaires devait à elle seule justifier une exemption. Au contraire, elle a soutenu que le commerce parallèle l'empêchait de récupérer les profits nécessaires au financement optimal de sa R & D, que l'article 4 des conditions générales de vente lui permettrait d'accroître ses recettes et qu'elle aurait tout intérêt, compte tenu de la vivacité de la concurrence entre marques, du rôle central de l'innovation dans cette concurrence et des modalités de financement de la R & D, à investir une partie de ce surplus dans la R & D pour devancer ses concurrents ou ne pas se laisser devancer par eux. En d'autres termes, elle a fait valoir que ses conditions générales de vente devaient être exemptées parce qu'elles auraient non pas simplement pour effet immédiat d'accroître ses recettes, mais surtout pour effet dérivé d'accroître sa capacité d'innovation. Par ailleurs, elle a soutenu que cet avantage était à comparer au fait que, lorsqu'il était obtenu par les commerçants parallèles, ce surplus ne se traduisait pas par un avantage parce que, faute d'avoir à se livrer à une véritable concurrence entre eux, les commerçants parallèles diminuaient uniquement les prix dans la mesure nécessaire pour attirer les détaillants et conservaient donc la plupart de ce surplus par-devers eux, comme elle l'a encore fait valoir lors de l'audience.

301 La Commission ne pouvait pas se limiter à écarter d'emblée ces arguments au motif que l'avantage décrit par GSK ne se réaliserait pas nécessairement, comme elle l'a fait au considérant 156 de la Décision, mais devait, conformément à la jurisprudence, examiner aussi concrètement que possible, dans le cadre d'une analyse prospective, si, dans les circonstances de l'espèce et au vu des éléments de preuve qui lui étaient fournis, il apparaissait plus probable que les avantages décrits par GSK se réaliseraient ou, au contraire, que tel ne serait pas le cas (arrêt Compagnie générale maritime e.a./Commission, point 248 supra, point 365). Elle ne pouvait pas considérer, de manière péremptoire et non argumentée, que les arguments de fait et les éléments de preuve présentés par GSK étaient à considérer comme demeurant de l'ordre de l'hypothétique, comme elle l'a soutenu en dernier lieu lors de l'audience.

302 Du reste, la Commission, interrogée sur ce point lors de l'audience, a admis à plusieurs reprises qu'il convenait de raisonner en termes de probabilité, tout en ajoutant qu'il fallait être strict à cet égard et en faisant valoir en substance que, en l'espèce, compte tenu des éléments de preuve fournis, et en particulier des informations chiffrées réunies par GSK, il apparaissait plus probable que l'avantage invoqué ne se réaliserait pas. Toutefois, tel n'est pas le raisonnement tenu par la Décision.

303 Il résulte de ce qui précède que la Décision est entachée d'un défaut d'examen, la Commission n'ayant pas valablement pris en compte l'ensemble des arguments de fait et des éléments de preuve pertinemment soumis par GSK, n'ayant pas réfuté certains de ces arguments alors qu'ils étaient suffisamment pertinents et étayés pour imposer une réponse, et n'ayant pas étayé à suffisance de droit sa conclusion selon laquelle il n'était pas prouvé, d'une part, que le commerce parallèle était de nature à engendrer une perte d'efficacité en altérant sensiblement la capacité d'innovation de GSK et, d'autre part, que l'article 4 des conditions générales de vente était de nature à permettre l'obtention d'un gain d'efficacité en améliorant celle-ci.

Sur la mise en balance

304 Ayant conclu son examen des arguments de fait et des éléments de preuve présentés par GSK en retenant qu'ils ne démontraient pas l'existence d'un avantage objectif

sensible, la Commission n'a pas procédé à l'appréciation complexe (voir point 241 ci-dessus) qu'aurait impliqué l'exercice visant à mettre en balance cet avantage, d'une part, et l'inconvénient pour la concurrence identifié dans le cadre de la partie de la Décision faisant application de l'article 81, paragraphe 1, CE, d'autre part, comme elle l'a souligné à plusieurs reprises lors de l'audience.

305 En effet, elle a estimé, au considérant 151 de la Décision, que GSK n'avait pas prouvé que l'article 4 des conditions générales de vente comportait des avantages et, au considérant 152 de la Décision, que, dans de telles circonstances, aucune mise en balance n'était nécessaire, tout en ajoutant que, en tout état de cause, même si elle devait procéder à un tel exercice, les inconvénients de cette stipulation l'emporteraient sur ses avantages.

306 Or, ainsi qu'il résulte des motifs qui précèdent, la conclusion de la Commission selon laquelle la preuve de l'existence d'un avantage économique sensible n'a pas été rapportée est entachée d'un défaut d'examen (point 303 ci-dessus). Pour sa part, sa conclusion selon laquelle l'article 4 des conditions générales de vente restreint la concurrence n'est fondée que dans la mesure où elle retient que cette stipulation a pour effet de priver les consommateurs finals de médicaments pris en charge par un système national d'assurance maladie de l'avantage qu'ils auraient tiré, en matière de prix et de coûts, de la participation des grossistes espagnols à la concurrence intramarque sur les marchés de destination du commerce parallèle d'origine espagnole (points 147, 190 et 194 ci-dessus).

307 Dès lors, la conclusion de la Commission selon laquelle il n'y a pas lieu de procéder à une mise en balance, qui révélerait en tout état de cause que l'avantage attaché à l'article 4 ne compense pas l'inconvénient qu'il comporte pour la concurrence, ne peut pas être retenue. La Commission se devait de procéder dans un premier temps à un examen adéquat des arguments de fait et des éléments de preuve de GSK, afin de se mettre en mesure d'effectuer dans un second temps l'appréciation complexe qu'appelait la mise en balance de l'inconvénient et de l'avantage attachés à l'article 4 des conditions générales de vente.

Conclusion

308 Il résulte de ce qui précède que la Commission ne pouvait pas légalement conclure que, s'agissant de l'existence d'une contribution à la promotion du progrès technique, GSK n'avait pas démontré que la première condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE était remplie. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments de GSK relatifs à l'existence d'une contribution à l'amélioration de la distribution de médicaments.

c) Sur la preuve de l'existence d'une répercussion sur l'utilisateur, du caractère indispensable de l'article 4 des conditions générales de vente et de l'absence d'élimination de la concurrence

309 Ainsi que cela a été relevé précédemment (points 237 à 239 ci-dessus), il ressort de la Décision et des débats que les conclusions sommaires auxquelles la Commission est parvenue au sujet de l'existence d'une répercussion sur l'utilisateur, du caractère indispensable de l'article 4 des conditions générales de vente et de l'absence d'élimination de la concurrence reposent sur celle relative à l'existence d'un gain d'efficacité.

310 Dans la mesure où cette dernière est entachée d'illégalité, en ce qu'elle porte sur l'existence d'une contribution à la promotion du progrès technique, ces conclusions sont elles-mêmes invalides.

311 Dans la mesure où, lorsqu'elle a examiné le point de savoir si l'article 4 des conditions générales de vente éliminerait ou non la concurrence pour une partie substantielle des produits, la Commission a ajouté, au considérant 188 de la

Décision, que, en tout état de cause, pour plusieurs des principaux produits affectés par ses conditions générales de vente, GSK détenait des parts de marché substantielles (par exemple pour le Zofran, le Flixonase, le Zovirax, l'Imigran) dans un ou plusieurs États membres, il convient encore de contrôler cette appréciation.

312 À cet égard, il convient de constater que, lors de l'audience, la Commission a reconnu ne pas avoir véritablement tranché la question du pouvoir de marché dont disposait GSK et a ajouté qu'il lui aurait été nécessaire de poursuivre l'analyse pour se déterminer sur ce point.

313 De fait, compte tenu du contexte juridique et économique propre au secteur sous examen, la détention de parts de marché substantielles, qui se limite du reste à certains des produits en cause, la Commission s'en tenant à fournir quatre exemples, ne permet manifestement pas, à elle seule, de conclure de manière convaincante à l'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

314 En effet, indépendamment de la question de la définition du marché de produits en cause, débattue par les parties, plusieurs éléments invoqués par GSK pendant la procédure administrative, puis dans ses mémoires, sont de nature à faire obstacle à l'automaticité d'une telle conclusion.

315 En particulier, l'argument de GSK auquel il est fait référence au considérant 188 de la Décision, qui renvoie au considérant 104 de la Décision, n'était pas dépourvu de pertinence au point que la Commission pouvait s'abstenir d'en faire une appréciation spécifique au titre de la quatrième condition d'application de l'article 81, paragraphe 3, CE. En effet, le fait que l'article 4 des conditions générales de vente fasse obstacle à la pression limitée qui pourrait exister, en raison du commerce parallèle d'origine espagnole, sur le prix et sur le coût des médicaments dans les marchés géographiques de destination est à rapporter aux faits, invoqués par GSK et non contestés par la Commission, que la concurrence par l'innovation

est très vive dans le secteur et que la concurrence par les prix existe sous une autre forme, bien qu'elle n'intervienne, conformément à la loi, que lorsque l'expiration du brevet permet l'entrée des fabricants de médicaments génériques sur le marché. Dans ces conditions, il convenait encore, conformément à la jurisprudence citée au point 109 ci-dessus, d'apprécier à quelle forme de concurrence il devait être donné priorité en vue de garantir le maintien d'une concurrence efficace recherché par l'article 3, paragraphe 1, sous g), CE et l'article 81 CE.

4. Conclusion

316 Il résulte de ce qui précède que le moyen pris de la violation de l'article 81, paragraphe 3, CE doit être accueilli et, par conséquent, qu'il doit être fait droit aux conclusions de GSK en ce qu'elles visent l'annulation de l'article 2 de la Décision, sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen pris de la méconnaissance du principe de proportionnalité.

317 Dès lors, la Décision doit être annulée en ce qu'elle rejette, en son article 2, la demande d'exemption présentée par GSK.

318 L'éventualité que les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, CE soient inapplicables à l'article 4 des conditions générales de vente de GSK, en vertu de l'article 81, paragraphe 3, CE, ne pouvant pas être exclue, il y a lieu également d'annuler par voie de conséquence la Décision en ce qu'elle enjoint à GSK, en son article 3, de mettre fin sans délai à cette infraction si tel n'est pas déjà le cas et, en son article 4, d'informer la Commission des mesures prises à cet effet.

319 Conformément à l'article 233, premier alinéa, CE, la Commission est tenue de prendre les mesures que comporte l'exécution du présent arrêt.

320 À cette fin, bien que la procédure de notification prévue par le règlement n° 17 n'existe plus sous l'empire du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO 2003, L 1, p. 1), il lui appartient, eu égard à l'annulation partielle de la Décision et à l'effet rétroactif qui s'y attache, de se prononcer sur la demande d'exemption présentée par GSK en se plaçant à la date de cette dernière [voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 2 mai 2006, O2 (Germany)/Commission, T-328/03, Rec. p. II-1231, points 47 et 48], pour autant qu'elle en demeure saisie.

Sur les dépens

321 L'article 87, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement de procédure dispose que toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

322 L'article 87, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement de procédure dispose notamment que le Tribunal peut répartir les dépens ou décider que chaque partie supporte ses propres dépens si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs.

323 En l'espèce, GSK a succombé en ses conclusions visant à l'annulation de l'article 1er de la Décision. Pour sa part, la Commission, soutenue par les intervenantes, a succombé en ses conclusions visant au rejet du recours en son intégralité.

324 Dans ces conditions, il convient de répartir les dépens. GSK supportera la moitié de ses propres dépens et la moitié des dépens de la Commission, y compris ceux afférents aux interventions. La Commission supportera la moitié de ses propres dépens et la moitié des dépens de GSK, y compris ceux afférents aux interventions. Les intervenantes supporteront leurs propres dépens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre élargie)

déclare et arrête:

1) **Les articles 2, 3 et 4 de la décision 2001/791/CE de la Commission, du 8 mai 2001, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE [Affaires IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (notification), IV/36.997/F3 — Aseprofar et Fedifar (plainte), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (plainte), IV/37.138/F3 — BAI (plainte) et IV/37.380/F3 — EAEPC (plainte)], sont annulés.**

2) **Le recours est rejeté pour le surplus.**

3) **GlaxoSmithKline Services Unlimited supportera la moitié de ses propres dépens et la moitié des dépens de la Commission, y compris ceux afférents aux interventions.**

4) **La Commission supportera la moitié de ses propres dépens et la moitié des dépens de GlaxoSmithKline Services, y compris ceux afférents aux interventions.**

5) **L'Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), le Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, l'European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) et Spain Pharma, SA, supporteront chacune leurs propres dépens.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 27 septembre 2006.

Le greffier

E. Coulon

Le président

H. Legal

Table des matières

Cadre juridique et factuel du litige ..... II - 2984

Droit communautaire ..... II - 2984

Droit espagnol ..... II - 2985

Antécédents du litige ..... II - 2986

Procédure ..... II - 2990

Conclusions des parties ..... II - 2993

En droit ..... II - 2995

I — Sur les moyens tendant à l'annulation de l'article 1er de la Décision ..... II - 2996

A — Sur le moyen pris d'une insuffisance de motivation ..... II - 2996

1. Arguments des parties ..... II - 2996

2. Appréciation du Tribunal ..... II - 2997

B — Sur le moyen pris de la violation de l'article 81, paragraphe 1, CE .... II - 2998

1. Considérations liminaires ..... II - 2998

2. Sur l'existence d'un accord entre entreprises ..... II - 3000

a) Contenu de la Décision ..... II - 3000

b) Arguments des parties ..... II - 3000

c) Appréciation du Tribunal ..... II - 3001

Sur l'indépendance des volontés ..... II - 3001

Sur la concordance des volontés ..... II - 3003

3. Sur l'existence d'une restriction de la concurrence ..... II - 3007

a) Contenu de la Décision ..... II - 3007

b) Arguments des parties ..... II - 3009

c) Appréciation du Tribunal ..... II - 3010

Sur l'état de la concurrence préexistant à l'article 4 des conditions générales de vente ..... II - 3010

Sur la restriction de la concurrence imputée à l'article 4 des conditions générales de vente ..... II - 3012

— Sur l'existence d'un objet anticoncurrentiel ..... II - 3013

— Sur l'existence d'un effet anticoncurrentiel ..... II - 3023

4. Conclusion ..... II - 3036

C — Sur le moyen pris d'un détournement de pouvoir, de la méconnaissance du principe de subsidiarité et de la violation de l'article 43 CE ..... II - 3037

1. Arguments des parties ..... II - 3037

2. Appréciation du Tribunal ..... II - 3037

II — Sur les moyens tendant à l'annulation de l'article 2 de la Décision ..... II - 3040

A — Sur le moyen pris d'une insuffisance de motivation ..... II - 3040

1. Arguments des parties ..... II - 3040

2. Appréciation du Tribunal ..... II - 3041

B — Sur le moyen pris de la violation de l'article 81, paragraphe 3, CE .... II - 3042

1. Contenu de la Décision ..... II - 3042

2. Arguments des parties ..... II - 3043

3. Appréciation du Tribunal ..... II - 3046

a) Considérations liminaires ..... II - 3046

b) Sur la preuve de l'existence d'un gain d'efficacité ..... II - 3050

Sur l'existence d'un avantage objectif sensible ..... II - 3052

— Sur la pertinence des arguments de fait et des éléments de preuve présentés par GSK ..... II - 3058

— Sur la perte d'efficacité attachée au commerce parallèle .. II - 3063

— Sur l'ampleur de la perte d'efficacité attachée au commerce parallèle ..... II - 3067

— Sur le gain d'efficacité attaché à l'article 4 des conditions générales de vente ..... II - 3071

Sur la mise en balance ..... II - 3074

Conclusion ..... II - 3076

c) Sur la preuve de l'existence d'une répercussion sur l'utilisateur, du caractère indispensable de l'article 4 des conditions générales de vente et de l'absence d'élimination de la concurrence ..... II - 3076

4. Conclusion ..... II - 3078

Sur les dépens ..... II - 3079