RETTENS DOM (Fjerde Udvidede Afdeling)

27. september 2006 *

I sag T-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidligere Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Det Forenede Kongerige), ved advokaterne S. Martínez Lage, I. Forrester, QC, F. Depoortere, T. Louko, A. Schulz og I. Vandenborre,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved P. Oliver, derefter ved É. Gippini Fournier, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af:

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bruxelles (Belgien), først ved advokaterne U. Zinsmeister og M. Lienemeyer, derefter ved advokat A. Martin-Ehlers, og endelig ved advokat M. Hartmann-Rüppel,

af

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Mülheim an der Ruhr (Tyskland), først ved advokaterne M. Epping og W. Rehmann, derefter ved advokat W. Rehmann,

af

Spain Pharma, SA, Madrid (Spanien), ved advokaterne P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza og R. Gutiérrez Sánchez,

og af

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Madrid (Spanien), først ved advokaterne M. Araujo Boyd og R. Sanz, derefter ved advokaterne M. Araujo Boyd og J.L. Buendia Sierra,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2001/791/EF af 8. maj 2001 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 (sag IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (anmeldelse), IV/36.997/F3 Aseprofar og Fedifar (klage), IV/37.121/F3 Spain Pharma (klage), IV/37.138/F3 BAI (klage) og IV/37.380/F3 EAEPC (klage)) (EFT L 302, s. 1),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne P. Lindh, I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas og E. Moavero Milanesi,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kristensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. juni 2006,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter og sagens faktiske omstændigheder

Fællesskabsretten

1 Artikel 3, stk. 1, litra g), EF bestemmer, at Fællesskabets virke skal indebære gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes.

2 Artikel 81, stk. 1, EF bestemmer navnlig, at alle aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt.

3 Artikel 81, stk. 3, EF fastslår, at bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF bl.a. kan erklæres uanvendelige på enhver aftale mellem virksomheder, som bidrager til at forbedre fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, eller gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

4 Den 21. december 1988 vedtog Rådet med hjemmel i EF-traktatens artikel 100 A (efter ændring artikel 95 EF) direktiv 89/105/EØF om gennemsigtighed i prisbestemmelserne for lægemidler til mennesker og disse lægemidlers inddragelse under de nationale sygesikringsordninger (EFT 1989 L 40, s. 8). Direktivet har til formål at give en oversigt over samtlige de foranstaltninger vedrørende direkte og indirekte fastsættelse af og kontrol med lægemiddelpriser, som medlemsstaterne har vedtaget, med henblik på at kontrollere de offentlige udgifter til lægemidler, samt at undgå, at foranstaltningerne er forskellige, hvilket kan hindre eller fordreje handelen med lægemidler inden for Fællesskabet og derved direkte påvirke det fælles marked for lægemidler. Som et første skridt med henblik herpå må der fastlægges en række krav, der skal sikre, at berørte parter kan kontrollere, at de nationale foranstaltninger ikke udgør kvantitative import- eller eksportrestriktioner eller foranstaltninger med tilsvarende virkning. Disse krav må dog hverken påvirke den politik, der føres af medlemsstater, eller påvirke medlemsstaternes politik vedrørende prisfastsættelse og fastlæggelse af sygesikringsordninger undtagen for så vidt angår visse procedurer, der er nødvendige for at opnå gennemsigtighed. Medlemsstaternes frist til at gennemføre direktivet udløb den 31. december 1989.

Spansk ret

5 Den 20. december 1990 vedtog Kongeriget Spanien Ley 25/1990 del Medicamento (spansk lov nr. 25/1990 om lægemidler, BOE nr. 306 af 22.12.1990, s. 2643, herefter »lov nr. 25/1990«). Loven ændredes bl.a. ved Ley 66/1997 af 30. december 1997 (BOE nr. 313 af 31.12.1997, s. 38517) samt ved Ley 55/1999 af 30. december 1999 (BOE nr. 312 af 30.12.1997, s. 46095), der blev vedtaget under den administrative procedure, der førte til vedtagelsen af den i den foreliggende sag anfægtede beslutning.

6 Den 23. februar 1990 vedtog Kongeriget Spanien Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de les precios de las especialidades farmacéuticas

de uso humano (kongeligt dekret nr. 271/1990 om ændring af indgreb vedrørende priser for humanmedicinske lægemidler, BOE nr. 53 af 2.3.1990, s. 6086, herefter »dekret nr. 271/1990«). Formålet med dekretet er navnlig, at Kongeriget Spanien kan efterkomme direktiv 89/105.

7 Bestemmelserne i kapitel VIII i lov nr. 25/1990 og dekret nr. 271/1990 omfatter navnlig en interventionsordning, hvorefter det spanske sundheds- og forbrugerministerium og det dertil knyttede udvalg, Comisión interministerial de precios de los medicamentos (spansk tværministerielt udvalg vedrørende lægemiddelpriser) (herefter under ét »de spanske myndigheder«), kan fastsætte maksimale engrospriser for lægemidler, som dækkes af den spanske sygesikring.

Sagens baggrund

8 Sagsøgeren, GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidligere Glaxo Wellcome plc (herefter »GSK«), er et selskab i henhold til engelsk og walisisk ret med hjemsted i Brentford (Det Forenede Kongerige). GlaxoSmithKline-koncernen, som selskabet er en del af, er en af de førende lægemiddelproducenter på verdensplan. Den opstod efter en sammenslutning mellem Glaxo Wellcome plc og Smithkline Beecham plc, som Kommissionen ved beslutning af 8. maj 2000 (sag N IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham) fastslog, at den ikke ville rejse indsigelse imod.

9 Glaxo Wellcome, SA (herefter »GW«), der er et spansk selskab med hjemsted i Madrid (Spanien), er et af GlaxoSmithKline-koncernens spanske datterselskaber. Selskabets hovedaktiviteter, som varetages direkte eller igennem dets datterselskaber, består i udvikling, produktion og salg af lægemidler i Spanien.

10 Ved skrivelse af 6. marts 1998 anmeldte GW et dokument med titlen »Almindelige betingelser for salg til godkendte grossister af lægemidler, som ejes af [GW] og dets datterselskaber« (herefter »almindelige salgsbetingelser«) til Kommissionen med henblik på at opnå en negativattest eller en fritagelse i henhold til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81). Ved skrivelse af 28. juli 1998 fremsendte GSK en supplerende anmeldelse til Kommissionen.

11 De almindelige salgsbetingelser finder anvendelse på 82 lægemidler, der er bestemt til salg til grossister i Spanien, som GW har knyttet handelsforbindelser med, og som ikke indgår i et distributionsnet. Grossisterne kan videresælge disse lægemidler til spanske hospitaler eller apoteker, hvorfra de på recept udleveres til patienter. De kan ligeledes videresælge dem i andre medlemsstater ved parallelhandel, hvilket sker som følge af prisforskelle. De 82 lægemidler, som de almindelige salgsbetingelser finder anvendelse på, omfatter otte lægemidler, som ifølge GSK i særlig grad må antages at være genstand for parallelhandel, navnlig mellem Spanien og Det Forenede Kongerige. Det drejer sig om følgende lægemidler:

— et allergimiddel, Beconase

— fem astmamidler, Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent og Ventolín

— et epilepsimiddel, Lamictal

— et migrænemiddel, Imigran.

12 For samtlige 82 lægemidler fastsætter artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser to forskellige priser (herefter »pris 4 A« og »pris 4 B«). Artiklen har følgende ordlyd:

»A. Ifølge bestemmelserne i stk. 1, første afsnit, og stk. 2 i artikel 100 i [lov 25/1990], må prisen på lægemidler fra [GW] og dets datterselskaber under ingen omstændigheder overstige den maksimale industripris fastsat af de spanske sundhedsmyndigheder, når de to faktorer, der er en forudsætning for anvendelsen af de nævnte retsregler, er til stede, nemlig:

— De ovennævnte lægemidler finansieres af midler fra den spanske sygesikring eller spanske offentlige midler.

— De indkøbte lægemidler sælges efterfølgende på nationalt niveau, dvs. gennem apoteker eller spanske hospitaler.

B. Hvis en af disse to faktorer ikke er til stede (dvs. i alle de tilfælde, hvor spansk lov giver laboratorierne mulighed for frit at fastsætte priserne på deres lægemidler), fastsætter [GW] og datterselskaberne prisen på deres lægemidler ifølge objektive og ikke-diskriminerende økonomiske kriterier og uden hensyntagen til den bestemmelse, køberen måtte fastsætte for produktet. [GW] og datterselskaberne vil bl.a. anvende den pris for deres lægemidler, som de på basis af interne økonomiske analyser oprindelig foreslog de spanske sundhedsmyndigheder med en objektiv ajourføring under hensyntagen til stigningen i leveomkostningerne i overensstemmelse med bestemmelserne i stk. 1, første afsnit, og stk. 2 i artikel 100 i [lov 25/1990] og anden tidligere spansk lovgivning om fastsættelse af lægemiddelpriser.«

13 Ved skrivelser af 6. marts 1998 fremsendte GW de almindelige salgsbetingelser til 89 grossister i Spanien. Skrivelserne indeholdt bl.a. følgende bemærkning:

»Vigtigt: De bedes meddele os Deres samtykke ved fremsendelse af en underskrevet kopi af vedlagte dokument inden den 13. marts 1998.«

14 75 grossister, hvis salg androg over 90% af GW's samlede salg i Spanien i 1998, efterkom anmodningen.

15 De almindelige salgsbetingelser trådte i kraft den 9. marts 1998.

16 Efterfølgende anfægtede to spanske brancheorganisationer, Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (herefter »Aseprofar«) og Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas, samt en spansk grossist, Spain Pharma, SA, lovligheden af disse for de spanske konkurrencemyndigheder og de spanske domstole.

17 Endvidere indgav Aseprofar, med støtte fra en anden spansk brancheorganisation, Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas y Productos Parafarmacéuticos (herefter »Fedifar«), Spain Pharma og to andre europæiske brancheorganisationer, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (herefter »BAI«) og European Association of Euro Pharmaceutical Companies (herefter »EAEPC«), klager til Kommissionen om, at de almindelige salgsbetingelser var i strid med artikel 81, stk. 1, EF.

18 Den 8. maj 2001 vedtog Kommissionen beslutning 2001/791/EF om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 (sag IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (anmeldelse), IV/36.997/F3 — Aseprofar og Fedifar (klage), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (klage), IV/37.138/F3 — BAI (klage) og IV/37.380/F3 — EAEPC (klage)) (EFT L 302, s. 1, herefter »beslutningen«).

19 Det hedder i beslutningens artikel 1, at GW »har overtrådt artikel 81, stk. 1, [EF] ved at indgå en aftale med de spanske grossister, hvori der sondres mellem de priser, grossisterne skal betale i tilfælde af indenlandsk videresalg af refusionsberettigede lægemidler til apoteker eller hospitaler, og højere priser i tilfælde af eksport til andre medlemsstater«.

20 Beslutningens artikel 2 bestemmer, at anmodningen om en fritagelse for aftalen afvises.

21 Ved beslutningens artikel 3 og 4 pålægges GW øjeblikkeligt at bringe den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør, hvis dette ikke allerede er sket, og at underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der er truffet med henblik herpå.

Retsforhandlinger

22 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. juli 2001 anlagde GSK nærværende sag.

23 Ved skrivelser indleveret til Rettens Justitskontor den 8., 12. og 16. november 2001 har EAEPC, BAI, Spain Pharma og Aseprofar fremsat begæring om at måtte indtræde i sagen til støtte for Kommissionens påstande i henhold til artikel 40, stk. 2, og artikel 115, stk. 1, i Rettens procesreglement.

24 Ved skrivelser indleveret til Rettens Justitskontor den 28. november og den 14. december 2001 samt den 21. marts 2002 fremsatte GSK begæring om, at visse hemmelige eller fortrolige dokumenter og oplysninger udelukkes i forbindelse med videregivelse af parternes indlæg til de intervenienter, der opnår tilladelse til at indtræde i sagen, i henhold til procesreglementets artikel 116, stk. 2.

25 Ved kendelser af 27. november 2002 har formanden for Første Afdeling taget begæringerne om intervention til følge og udsat afgørelsen vedrørende anmodningerne om fortrolig behandling.

26 Ved kendelse af 5. august 2003 har formanden for Første Afdeling delvis imødekommet begæringerne om fortrolig behandling og i øvrigt forkastet dem.

27 Da den refererende dommer blev tilknyttet Fjerde Afdeling som følge af den pr. 1. oktober 2003 indtrufne ændring af sammensætningen af Rettens afdelinger, overgik sagen til denne.

28 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 25. marts 2004 fremsatte GSK begæring om, at visse hemmelige eller fortrolige oplysninger udelukkes i forbindelse med videregivelse til intervenienterne af sagsøgerens bemærkninger til interventionsindlæggene. Begæringen blev imødekommet.

29 Ved skrivelse af 16. april 2004 anmodede Retten GSK og Kommissionen om at fremlægge dokumenter og at besvare et skriftligt spørgsmål i henhold til procesreglementets artikel 49 og 64. Foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse blev efterkommet inden for den fastsatte frist.

30 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 7. maj 2004 anmodede Spain Pharma om tilladelse til at benytte spansk under den mundtlige forhandling i henhold til procesreglementets artikel 35, stk. 2. Efter at Retten havde hørt sagens parter, blev anmodningen imødekommet.

31 Ved dokumenter indleveret til Rettens Justitskontor den 27. maj og 22. juni 2004 fremsatte GSK begæring om, at visse hemmelige eller fortrolige oplysninger udelukkes i forbindelse med videregivelse til intervenienterne af sagsøgerens og Kommissionens svar på Rettens spørgsmål af 16. april 2004. Begæringen blev imødekommet.

32 Den 7. marts 2006 besluttede Retten i henhold til procesreglementets artikel 14, efter forslag af Fjerde Afdeling og efter at have hørt sagens parter at henvise sagen til Fjerde Udvidede Afdeling.

33 Den 15. marts 2006 indledte Retten (Fjerde Afdeling) den mundtlige forhandling på grundlag af den refererende dommers rapport.

34 Ved skrivelser af 7. og 20. marts 2006 anmodede Retten GSK, Kommissionen og intervenienterne om at besvare skriftlige spørgsmål og at fremlægge et dokument i henhold til procesreglementets artikel 49 og 64. Foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse blev efterkommet inden for den fastsatte frist, med undtagelse af et spørgsmål, som GSK besvarede ved skrivelse, indleveret til Rettens Justitskontor den 6. juni 2006. Da parterne, som var blevet opfordret til at fremsætte

deres bemærkninger hertil i retsmødet, ikke havde indvendinger, blev dokumentet tilført sagsakterne.

35 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 28. april 2006 fremsatte GSK begæring om, at visse hemmelige eller fortrolige oplysninger udelukkes i forbindelse med videregivelse til intervenienterne af sagsøgerens svar på Rettens spørgsmål af 7. og 20. marts 2006. Begæringen blev imødekommet.

36 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 16. maj 2006 anmodede Aseprofar om tilladelse til at benytte spansk under den mundtlige forhandling i henhold til procesreglementets artikel 35, stk. 2. Efter at Retten havde sagens parter, blev anmodningen imødekommet.

37 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra Retten under retsmødet den 7. juni 2006.

Parternes påstande

38 GSK har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

39 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— GSK tilpligtes at betale sagens omkostninger.

40 Aseprofar har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— GSK tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostninger til intervenienten.

41 BAI har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— GSK tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostninger til intervenienten.

42 EAEPC nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— GSK tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostninger til intervenienten.

43 Spain Pharma har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— GSK tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostninger til intervenienten.

Retlige bemærkninger

44 Til støtte for sine påstande har GSK i det væsentlige gjort seks anbringender gældende vedrørende henholdsvis fuldstændig, eller subsidiært, delvis annullation af beslutningen.

45 Til støtte for sin principale påstand om annullation af beslutningens artikel 1, hvori det fastslås, at artikel 81, stk. 1, EF er tilsidesat, har GSK fremført tre anbringender, nemlig henholdsvis:

— utilstrækkelig begrundelse

— tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF

— magtfordrejning som følge af manglende iagttagelse af subsidiaritetsprincippet og tilsidesættelse af artikel 43 EF.

46 Til støtte for sin subsidiære påstand om annullation af beslutningens artikel 2, hvorved fritagelse fra artikel 81, stk. 3, EF, afvises, har GSK fremført følgende tre anbringender, nemlig henholdsvis:

— utilstrækkelig begrundelse

— tilsidesættelse af artikel 81, stk. 3, EF

— tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

I — *Anbringenderne vedrørende annullation af beslutningens artikel 1*

A — *Anbringendet om utilstrækkelig begrundelse*

1. Parternes argumenter

47 GSK har i det væsentlige gjort gældende, at manglende henvisning til Rettens dom af 26. oktober 2000, Bayer mod Kommissionen (sag T-41/96, Sml. II, s. 3383), bevirker, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet.

48 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne bestridt rigtigheden af dette anbringende.

2. Rettens bemærkninger

49 Artikel 253 EF bestemmer bl.a., at beslutninger, som vedtages af Kommissionen, skal begrundes.

50 Tilstrækkelig begrundelse kræver, at Kommissionens beslutning klart angiver de betragtninger, som udstederen har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det kræves derimod ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, eftersom spørgsmålet, om den opfylder kravene i artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til retsaktens ordlyd, men ligeledes til den juridiske og faktuelle sammenhæng, hvori den indgår (Domstolens dom af 20.3.1957, sag 2/56, Geitling mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 41, org.ref.: Rec. s. 9, på s. 37, og Rettens dom af 15.6.2005, sag T-171/02, Regione Autonoma della Sardegna mod Kommissionen, Sml. II, s. 2123, præmis 73).

51 Begrundelseskravet indebærer således ikke en generel forpligtelse for Kommissionen til at henvise til en bestemt retsafgørelse i de beslutninger, som den vedtager.

52 I det foreliggende tilfælde har GSK alene gjort gældende, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet, idet den ikke henviser til en retsafgørelse.

53 Anbringendet om utilstrækkelig begrundelse som følge af, at beslutningen ikke henviser til den i præmis 47 nævnte dom i sagen Bayer mod Kommissionen, kan derfor ikke tiltrædes.

54 For så vidt som GSK med dette anbringende i realiteten har villet anfægte beslutningens indhold, bemærkes, at en undersøgelse af, om en kommissionsbeslutning er begrundet, og af begrundelsens omfang, henhører under efterprøvelsen af væsentlige formkrav, og følgelig af beslutningens formelle lovlighed. Den bør adskilles fra en undersøgelse af det materielle indhold af begrundelsen for beslutningen, der henhører under efterprøvelsen af lovligheden af den anfægtede retsakt (Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 67, og Rettens dom af 18.1.2005, sag T-93/02, Conféderation nationale du Crédit mutuel mod Kommissionen, Sml. II, s. 143, præmis 67). For så vidt angår dette anbringende er der sammenfald med anbringendet om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF, som vil blive gennemgået nedenfor.

B — *Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF*

1. Indledende bemærkninger

55 Anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF afhænger af, at en række forskellige betingelser er opfyldt (Domstolens dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société technique minière, Sml. 1965-1968, s. 211, org.ref.: Rec. s. 337, på s. 356-360, og dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 174), hvilket det påhviler den, der gør en tilsidesættelse af denne bestemmelse gældende, at føre bevis for (Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 78). Det skal derfor for det første godtgøres, at der foreligger en aftale mellem virksomheder, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder; for det andet, at denne har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart, og for det tredje, at den kan påvirke handelen mellem medlemsstater; sidstnævnte betingelse har imidlertid alene til formål at afgrænse fællesskabsrettens anvendelsesområde (Société technique minière-dommen, s. 215, Domstolens dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1307, præmis 176, og dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 174).

56 Da GSK har gjort gældende, at Kommissionen har anvendt artikel 81, stk. 1, EF på en adfærd, der ikke udgør en aftale i denne bestemmelses forstand, dvs. en konkurrencebegrænsende aftale, bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt der findes en aftale mellem virksomheder, og om denne har en konkurrencebegrænsende karakter, er særskilte spørgsmål, som skal behandles hver for sig (jf. i denne retning Société technique minière-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, på s. 216 og 217).

57 Under behandlingen af en påstand om annullation af en beslutning om at anvende artikel 81, stk. 1, EF skal retsinstansen således foretage en fuld kontrol af Kommissionens undersøgelse (Domstolens dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 34, og dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 62), medmindre den omfatter en kompliceret økonomisk vurdering, idet kontrollen i så tilfælde er begrænset til en efterprøvelse af, at der ikke er tale om magtfordrejning, at formforskrifterne og begrundelseskravet er opfyldt, at de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og at der ikke er foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af de faktiske omstændigheder (Remia m.fl. mod Kommissionen-dommen, præmis 34, og Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen-dommen, nævnt ovenfor i præmis 55, præmis 279).

58 I øvrigt omfatter efterprøvelsen alene de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da den anfægtede beslutning blev udstedt (Domstolens dom af 7.2.1979, forenede sager 15/76 og 16/76, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 321, præmis 7, og Rettens dom af 28.2.2002, sag T-395/94, Atlantic Container Line m.fl., Sml. II, s. 875, præmis 252), hvilket ikke anfægter parternes mulighed for, under udøvelsen af deres ret til kontradiktion, at supplere dem med bevismidler, der daterer sig efter dette tidspunkt, som specielt er tilvejebragt med henblik på at anfægte eller forsvare beslutningen (Rettens dom af 21.9.2005, sag T-87/05, EDP mod Kommissionen, Sml. II, s. 3745, præmis 158, jf. ligeledes i denne retning Domstolens dom af 22.10.1986, sag 75/84, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 3021, herefter »Metro II-dommen«, præmis 75 og 78, og dommen i sagen Atlantic Container Lines m.fl. mod Kommissionen, præmis 254).

59 Det følger heraf, at de faktiske omstændigheder, som ikke forelå på det tidspunkt, hvor beslutningen blev vedtaget, således særligt de talmæssige oplysninger vedrørende tidsrummet 2001-2005, samt de bevismidler, der ikke fandtes på dette

tidspunkt, og som ikke specielt er blevet tilvejebragt for at anfægte eller forsvare beslutningen, i og med at den fastslår, at der foreligger en overtrædelse, navnlig undersøgelserne af de generelle virkninger af parallelhandel med lægemidler i Fællesskabet, bortset fra undersøgelser foretaget under den administrative procedure, på forhånd er afskåret fra at kunne benyttes under retsforhandlingerne.

2. Om der foreligger en aftale mellem virksomheder

a) Beslutningens indhold

60 Kommissionen har i betragtning 109 til beslutningen anført, at de almindelige salgsbetingelser udgør en aftale mellem GW og alle de spanske grossister, der har accepteret disse.

b) Parternes argumenter

61 GSK har gjort gældende, at de almindelige salgsbetingelser ikke udgør en aftale.

62 GW og de spanske grossister, der havde underskrevet de almindelige salgsbetingelser, udtrykte ikke en uafhængig vilje, for så vidt som engrosprisen for lægemidler, som dækkes af den spanske sygesikring, fastsættes i forhold til dem ved spansk lov.

63 De havde endvidere ikke givet udtryk for samstemmende vilje til at begrænse konkurrencen, men alene en samstemmende vilje til salg og køb af lægemidler i overensstemmelse med de betingelser, der var fastsat i de almindelige salgsbetingelser.

64 Kommissionen, støttet af intervenienterne, har bestridt rigtigheden af disse argumenter.

c) Rettens bemærkninger

65 Henset til GSK's argumentation skal det for det første undersøges, om GW og de spanske grossister har givet udtryk for en uafhængig vilje i forhold til de spanske regler om engrospriser for lægemidler, som er omfattet af den spanske sygesikringsordning, og følgelig om Kommissionen havde at gøre med en adfærd, udvist af virksomheder, og ikke en statslig adfærd. Det skal i givet fald for det andet undersøges, om GW og grossisterne har givet udtryk for en samstemmende vilje, og følgelig om Kommissionen faktisk havde at gøre med en bilateral, og ikke en ensidig, adfærd.

Uafhængig viljesakt

66 Artikel 81, stk. 1, EF finder udelukkende anvendelse på konkurrencestridig adfærd udvist af virksomhederne på deres eget initiativ (Domstolens dom af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16, af 11.11.1997, forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, Sml. I, s. 6265, præmis 33, og af 9.9.2003, sag C-198/01, CIF, Sml. I, s. 8055, præmis 45).

67 Såfremt det er nødvendigt at foretage en forudgående vurdering af den eventuelle betydning af en national lovgivning for at fastslå, om denne bestemmelse kan finde anvendelse, skal det undersøges, om der efter denne lovgivning fortsat er mulighed for en konkurrence, som kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side (dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 32 og 35, og CIF-dommen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 66).

68 Såfremt det følger af denne vurdering, at virksomhederne påtvinges en konkurrencestridig adfærd som følge af den pågældende lovgivning, eller denne berøver dem enhver mulighed for at udvise konkurrencestridig adfærd, finder artikel 81, stk. 1, EF ikke anvendelse (dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 33, og CIF-dommen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 67).

69 Fremgår det derimod, at der efter denne lovgivning er mulighed for en konkurrence, som kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side, er artikel 81, stk. 1, EF fortsat anvendelig (dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 34, og CIF-dommen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 56).

70 Muligheden for at udelukke en bestemt konkurrencestridig adfærd fra bestemmelsens anvendelsesområde, fordi den følger af national lovgivning, er kun blevet anerkendt i begrænset omfang af Fællesskabets retsinstanser (CIF-dommen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 67, og Rettens dom af 30.3.2000, sag T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen, Sml. II, s. 1807, præmis 60).

71 Det skal derfor undersøges, om den spanske lovgivning, som GSK har anført, pålægger GW, i de aftaler, som virksomheden indgår med spanske grossister, at anvende forskellige priser, afhængig af, om de lægemidler, som virksomheden sælger til grossisterne, er omfattet af den spanske sygesikringsordning eller ej.

72 Det er åbenbart, at den spanske ordning, som følger af bestemmelserne i kapitel VIII i lov nr. 25/1990, sammenholdt med dekret nr. 271/1990, på ingen måde fastsætter den engrospris, der skal gælde for lægemidler, der ikke dækkes af den spanske sygesikringsordning. GSK har i øvrigt medgivet, såvel i sine skriftlige indlæg som under retsmødet, at denne konstatering, der er en implicit, men nødvendig følge af, at disse produkter ikke er nævnt i ordlyden af lov nr. 25/1990, i den affattelse, der fandt anvendelse på det tidspunkt, da de almindelige salgsbetingelser trådte i kraft, udtrykkeligt er blevet bekræftet af senere ændringer af loven, således som det fremgår af beslutningens betragtning 37 og 139.

73 Selv om det antages, at GSK's argument om, at engrospriserne for de lægemidler, der godtgøres under sygesikringsordningen, fastsættes helt uafhængigt af de spanske myndigheder og er bindende for GW og de spanske grossister, er korrekt, i modsætning til hvad intervenienterne gør gældende, står det imidlertid fast, at den adfærd, der består i, at der ved aftale indføres en ordning med forskellige priser, som forbyder de spanske grossister, der handler med GW, at købe lægemidler til denne pris (pris 4 A) med henblik på videresalg i andre medlemsstater, og forpligter dem til at købe disse produkter til en højere pris (pris 4 B), på ingen måde er foreskrevet i den spanske lovgivning. Adspurgt herom under retsmødet måtte GSK i øvrigt indrømme dette.

74 Det kan herefter ikke antages, at den omhandlede nationale lovgivning pålægger GW i de aftaler, virksomheden indgår med spanske grossister, at anvende forskellige priser, afhængig af, om de lægemidler, som virksomheden sælger til dem, er omfattet af den spanske sygesikringsordning eller ej.

Samstemmende vilje

75 Artikel 81, stk. 1, EF finder udelukkende anvendelse på bilateral eller multilateral adfærd udvist af virksomheder (Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P,

Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 79 og 112), og som kan bestå i aftaler mellem virksomheder, samordnet praksis eller vedtagelser inden for sammenslutninger.

76 For at der kan være tale om en aftale, er det tilstrækkeligt, at mindst to virksomheder har udtrykt fælles vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde (Domstolens dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, præmis 112, og af 11.1.1990, sag C-227/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici mod Kommissionen, Sml. I, s. 45, summarisk offentliggørelse, præmis 13, samt dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 67 og 173).

77 Selv om det således er et ufravigeligt krav, at Kommissionen i beslutninger, der anvender artikel 81, stk. 1, EF, godtgør, at der foreligger en fælles vilje til at udvise en bestemt adfærd på markedet, kræves det i modsætning til, hvad GSK har anført, derimod ikke, at der i beslutningerne godtgøres en fælles vilje til at forfølge et konkurrencestridigt formål.

78 I det foreliggende tilfælde fastslås det i beslutningen, at der foreligger en fælles vilje hos GW og de spanske grossister, der har accepteret de almindelige salgsbetingelser, til at udvise en adfærd på markedet i overensstemmelse med betingelsernes artikel 4, dvs. at sælge og købe de 82 lægemidler, betingelserne finder anvendelse på, til pris 4 A eller pris 4 B, afhængig af, om betingelserne i artikel 4, punkt A, er opfyldt eller ej.

79 Denne konstatering bekræftes klart af sagens akter, hvoraf det for det første fremgår, at GW har fastsat almindelige salgsbestemmelser, hvorefter der anvendes en ordning med forskellige priser. GW har endvidere fremsendt disse almindelige salgsbetingelser til 89 grossister, som virksomheden har forretningsmæssig forbindelse med i Spanien. Idet virksomheden understregede den betydning, som den tillagde anmodningen, anmodede den i denne forbindelse grossisterne om, inden for en bindende frist at returnere en underskreven kopi »som bevis for [deres] accept«.

Disse faktiske omstændigheder viser GW's vilje til at søge at opnå de spanske grossisters accept af virksomhedens almindelige salgsbetingelser, og således til at fremsætte et tilbud til dem herom. Endelig efterkom 75 af de 89 grossister, som modtog dette tilbud, GW's anmodning, idet de underskrev de almindelige salgsbetingelser og returnerede dem inden for den herfor fastsatte frist. Disse faktiske omstændigheder viser de pågældende grossisters vilje til at modtage GW's tilbud, og følgelig til at indgå en aftale med virksomheden, således som GSK i øvrigt medgav under retsmødet.

80 Ingen af GSK's argumenter findes at kunne rejse tvivl om denne slutning.

81 GSK kan navnlig ikke hente støtte i den omstændighed, at Kommissionen ikke har ført bevis for, dels at GW formelt havde meddelt de spanske grossister forbud mod udførsel, dels at grossisterne stiltiende accepterede forbuddet.

82 Det påhviler Kommissionen at føre bevis for de overtrædelser, den konstaterer, og i sine beslutninger om anvendelse af konkurrencereglerne at henvise til præcise og samstemmende omstændigheder, der på overbevisende måde godtgør, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger (Domstolens dom af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, Sml. s. 1679, præmis 20, og af 6.1.2004, forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P, BAI og Kommissionen mod Bayer, Sml. I, s. 23, præmis 62).

83 Disse omstændigheder kan bestå i direkte beviser, f.eks. i form af et skriftligt dokument (Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl.

mod Kommission, Sml. II, s. 491, præmis 862, og appeldommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor, præmis 237), eller i mangel heraf, i indirekte beviser, f.eks. en adfærd (dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 73, og appeldommen i sagen BAI og Kommissionen mod Bayer, nævnt i præmis 82 ovenfor, præmis 100).

84 I det foreliggende tilfælde støttede Kommissionen sig som allerede anført på en skriftveksling, som utvivlsomt godtgør, at GW havde tilbudt de spanske grossister, at de kunne udvise en adfærd på markedet i overensstemmelse med de almindelige salgsbetingelser, og at flertallet af grossisterne havde accepteret tilbuddet. Som Kommissionen understregede under retsmødet, var det følgelig ikke fornødent at søge at påvise yderligere omstændigheder, f.eks. i forbindelse med GW's og grossisternes adfærd.

85 Tilsvarende har GSK heller ikke støtte for argumentet om, at de grossister, som GW havde rettet henvendelse til, i sidste instans var uenige med virksomheden.

86 Når Kommissionen, som i det foreliggende tilfælde, har ført bevis for, at der findes en aftale, påhviler det den deltagende virksomhed at føre bevis for, at den har taget afstand fra denne, hvilket kræver, at der klart er givet udtryk for hensigt til at træde tilbage fra denne aftale, og at denne hensigt er blevet bragt til de øvrige deltagende virksomheders kendskab (jf. i denne retning dommen i sagen BAI og Kommissionen mod Bayer, nævnt i præmis 82 ovenfor, præmis 63, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor, præmis 81-84, samt Rettens dom af 11.12.2003, sag T-61/99, Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, Sml. II, s. 5349, præmis 135-138).

87 Selv om det i det foreliggende tilfælde er korrekt, at visse af de spanske grossister, der havde underskrevet de almindelige salgsbetingelser, rejste tvivl om deres lovlighed, således som det fremgår af betragtning 12 til beslutningen, fremgår det ikke af sagens akter, at disse havde taget afstand herfra i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i retspraksis. Det er ligeledes korrekt, at visse af grossisterne havde eksporteret lægemidler, som de havde købt hos GW, til 4 A-prisen. Det fremgår imidlertid ligeledes af sagens akter, at disse, efter krav fra GSK, i sidste instans

accepterede at honorere fakturaer svarende til forskellen mellem denne pris og 4 B-prisen. Under alle omstændigheder vedrører disse omstændigheder kun nogle få grossister, og det kan ikke udledes heraf, at alle grossisterne tog afstand fra den aftale, de tidligere havde indgået med GW.

88 Som det fremgår af tredje betragtning til beslutningen, er det i øvrigt korrekt, at tre brancheorganisationer, Aseprofar, Associación de empresarios de cooperativas farmacéuticas og Fedifar, indgav klager til Kommissionen og til Servicio de defensa de competencia (den spanske konkurrencestyrelse), samt at visse af de grossister, der har underskrevet de almindelige salgsbetingelser, var direkte medlemmer af de to førstnævnte og indirekte medlemmer af den tredje. Ikke desto mindre er den omstændighed alene, at brancheorganisationerne — hvis medlemsgruppe omfatter enkelte grossister, der har underskrevet de almindelige salgsbetingelser — har indgivet sådanne klager, ikke tilstrækkeligt bevis for, at samtlige grossister i realiteten ikke, eller fra tidspunktet for indgivelsen af klagerne ikke længere var enige med GW.

89 Det kan derfor ikke antages, at GW og de grossister, der havde underskrevet de almindelige salgsbetingelser, ikke havde givet udtryk for en samstemmende vilje.

90 Det følger af de anførte betragtninger, at det ikke fremgår af GSK's argumentation, at Kommissionen med urette havde fastslået, at der forelå en aftale.

3. Om der foreligger konkurrencebegrænsning

a) Beslutningens indhold

91 Kommissionen har i betragtning 116-143 og 189 til beslutningen anført, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser havde såvel til formål som til følge at virke konkurrencebegrænsende.

92 Under sin indledende gennemgang af bestemmelsens formål henviste Kommissionen i betragtning 116 til beslutningen for det første til, at den havde til formål at begrænse parallelhandelen med de lægemidler, som forhandledes af GW, mellem Spanien og andre medlemsstater. Kommissionen fastslog i beslutningens betragtning 117 endvidere, at det fremgik af en sammenligning mellem 4 A-prisen, som omfattede lægemidler, der var bestemt til videresalg som godtgørelsesberettigede i Spanien, og 4 B-prisen, som omfattede lægemidler, som var bestemt til videresalg eller var godtgørelsesberettigede i andre medlemsstater, at bestemmelsen, alt efter omstændighederne, enten udelukkede eller begrænsede parallelhandelen.

93 Kommissionen bemærkede derefter i beslutningens betragtning 117-119, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser har de samme følger som et eksportforbud i en række tilfælde, mens artikel 4 i andre tilfælde hindrer parallelhandel på samme måde som et dobbelt prissystem. Kommissionen anførte endvidere i betragtning 120-123 til beslutningen, at de spanske bestemmelser om fastsættelse af engrospriser for lægemidler, som dækkes af den nationale sygesikringsordning, ikke kunne ændre herved.

94 I beslutningens betragtning 124 og 125 anførte Kommissionen endelig, at Domstolen og Retten altid har betegnet aftaler, der indeholder eksportforbud, dobbelte prissystemer eller andre begrænsninger af parallelhandel som havende konkurrencebegrænsende formål, hvorfor artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser skulle anses for at have konkurrencebegrænsende formål.

95 Under den videre gennemgang af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser fandt Kommissionen for det første, som anført i beslutningens betragtning 126, at den omstændighed, at der var fastsat en højere engrospris ved eksport, hvortil yderligere skal lægges transaktionsomkostninger i forbindelse hermed (forsendelse, omemballering mv.), udelukkede den parallelhandel, der måtte formodes at finde sted, hvis denne pris ikke fandtes.

96 I betragtning 127-135 til beslutningen anførte Kommissionen endvidere, at artikel 4 ikke kun havde til formål at opveje den konkurrenceforvridning, som var forårsaget af Spanien, og at den ikke kunne anses for begrundet af den særlige lovgivningsmæssige baggrund.

97 Kommissionen henviste endvidere i beslutningens betragtning 136-140 til, at de forskellige priser, som var fastsat i artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser, dels medførte en begrænsning af handlefriheden for grossister, der driver virksomhed i den medlemsstat, som er kilde til parallelhandelen, dels begrænsede konkurrencen mellem disse grossister og distributører, der driver virksomhed i den medlemsstat, som er målet for parallelhandelen.

98 Kommissionen påpegede endelig i beslutningens betragtning 141-143, i hvilket omfang valutaudsving i perioden 1996-1998 havde bidraget til parallelhandel med lægemidler, navnlig mellem Spanien og Det Forenede Kongerige.

b) Parternes argumenter

99 GSK har gjort gældende, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ikke udgør en konkurrencebegrænsning.

100 Det gøres for det første gældende, at konkurrencen allerede på forhånd er fordrejet inden for lægemiddelsektoren, hvor nationale sygesikringsordninger dækker udgifterne, og at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser alene har til formål at opveje denne situation, der dels skyldes nationale bestemmelser om lægemiddelpriser, dels at der ikke findes fællesskabsbestemmelser om harmonisering af disse.

101 GSK har for det andet anført, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ikke har til formål at begrænse konkurrencen, og at Kommissionen ikke har godtgjort, at den har denne virkning, henset til de særlige omstændigheder på det pågældende marked, og mere generelt til den retlige og økonomiske baggrund, som artikel 4 indgår i.

102 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne bestridt rigtigheden af disse argumenter. Den finder, at den med rette har fastslået, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser, som kan udelukke eller hindre parallelhandel, har til formål og følge at begrænse konkurrencen.

c) Rettens bemærkninger

103 GSK har ikke bestridt rigtigheden af de faktiske omstændigheder, som Kommissionen har påberåbt sig for at anvende artikel 81, stk. 1, EF, men dens fortolkning af disse. Sagsøgerens kritik angår som sådan navnlig de konklusioner, der under en analyse af konkurrencebegrænsninger må drages af den særlige retlige og økonomiske sammenhæng, der findes inden for lægemiddelsektoren. Kritikken angår nærmere for det første den konkurrence, der fandtes inden indførelsen af de almindelige salgsbetingelsers artikel 4, og for det andet den konkurrencebegrænsning, der følger af denne bestemmelse.

Konkurrencesituationen inden indførelsen af de almindelige salgsbetingelsers artikel 4

104 Som GSK med rette har gjort gældende, karakteriseres sektoren for lægemidler, som dækkes af den nationale sygesikringsordning, i en række medlemsstater fortsat af, at der findes bestemmelser, som er mere vidtgående end blot regulering af en

økonomisk aktivitet, navnlig for så vidt angår priser (Domstolens dom af 29.11.1983, sag 181/82, Roussel m.fl., Sml. s. 3849, præmis 8). Den omstændighed, at der sideløbende findes forskellige nationale ordninger, kan fordreje konkurrencen (Domstolens dom af 5.12.1996, forenede sager C-267/95 og C-268/95, Merck og Beecham, Sml. I, s. 6285, præmis 47). Den bidrager endvidere til en vis opdeling af de nationale markeder på dette punkt (jf. analogt Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 24).

105 Som det imidlertid fremgår af den i præmis 67-70 nævnte retspraksis, er artikel 81, stk. 1, EF alene uanvendelig, såfremt den sektor, inden for hvilken aftalen finder anvendelse, er omfattet af bestemmelser, der udelukker muligheden for en konkurrence, som kan hindres, fordrejes eller begrænses af denne aftale.

106 Som GSK har anført i sine skriftlige indlæg og under retsmødet, hersker der imidlertid i det foreliggende tilfælde konkurrence mellem lægemiddelproducenter, navnlig vedrørende andre parametre end pris, særligt innovation (dommen i sagen Roussel m.fl., nævnt i præmis 104 ovenfor, præmis 9).

107 Der kan endvidere være konkurrence mellem en producent og distributørerne eller mellem parallelhandlende og nationale distributører, der netop udnytter de betydelige prisforskelle, som de pågældende nationale bestemmelser bidrager til, og som, når lægemidlerne er beskyttet af et patent, der sikrer dets indehaver et midlertidigt monopol, er den eneste mulige priskonkurrence vedrørende disse, indtil patentet udløber, hvilket GSK ligeledes har understreget i sine indlæg.

108 Når retsstillingen, som anført af GSK, kan begrænse, men ikke udelukke konkurrencen, indebærer det ikke, at artikel 81, stk. 1, EF er uanvendelig.

Konkurrencebegrænsning som følge af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser

109 Idet GSK har gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget behørigt hensyn til den relevante retlige og økonomiske sammenhæng ved dens undersøgelse af, om der forelå en konkurrencebegrænsning, bemærkes indledningsvis, at der med udtrykket konkurrence i artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF menes en effektiv konkurrence, dvs. en sådan grad af konkurrence, som er nødvendig for at opfylde traktatens formål. Dens intensitet kan variere afhængig af karakteren af det pågældende produkt og strukturen af det relevante marked. Desuden kan parametrene have forskellig betydning, idet priskonkurrence ikke udgør den eneste form for effektiv konkurrence, og det heller ikke er en konkurrenceform, som under alle omstændigheder bør gives absolut forrang (Domstolens dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, herefter »Metro I-dommen«, præmis 20 og 21, og CIF-dommen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 68).

110 Karakteriseringen af en begrænsning af konkurrencen i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 81, stk. 1, EF, skal følgelig tage hensyn til den reelle ramme og dermed til den retlige og økonomiske sammenhæng for den aftale, som begrænsningen tilskrives. Dette krav gælder såvel i forbindelse med vurderingen af formålet som virkningen (Société technique minière-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, på s. 215 og 216, Domstolens dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, på s. 255, org.ref.: Rec. s. 429, på s. 497, og af 12.12.1995, sag C-399/95, Oude Luttikhuis, Sml. I, s. 4515, præmis 20).

111 Når det således fremgår af en gennemgang af bestemmelserne i en aftale inden for dens retlige og økonomiske sammenhæng, at denne som sådan ændrer konkurrencevilkårene, er der en formodning for, at aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen (jf. Société technique minière-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, på s. 215 og 216, og dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 255), således at det er ufornødent at undersøge dens virkning (dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 255, og dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 75 ovenfor, præmis 99).

112 Såfremt dette derimod ikke er tilfældet, er det nødvendigt at undersøge virkningen af aftalen og føre tilstrækkeligt bevis for, at den aktuelt eller potentielt hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen (Société technique minière-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, på s. 216 og 218, og Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, John Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 75 og 77).

113 I den foreliggende sag skal GSK's argumenter vedrørende formålet med og virkningen af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser derfor gennemgås ét for ét.

— Konkurrencebegrænsende formål

114 GSK har ikke bestridt, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser blev indført for at begrænse parallelhandelen med 82 lægemidler, som forhandledes af GW, mellem Spanien og andre medlemsstater, navnlig Det Forenede Kongerige.

115 Det fremgår af retspraksis, at aftaler, som i sidste instans tilsigter at forbyde parallelhandel, i princippet skal anses for at have et konkurrencebegrænsende formål (dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 255-257, Domstolens dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller International mod Kommissionen, Sml. s. 131, præmis 7 og 18, og af 12.7.1979, forenede sager 32/78, 36/78 og 82/78, BMW Belgium mod Kommissionen, Sml. s. 2435, præmis 20-28 og 31, samt dommen i sagen Sandoz Prodotti Farmaceutici mod Kommissionen, nævnt i præmis 76 ovenfor, præmis 16).

116 Det fremgår ligeledes, at aftaler, der klart tilsigter, at parallelhandel behandles ufordelagtigt, i princippet skal anses for at have til formål at begrænse konkurrencen (Domstolens dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 23-25, og af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors, Sml. I, s. 3173, præmis 67 og 68).

117 GSK har imidlertid med rette anført, at når henses til den retlige og økonomiske sammenhæng, som artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser indgår i, havde Kommissionen ikke grund til at fastslå, at den prisdifferentiering, som blev indført med denne, havde til formål at begrænse konkurrencen.

118 Formålet med artikel 81, stk. 1, EF, som er en grundlæggende bestemmelse, der er nødvendig for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til Fællesskabet, og navnlig for det indre markeds funktion (Domstolens dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 36, og af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 20), er at undgå, at virksomheder gennem en begrænsning af den indbyrdes konkurrence eller konkurrencen fra tredjemand begrænser velfærden for den endelige forbruger af de berørte produkter (Rettens dom af 7.6.2006, forenede sager T-213/01 og T-214/01, Österreichische Postsparkasse og Bank für Arbeit und Wirtschaft mod Kommissionen, Sml. II, s. 1601, præmis 115; jf. endvidere i denne retning dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 251, og Domstolens dom af 20.6.1978, sag 28/77, Tepea mod Kommissionen, Sml. s. 1391, præmis 56). Under retsmødet understregede Kommissionen i øvrigt flere gange, at denne betragtning havde ligget til grund for dens undersøgelse af den foreliggende sag, og at den på grundlag heraf umiddelbart havde konkluderet, at de almindelige salgsbetingelser helt åbenbart var til skade for forbrugerne, for derefter at behandle spørgsmålet om, hvorvidt denne begrænsning opvejedes af en større effektivitet, som på sin side selv kom forbrugerne til gode.

119 En anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF i den foreliggende sag kan følgelig ikke alene afhænge af, om den omhandlede aftale tilsigter en begrænsning af parallelhandelen med lægemidler eller en opdeling af fællesmarkedet, hvilke omstændigheder kan begrunde antagelsen af, at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes, men kræver endvidere en undersøgelse af, hvorvidt den har til formål eller følge, at handelen på de berørte marked hindres, begrænses eller fordrejes til skade for den endelige forbruger. Som det fremgår af den i præmis 111 og 112 nævnte retspraksis, kan undersøgelsen være mere summarisk, såfremt det, som Kommissionen anførte under retsmødet, fremgår af selve bestemmelserne i aftalen, at disse ændrer konkurrencevilkårene, men skal derimod være udtømmende, afhængig af omstændighederne i sagen, når dette ikke er tilfældet (Société technique minière-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, på s. 215-217, og dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 255-257).

120 I modsætning til hvad Kommissionen har anført i sine skriftlige indlæg, fastslog Domstolen derimod ikke i dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, som indledte den i præmis 115 og 116 nævnte retspraksis, at en aftale, der havde til formål at begrænse parallelhandelen, automatisk, dvs. uafhængigt af enhver konkurrencemæssig vurdering, skulle betragtes som havende et konkurrencebegrænsende formål. Derimod antog Domstolen indledningsvis blot, at en aftale mellem producent og forhandler, som tager sigte på at genoprette de nationale skranker for handelen mellem medlemsstaterne, ville kunne stride mod Fællesskabets mest grundlæggende mål (s. 252), hvilken betragtning førte til, at den forkastede anbringendet om, at artikel 81, stk. 1, EF var uanvendelig på vertikale aftaler (s. 251-252). Senere foretog Domstolen en summarisk, men reel konkurrencemæssig vurdering, hvorunder den navnlig bemærkede, at den pågældende aftale ville udelukke enhver konkurrencemulighed i engrosleddet og give mulighed for at anvende priser, der er frie for effektiv konkurrence, på grundlag af hvilke betragtninger den forkastede et anbringende om, at der ikke forelå en begrænsning af konkurrencen (på s. 255-257).

121 Selv om det siden da har været antaget, at parallelhandel nyder en vis beskyttelse, skyldes dette ikke denne som sådan, men den omstændighed, som Domstolen fastslog, at den dels fremmer udviklingen af varebevægelserne, dels stimulerer

konkurrencen (Domstolens dom af 16.1.1992, sag C-373/90, X, Sml. I, s. 131, præmis 12), nemlig, for så vidt angår den sidstnævnte begrundelse, idet den sikrer de endelige forbrugere fordelene ved en effektiv konkurrence i form af indkøbsmuligheder eller pris (dommen i sagen Tepea mod Kommissionen, nævnt i præmis 118 ovenfor, præmis 43 og 56). Når det følgelig antages, at en aftale, der tilsigter at begrænse parallelhandelen, i princippet skal anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, skyldes dette, at den må formodes at ville unddrage de endelige forbrugere disse fordele.

122 Når henses til den retlige og økonomiske sammenhæng for GSK's almindelige salgsbetingelser, kan det ikke antages, at disse unddrager de endelige forbrugere af lægemidler sådanne fordele. Grossisterne, hvis opgave ifølge Domstolen er at sikre en levering til detailhandelen under udnyttelse af konkurrencen mellem producenterne (Metro I-dommen, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 40), er økonomiske aktører, der driver virksomhed som mellemmænd i værdikæden og må formodes at beholde den prisfordel, som parallelhandel kan indebære, i hvilket tilfælde den ikke videreføres til de endelige forbrugere.

123 En beskrivelse af denne sammenhæng findes i beslutningens kapitel I, der angår de faktiske omstændigheder, nærmere bestemt i afsnit F, der har overskriften »Parallelhandel med lægemidler i Fællesskabet — virkningen af nationale retsregler og kursudsving«, og afsnit G, »Parallelhandel med GW's produkter i Fællesskabet — følgerne af GW's salgsbetingelser«.

124 Det fremgår af denne beskrivelse, at hovedtrækkene i den retlige og økonomiske sammenhæng er som følger, hvilket GSK medgav såvel i sine skriftlige indlæg som under retsmødet.

125 Som det for det første fremgår af beslutningens betragtning 31, 36 og 50, bestemmes prisen for lægemidler, der dækkes af de nationale sygesikringsordninger, ikke i hele Fællesskabet på grundlag af en konkurrenceproces, men fastsættes i de fleste medlemsstater direkte på grundlag af en administrativ procedure og er i de øvrige medlemsstater undergivet en indirekte kontrol.

126 For det andet er harmoniseringen af de nationale regler inden for dette område, som det fremgår af beslutningens betragtning 31, på nuværende tidspunkt begrænset. Direktiv 89/105 bestemmer således blot, at såfremt en fastsættelse af priserne for lægemidler følger af national ret, skal denne ske efter, at der er gennemført en gennemsigtig procedure, og bygge på objektive og kontrollable kriterier. Det fremgår endvidere af beslutningens betragtning 50, at national ret kan indeholde forskellige kriterier for dækning, afhængig af den pågældende medlemsstats sundhedspolitik og den nationale finansieringsordning for sygesikring, således som det ligeledes fremgår af direktiv 89/105. Dette er navnlig tilfældet i spansk ret, der ifølge beslutningens betragtning 37 og 38 direkte fastsætter en maksimal engrospris og indirekte en maksimal detailpris. I Det Forenede Kongerige fastsættes priserne ikke ved lov, men medicinalfirmaernes avance er undergivet kontrol, som det fremgår af beslutningens betragtning 44-46.

127 For det tredje fremgår det af beslutningens betragtning 29-31 og 34, at forskellene mellem de relevante nationale bestemmelser inden for dette område er en strukturel årsag til de betydelige prisforskelle mellem medlemsstaterne.

128 Det fremgår for det fjerde af beslutningens betragtning 30, 32 og 53, at kursudsving er en konjunkturbestemt årsag til prisforskelle. Dette fænomen, der potentielt berørte samtlige Fællesskabets medlemsstater den 6. marts 1998, på hvilken dato GSK gav Kommissionen meddelelse om sine almindelige salgsbetingelser, var fortsat relevant for Det Forenede Kongerige, Danmark og Sverige den 8. maj 2001, hvor Kommissionen vedtog sin beslutning, således som det fremgår af beslutningens betragtning 53.

129 For det femte er disse prisforskelle ifølge beslutningens betragtning 29 selv årsag til parallelhandelen med lægemidler i Fællesskabet. Ifølge beslutningens betragtning 33 og 34 er Danmark, Nederlandene og Det Forenede Kongerige de vigtigste destinationer for parallelhandel.

130 For det sjette har visse medlemsstater indført bestemmelser, der, uanset om de har til formål at fremme parallelhandel — som Kommissionen har anført i beslutningens betragtning 31, 33, 34, 36 og 52, men som bestrides af GSK — kan have denne virkning til følge. Dette er navnlig tilfældet i Det Forenede Kongerige, hvor National Health Service ifølge beslutningens betragtning 49 automatisk refunderer apotekerne et beløb svarende til producentens salgspris for lægemidlet på markedet i Det Forenede Kongerige, med fast fradrag af 4-5%, hvilket antages at svare til de besparelser, som apotekerne opnår ved indkøb til en lavere pris andetsteds.

131 For det syvende bærer patienterne ifølge beslutningens betragtning 31 og 51 normalt kun en begrænset del af prisen for lægemidler, som er omfattet af den nationale sygesikringsordning, men denne del varierer fra den ene medlemsstat til den anden. Den nationale sygesikringsordning bærer den overvejende del. Dette er navnlig tilfældet i Det Forenede Kongerige, hvor patienten, som det fremgår af beslutningens betragtning 48, betaler 6 GBP pr. lægemiddel, medmindre den pågældende tilhører en persongruppe, som er fritaget for betaling.

132 Kommissionen har i sin gennemgang af genstanden for artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser henvist til visse aspekter af denne beskrivelse. I beslutningens betragtning 117 henviser den således dertil for at godtgøre bestemmelsens virkning på parallelhandelen, hvilket ikke bestrides. Den henviser ligeledes dertil i beslutningens betragtning 121 for at begrunde, at medicinalfirmaerne besidder forhandlingsstyrke under den spanske procedure for fastsættelse af engrospriser for lægemidler, modsat hvad GSK har gjort gældende.

133 Kommissionen har imidlertid på intet tidspunkt undersøgt det særlige og væsentlige kendetegn for denne sektor, som består i, at priserne for de omhandlede produkter, som er undergivet kontrol fra medlemsstaterne, der direkte eller indirekte fastsætter dem til et niveau, de anser for passende, strukturelt betinget fastsættes forskelligt inden for Fællesskabet, og til forskel fra priser for andre forbrugsgoder, som Kommissionen har henvist til i sine skriftlige indlæg og under retsmødet, f.eks. sportsartikler eller motorcykler, i hvert fald i betydeligt omfang ikke bestemmes af udbud og efterspørgsel.

134 Denne omstændighed er til hinder for at antage, at parallelhandel øver indflydelse på de priser, der kræves af de endelige forbrugere af lægemidler, som er omfattet af den nationale sygesikringsordning, og indebærer herigennem en betragtelig fordel, som må sidestilles med den, der ville fremkomme, såfremt disse priser blev fastsat på grundlag af udbud og efterspørgsel.

135 Kommissionen har i øvrigt selv i sin meddelelse KOM(1998) 588 endelig af 25. november 1999 om det indre marked for lægemidler, hvortil der henvises i beslutningens betragtning 161 — og som parterne har henvist til i deres skriftlige indlæg og i deres svar på skriftlige spørgsmål fra Retten — indrømmet, at virkningen af parallelhandel med lægemidler ved første øjekast kan synes uklar for de endelige forbrugeres velfærd, og medmindre parallelhandelen kan have en dynamisk virkning på priserne, skaber den ineffektivitet, da størstedelen af den økonomiske gevinst, men dog ikke den hele, tilflyder parallelimportøren, snarere end sygesikringsordningerne eller patienterne (s. 6).

136 Det kan derfor ikke konkluderes, at det følger af en gennemgang af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser, der ifølge GSK har til formål at sikre, at de engrospriser, der er fastsat af Kongeriget Spanien, også kun finder anvendelse på de lægemidler, som de lovbestemt er fastsat for, at bestemmelsen i sig selv hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen.

137 Ingen af de argumenter, som er anført af Kommissionen eller af intervenienterne, kan rejse tvivl om denne konklusion.

138 Kommissionen kan navnlig ikke, som den har gjort i beslutningens betragtning 118 og 119, og i sine skriftlige indlæg, begrænse sig til at drage paralleller til aftaler, som den har haft anledning til at gennemgå som led i sin tidligere beslutningspraksis, for at antage, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ligner disse aftaler eller kan sidestilles med disse. Ved en sådan fremgangsmåde ses der helt bort fra den ovennævnte retlige og økonomiske sammenhæng, der ikke gælder de beslutninger, som er truffet i henhold til artikel 81, stk. 1 EF, og som Kommissionen henviser til.

139 Kommissionen har i øvrigt ikke grundlag for, som anført i beslutningens betragtning 120-123 og i sine skriftlige indlæg, at hævde, at de spanske regler om fastsættelse af engrospriser for lægemidler i sidste instans er uden betydning, henset til den forhandlingsstyrke, som disse giver medicinalfirmaerne. Den har heller ikke grundlag for, som anført i dens skriftlige indlæg, at hævde, at den omstændighed, at der sideløbende findes forskellige nationale bestemmelser, ligeledes er uden betydning, når henses til retspraksis (dommen i sagen BMW Belgium mod Kommissionen, nævnt i præmis 115 ovenfor, præmis 5, og Rettens dom af 19.5.1999, sag T-175/95, BASF mod Kommissionen, Sml. II, s. 1581, præmis 121-123 og 136).

140 Selv om det antages, at de spanske bestemmelser sikrer medicinalfirmaerne forhandlingsstyrke, således som Kommissionen og intervenienterne gentog under retsmødet, har disse bestemmelser tillige med andre medlemsstaters regler en betydelig indflydelse på et væsentligt konkurrenceparameter (jf. i analogi hermed dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 104 ovenfor, præmis 17 og 71), der indgår som en del af den sammenhæng, der ikke kan ses bort fra, under en konkurrencemæssig undersøgelse.

141 Der kan følgelig ikke drages nogen paralleller til de sager, som Kommissionen har henvist til, som ifølge dens egne oplysninger under retsmødet vedrørte prisstop for nye biler (dommen i sagen BMW Belgium mod Kommissionen, nævnt i præmis 115 ovenfor, præmis 5) eller autoreparationslak (dommen i sagen BASF mod Kommissionen, nævnt i præmis 139 ovenfor, præmis 123) i én af Fællesskabets medlemsstater, og den foreliggende sag, hvor det er et karakteristisk træk, at prisen for de omhandlede produkter, der i sidste instans fastsættes af medlemsstaterne, strukturelt er unddraget udbud og efterspørgsel, og fastsættes på strukturelt forskellige niveauer i hele Fællesskabet, uanset en resterende konkurrence, der kan finde udtryk i parallelhandel.

142 Det kan endelig ikke udledes af præmis 75 i dommen i sagen General Motors, nævnt i præmis 116 ovenfor, som Kommissionen henviste til i sine svar på skriftlige spørgsmål fra Retten samt under retsmødet, at der helt skal ses bort fra de faktiske omstændigheder, der fremgår af præmis 141.

143 Det følger således af præmis 75 i General Motors-dommen, at manglende skattemæssig harmonisering ikke er til hinder for at antage, at en aftale, der tilsigter at begrænse parallelhandel med biler, har et konkurrencebegrænsende formål, uanset at en sådan manglende harmonisering, som anført af Kommissionen under retsmødet, påvirker konkurrencen inden for denne sektor. På den anden side følger det således på ingen måde deraf, at de omhandlede statslige regler er uden konkurrencemæssig relevans, når de har til formål at hindre, at priserne for lægemidler, som er omfattet af de nationale sygesikringsordninger, fastsættes på grundlag af konkurrence.

144 Intervenienterne kan ikke med føje påberåbe sig, at de omhandlede statslige regler ikke i realiteten har til formål at hindre, at lægemiddelpriserne fastsættes på grundlag af udbud og efterspørgsel, men skal afbøde den manglende konkurrence som følge af lægemiddelvirksomhedernes vægt på markedet og sikre rimelige priser, således som de gjorde gældende under retsmødet.

145 Under behandlingen af en sag om annullation af en kommissionsbeslutning prøver Fællesskabets retsinstanser i henhold til artikel 230 EF lovligheden af denne. Intervenienternes argumentation bygger imidlertid på faktiske omstændigheder, der hverken er blevet henvist til eller så meget desto mere undersøgt af Kommissionen i dens beslutning. Det tilkommer ikke Retten at træde i dennes sted og foretage en umiddelbar gennemgang.

146 Denne argumentation skal endvidere sammenholdes med GSK's argumenter om, at de statslige patentregler skal give medicinalvirksomhederne mulighed for at få dækket deres omkostninger til forskning og udvikling (herefter »F&U«), idet de opnår et midlertidigt monopol; når dette udløber, foranlediger producenterne af generiske lægemidler, at der på ny opstår priskonkurrence, idet parallelimportører på markedet i patentbeskyttelsesperioden skaber en kunstig, ikke en effektiv, konkurrence i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF.

147 Kommissionens hovedkonklusion, hvorefter artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser skal anses for forbudt i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, for så vidt som den har til formål at begrænse parallelhandelen, kan derfor ikke tiltrædes. Da de pågældende lægemiddelpriser i vidt omfang unddrages samspil mellem udbud og efterspørgsel som følge af de bestemmelser, der finder anvendelse, og priserne fastsættes eller kontrolleres af offentlige instanser, kan det ikke uden videre anses for sikkert, at parallelhandel bidrager til lavere priser og dermed øger de endelige forbrugeres velfærd. En undersøgelse af ordlyden af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kan følgelig ikke, når henses til dens sammenhæng, give grundlag for at antage, at denne bestemmelse, der tilsigter at begrænse parallelhandelen, bidrager til at mindske de endelige forbrugeres velfærd. På denne baggrund, der for en stor dels vedkommende er ny, kan det ikke udledes af selve aftalens ordlyd, betragtet i den sammenhæng, den indgår i, at den er konkurrencebegrænsende, og der skal nødvendigvis tages hensyn til virkningerne af aftalen, om ikke andet for at bekræfte, hvad tilsynsmyndigheden antog på grundlag heraf.

— Konkurrencebegrænsende virkning

148 En undersøgelse af aftalens indvirkning på konkurrencen kræver for det første en afgrænsning af det eller de relevante markeder, såvel materielt som geografisk (Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 15, 16 og 18).

149 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen for så vidt angår det relevante produktmarked i beslutningens betragtning 112 og 113 anført, at det under hensyntagen til GSK's bemærkninger, hvorefter parallelhandelens karakter og omfang tillige med de almindelige salgsbetingelser kunne pege mod et produktmarked, der omfatter al receptpligtig medicin, ikke er nødvendigt præcist at fastsætte GW's markedsandel for hvert enkelt af de 82 produkter. For så vidt som Kommissionen under retsmødet rejste tvivl om GSK's bemærkninger, som disse betragtninger støttes på, bemærkes, at det fremgår af den supplerende anmeldelse, at beslutningen ikke på dette punkt er behæftet med fejl for så vidt angår faktum.

150 For så vidt angår det relevante geografiske marked anførte Kommissionen endelig i betragtning 114 til beslutningen, at det skal betragtes som værende nationalt, navnlig som følge af medlemsstaternes forskellige pris- og refusionsregler, forskellige mærke- og pakkestrategier og forskellige distributionssystemer samt ordineringspraksis.

151 Kommissionen har ikke udtrykkeligt opregnet de markeder, der påvirkes af aftalen. Kommissionen udleder imidlertid i betragtning 112-114, 117 og 126 til beslutningen, at der dels er tale om det spanske marked, hvor de spanske grossister må antages at købe lægemidler hos GW, dels samtlige nationale markeder i

Fællesskabet, hvor de må antages at videresælge dem, dvs. hvor de forskelle, der findes mellem den spanske pris og hjemmemarkedsprisen, er tilstrækkelige til at gøre parallelhandelen lukrativ, hvilket den har bekræftet i sine svar på Rettens skriftlige spørgsmål.

152 Som bekræftet under retsmødet, bestrider GSK ikke Kommissionens betragtning for så vidt angår det relevante geografiske marked. Det er følgelig ubestridt, at dette marked, der defineres som det område, hvor de objektive konkurrencevilkår for de berørte varer er ens, eller tilstrækkeligt ensartede, for samtlige erhvervsdrivende (Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 44 og 53, og Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 91), i det foreliggende tilfælde kan betragtes som nationalt, navnlig henset til de forskellige pris- og refusionsregler for lægemidler.

153 GSK har derimod bestridt Kommissionens betragtning vedrørende det relevante produktmarked. GSK har gjort gældende, at Kommissionen i betragtning af de spanske regler på dette område skulle have foretaget en sondring mellem på den ene side et marked, som er genstand for en regulering, og som omfatter lægemidler, der er bestemt til videresalg i Spanien, og som godtgøres dér, og på den anden side et frit marked, som omfatter lægemidler, der er bestemt til videresalg, og som godtgøres i enhver anden medlemsstat. Denne kritik forekommer imidlertid ikke begrundet.

154 Det fremgår af betragtning 112 og 113 til beslutningen, at Kommissionen ikke har uddybet spørgsmålet om afgrænsningen af det relevante produktmarked. På forespørgsel om, på hvilken baggrund den i praksis havde anlagt sine betragtninger, oplyste Kommissionen imidlertid i sine svar på Rettens skriftlige spørgsmål, at den havde foretaget en summarisk definition af det relevante produktmarked, uanset at den ikke anså det for nødvendigt at afgrænse dette, for så vidt som den havde kunnet slutte sig til dets eksistens på grundlag af formålet om konkurrencebegrænsning.

155 Kommissionen har endvidere dels i sine svar på spørgsmål, dels under retsmødet, anført, at selv om den ikke havde foretaget indgående overvejelser i denne henseende, havde den endelig henholdt sig til den definition, der sædvanligvis anvendes inde for dette område, nemlig en definition, der bygger på tredje niveau i det anatomiske og terapeutiske klassifikationssystem (herefter »ATC«), der er udarbejdet af European Pharmaceutical Marketing Research Association (herefter »EphMRA«). Som det fremgår af betragtning 16 og 110 til beslutningen, svarer dette til de terapeutiske og farmakologiske undergrupper, der er fastsat for lægemidlerne.

156 Når Retten træffer afgørelse i en sag vedrørende en påstand om annullation af en fællesskabsretsakt, tilkommer det den selv at fortolke denne retsakt, navnlig når den fællesskabsinstitution, som har udstedt den, angiver, hvorledes den skal fortolkes (Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 55 og 56). I det foreliggende tilfælde følger det af en samlet betragtning af beslutningen, at Kommissionen stiltiende, men nødvendigvis, har lagt et marked til grund, der forstås som markedet for lægemidler, der dækkes af den spanske sygesikringsordning, for så vidt som de kan være genstand for parallelhandel til andre af Fællesskabets medlemsstater. Kommissionen har således i beslutningens betragtning 64-71 beskrevet parallelhandel med lægemidler, som forhandles af GW i Spanien, generelt, og i beslutningens betragtning 72-75 beskrevet følgerne af de almindelige salgsbetingelser for denne. På samme måde har Kommissionen i beslutningens betragtning 117, 126, 137, 139 og 140 undersøgt den begrænsende virkning af salgsbetingelsernes artikel 4, idet den samtidig har samlet sin opmærksomhed om et udvalg på otte lægemidler, som er særligt egnede til parallelhandel, og som den havde fået oplysning om fra GSK. Endelig har den ligeledes på tilsvarende måde i beslutningens betragtning 144 vurderet den mærkbare konkurrencebegrænsende virkning samt i beslutningens betragtning 146 påvirkningen af handelen mellem medlemsstaterne.

157 Som det fremgår af punkt 13 og 14 i Kommissionens meddelelse 97/C 372/03 om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997 C 372, s. 5, punkt 13 og 14), er institutionen forpligtet til at afgrænse det relevante produktmarked særligt under hensyn til efterspørgselssubstitution og udbudssubstitution.

158 For så vidt angår efterspørgselssubstitution fremgår det af artikel 1, litra a), i Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EFT L 336, s. 21), at det ved aftaler som den, der er omtvistet i den foreliggende sag, skal undersøges, hvilke varer der af køberen anses for indbyrdes ombyttelige eller substituerbare med aftalevarerne på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.

159 Det forekommer ikke åbenbart urigtigt at antage, at køberen, dvs. den spanske grossist, der må antages at ville drive parallelhandel, er mindre interesseret i terapeutisk indikation og farmakologiske egenskaber for de enkelte lægemidler, som han køber hos GW, end den omstændighed, at samtlige lægemidler er omfattet af den spanske sygesikringsordning, hvorfor de spanske myndigheder har fastsat prisen for disse. Det forekommer heller ikke åbenbart urigtigt at antage, at denne køber er mindre interesseret i prisen for hvert af disse lægemidler som sådan, end i den omstændighed, at prisforskellen mellem Spanien og bestemmelsesmedlemsstaten for hvert af disse lægemidler er tilstrækkelig stor til at gøre parallelhandel lukrativ. Under disses omstændigheder er det ikke åbenbart urigtigt at lægge til grund, at samtlige lægemidler, som er omfattet af den spanske sygesikringsordning, og som kan videresælges med overskud som følge af den prisforskel, der findes mellem Spanien og bestemmelsesmedlemsstaten, udgør et produktmarked.

160 For så vidt angår det andet aspekt må det konstateres, således som det fremgår af GSK's betragtninger, som Kommissionen har lagt til grund i beslutningens betragtning 112 og 113, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser er blevet udformet for generelt at behandle spørgsmålet om parallelhandel med GW's lægemidler mellem Spanien og medlemsstater, i hvilke denne aktivitet kan være lukrativ for de spanske grossister.

161 De spanske bestemmelser er såvel fra købernes som fra GSK's betragtning derfor snarere udtryk for det, der forener det relevante produktmarked, end en omstændighed, der giver anledning til en sondring mellem et marked for

lægemidler, bestemt til anvendelse i Spanien, som er reguleret, og et marked for lægemidler, bestemt til eksport, som er frit. Den sondring, som GSK har foreslået, bygger snarere på de spanske bestemmelsers åbenbart territoriale karakter og det relevante geografiske markeds nationale dimension, hvilket selskabet i øvrigt medgav under retsmødet.

162 For det andet skal aftalens aktuelle eller potentielle virkninger for konkurrencen undersøges. Denne undersøgelse omfatter en sammenligning af den konkurrencesituation, der er opstået som følge af aftalen, og den, der ville have foreligget uden denne (Société technique minière-dommen, nævnt i præmis 55 ovenfor, på s. 216, og dommen i sagen Deere mod Kommissionen, nævnt i præmis 112 ovenfor, præmis 76).

163 Det bemærkes for det første, at det fremgår af beslutningens betragtning 26 og 28, at anvendelsen af de almindelige salgsbetingelser, der trådte i kraft den 9. marts 1998, blev suspenderet den 16. oktober 1998, og at de fortsat var suspenderet, da beslutningen blev vedtaget, som parterne bemærkede under retsmødet. Kommissionens undersøgelse skal derfor hovedsagelig ses som en undersøgelse af betingelsernes potentielle virkning for konkurrencen, hvilket parterne var enige om under retsmødet.

164 I denne forbindelse har GSK indrømmet, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser har eller kan have en begrænsende virkning på parallelhandelen, men det bestrides, at de begrænser eller kan begrænse konkurrencen. Sagsøgerens hovedargumenter vedrører i det væsentlige fire aspekter af Kommissionens argumentation i beslutningen. For det første betyder den omstændighed, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser begrænser parallelhandelen og gør indgreb i de spanske grossisters handlefrihed, ikke i sig selv, at den begrænser konkurrencen. For det andet bevirker den omstændighed, når henses til bestemmelsens retlige og økonomiske sammenhæng, at der hermed indføres en ordning med differentierede priser, ikke i sig selv, at den begrænser konkurrencen. For det tredje antog Kommissionen blot, at artikel 4 begrænsede parallelhandelen, gjorde indgreb i de spanske grossisters handlefrihed

og førte til differentierede priser, således at den ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at den begrænsede konkurrencen. For det fjerde har Kommissionen i hvert fald ikke taget hensyn til den omstændighed, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser alene opvejede den konkurrencefordrejning, som var forårsaget af Kongeriget Spanien.

165 Det skal undersøges, om disse forskellige kritikpunkter viser, at det i beslutningen med urette er lagt til grund, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser bevirkede en begrænsning af konkurrencen.

166 For det første bemærkes, at det, som det fremgår af betragtning 126 til beslutningen, er ubestridt, at bestemmelsen bevirkede en begrænsning af parallelhandelen med lægemidler, som GW markedsfører i Spanien. I en række tilfælde erstatter den således 4 A-prisen, som er betragteligt lavere end den pris, der gælder i visse andre medlemsstater end Spanien, med 4 B-prisen, hvor forskellen er mindre eller ikke eksisterer. Herigennem ophæves eller reduceres den fortjeneste, som de spanske grossister ville kunne opnå fra eksporthandel.

167 Det bemærkes imidlertid, at den omstændighed, at en aftale bevirker eller kan bevirke, at parallelhandelen begrænses, ganske vist isoleret betragtet, medfører en påvirkning af handelen mellem medlemsstater, men ikke nødvendigvis en konkurrencebegrænsning. At der foreligger en sådan begrænsning, godtgøres af de følger, som denne begrænsning af parallelhandelen har eller kan have for konkurrenceparametrene, f.eks. størrelsen af leverancerne af et produkt eller dets salgspris (jf. i denne retning dommen i sagen Tepea mod Kommissionen, nævnt i præmis 118 ovenfor, præmis 41, 43 og 56).

168 Såfremt artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ikke fandtes, ville de spanske grossister være i stand til at købe lægemidler til den engrospris, som fastsættes af de spanske myndigheder, uafhængigt af, hvilken medlemsstat der er lægemidlernes

salgsdestination, og hvilken national sygesikringsordning de er tænkt omfattet af, og derefter videresælge dem i enhver medlemsstat, hvor prisen er tilstrækkeligt højere end den spanske pris, således at de kan opnå en fortjeneste under hensyn til transaktionsomkostninger. Men dette giver ikke grundlag for at antage, at der findes en konkurrencebegrænsende virkning, uden hensyn til spørgsmålet om, i hvilket omfang parallelhandel bidrager til en priskonkurrence, når henses til medlemsstaternes betydning inden for dette område.

169 GSK har således med rette gjort gældende, at Kommissionen efter at have påpeget virkningerne af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser også skulle have påvist dens virkning for konkurrencen.

170 For det andet bestrides det ikke, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser, som det fremgår af beslutningens betragtning 137-139, bevirker, at de spanske grossisters handlefrihed begrænses, navnlig friheden til at vælge aftagere.

171 Alle aftaler, som begrænser parternes eller én af parternes handlefrihed, er ikke nødvendigvis omfattet af det forbud, der er fastsat i artikel 81, stk. 1, EF (Domstolens dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 97, og Rettens dom af 18.9.2001, sag T-112/99, M6 m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2459, præmis 76). Enhver aftale mellem erhvervsdrivende på forskellige led i produktions- og distributionskæden binder disse og begrænser følgelig i henhold til aftalens bestemmelser deres handlefrihed. I den foreliggende sag gælder, at uanset til hvilken pris de spanske grossister accepterer at købe et lægemiddel hos GW på det spanske marked (4 A- eller 4 B-prisen), er deres handlefrihed begrænset, ud fra en økonomisk betragtning, for så vidt som de ikke stedse er i stand til at videresælge dem til en lavere pris på andre nationale markeder i Fællesskabet. Da formålet med Fællesskabets konkurrenceregler er at undgå, at virksomheder gennem en begrænsning af den indbyrdes konkurrence eller konkurrencen fra tredjemand begrænser velfærden for den endelige forbruger af de berørte produkter (jf. præmis

118), skal det endvidere godtgøres, at den pågældende restriktion begrænser konkurrencen til skade for den endelige forbruger. Kommissionen oplyste endvidere selv under retsmødet, at begrænsningen af de spanske grossisters handlefrihed var vanskelig at bedømme isoleret set og alene var udgangspunkt for dens undersøgelse.

172 GSK har følgelig med rette gjort gældende, at Kommissionen efter at have beskrevet virkningen af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser for de spanske grossisters handlefrihed skulle have godtgjort, hvorledes denne bestemmelse begrænsede konkurrencen til skade for den endelige forbruger.

173 For det tredje bestrides det ikke, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser skaber en ordning med differentierede priser, afhængig af om det enkelte af de 82 lægemidler enten er tænkt til videresalg og refusion i Spanien eller i en af de andre medlemsstater.

174 Uanset at beslutningens betragtning 139 ved første øjekast kan synes uklar på dette punkt, viser en gennemgang, at Kommissionen fandt, at en sådan ordning indebar forskelsbehandling på grundlag af det pågældende produkts destination (det spanske marked over for de andre nationale markeder). Kommissionens skriftlige indlæg bekræfter denne fortolkning. Dels sammenlignes den ordning med forskellige priser, som GW indførte, med en afskrækkende prisdifferentiering afhængig af destinationsland, idet Kommissionen fandt, at den førte til anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 81, stk. 1, litra d), EF. Dels henviste Kommissionen til retspraksis vedrørende artikel 82, litra c), EF, hvis ordlyd er identisk med artikel 81, stk. 1, litra d), EF.

175 Artikel 81, stk. 1, litra d), EF forbyder aftaler, hvorefter ulige vilkår finder anvendelse for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen.

176 I det foreliggende tilfælde hersker der ikke tvivl om, at de spanske grossister er GW's handelspartnere, og at GW anvender forskellige vilkår, alt efter om de videresælger lægemidlerne i Spanien eller i andre EF-medlemsstater. Det er derimod ikke godtgjort, at disse salg udgør ydelser af samme værdi, og følgelig om betingelserne i artikel 81, stk. 1, litra d), EF er opfyldt.

177 Det fremgår således af den retspraksis, som Kommissionen har henvist til, at artikel 82, litra c), EF ikke er til hinder for, at en dominerende virksomhed fastsætter sine priser forskelligt i de enkelte medlemsstater, når prisforskellene specielt er begrundet i forskelle med hensyn til markedsføringsvilkår og intensiteten i konkurrencen, men den må ikke benytte kunstige forskelle i prisniveauerne i de enkelte medlemsstater, der kan stille dens kunder ringere og fordreje konkurrencen som led i en kunstig afskærmning af de nationale markeder (dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 152 ovenfor, præmis 160 og den deri nævnte retspraksis). Mere generelt følger det heraf, at såfremt en dominerende virksomhed uden objektiv begrundelse anvender forskellige priser, er dette et indicium for forskelsbehandling, såfremt disse priser anvendes på et bestemt geografisk marked, der kendetegnes af tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, mens dette ikke er tilfældet, såfremt de anvendes på forskellige geografiske markeder, der kendetegnes af utilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår, navnlig når henses til den relevante retlige baggrund (jf. i denne retning dommen i sagen United Brands mod Kommissionen, nævnt i præmis 152 ovenfor, præmis 44-56, 207, 208, 225, 228 og 233, og dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 152 ovenfor, præmis 92-96, 161, 164, 165, 167 og 170).

178 Disse betragtninger kan overføres på den foreliggende sag, hvor en producent og dennes grossister enes om at anvende forskellige priser, afhængig af i hvilken medlemsstat de pågældende produkter agtes videresolgt og refunderet. Det er imidlertid ubestridt, at hver af disse medlemsstater udgør et særskilt marked, for så vidt som det pågældende geografiske marked er nationalt, navnlig som følge af forskellige ordninger vedrørende lægemiddelpriser og -godtgørelse. Kommissionen

har selv i beslutningen givet udtryk for, at når de spanske grossister leverede til et af de nationale markeder, var de navnlig i betragtning af den relevante lovgivning undergivet konkurrencevilkår, der for så vidt angår prisen, der netop er det parameter, som artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser vedrører, var ensartede.

179 GSK har således med rette gjort gældende, at det ikke er tilstrækkeligt at konstatere, at der findes en prisforskel, som grundlag for at slutte, at der foreligger forskelsbehandling. Det er nemlig muligt, at virksomheden anvender forskellige priser, fordi der findes forskellige markeder, og ikke for at skabe forskellige markeder.

180 Kommissionen har i øvrigt selv foreslået denne forklaring, idet den i sin meddelelse KOM(1998) 588 endelig, nævnt i præmis 135 ovenfor, anførte, at medicinalvirksomhedernes prisdiskriminering afspejler forskelle i betalingsevnen (s. 6), og tilføjede generelt, at det ville være særdeles vanskeligt at fastlægge et passende prisniveau for hele Fællesskabet, idet et lavt prisniveau umiddelbart ville være til gavn for udgifterne til sygebehandling, men samtidig ville føre til en støt nedgang i Europas bidrag til de globale investeringer i F&U, og et højt prisniveau vil bremse adgangen til lægemidler for forbrugerne og betalingsorganerne i de lande, hvor de økonomiske og sociale forhold gør, at der ikke er råd til at betale sådanne priser (s. 14).

181 GSK har for det fjerde navnlig gjort gældende, at Kommissionen ikke på nogen anden måde har godtgjort, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser medførte en begrænsning af konkurrencen.

182 Dette er imidlertid ikke korrekt. Kommissionen konkluderede derimod efter en, hvad den selv indrømmede i sine svar på skriftlige spørgsmål fra Retten var en relativt summarisk undersøgelse — som imidlertid er tilstrækkelig, henset til de

faktiske omstændigheder i den foreliggende sag (jf. ovenfor, præmis 119), samt GSK's argumenter — at denne artikel ligeledes begrænsede de endelige forbrugeres velfærd, idet den var til hinder for, at de gennem lavere priser og omkostninger drager fordel af, at de spanske grossister deltager i konkurrencen inden for mærker på de markeder, der er destination for parallelhandel fra Spanien.

183 Kommissionen fastslog således i betragtning 72-75 til beslutningen, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser krævede, at de spanske grossister, der købte lægemidler, der i Spanien markedsførtes af GW, skulle betale en højere pris (4 B-prisen) end den, de spanske myndigheder fastsatte, og som de skulle have betalt, såfremt de almindelige salgsbetingelser ikke fandtes (4 A-prisen). Denne bestemmelse bevirker følgelig, at den forskel, der hidtil havde været tale om mellem de priser, der var gældende i Spanien, og i de øvrige EF-medlemsstater, i en lang række tilfælde mindskedes eller ophævedes. Der er tale om mange tilfælde, uanset om man ser bort fra de omkostninger, som de spanske grossister påføres, såfremt de deltager i parallelhandel (transport, omemballering mv.), eller om de medregnes. GSK har ikke bestridt disse faktiske omstændigheder.

184 Kommissionen har endvidere i betragtning 48 og 51 til beslutningen fastslået, at en om end begrænset del af prisen for lægemidler, der er omfattet af de almindelige salgsbetingelser, i en række medlemsstater dækkedes af patienterne, som i denne forbindelse er den endelige forbruger — i dette udtryks økonomiske forstand — af de pågældende produkter. Kommissionen fastslog endvidere i betragtning 49 og 51 til beslutningen, at den resterende del af prisen for disse lægemidler dækkedes af den nationale sygesikringsordning, der ligeledes må anses for en endelig forbruger af de pågældende produkter, idet den fordeler de økonomiske risici for sundhedsudgifter mellem de forsikrede. Domstolen har i øvrigt allerede henvist til den særlige karakter, der i denne henseende er ved handel med lægemidler, som er præget af, at omkostningerne til lægemidler ikke dækkes af forbrugerne, men af institutionerne for social sikring (Domstolens dom af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar m.fl., Sml. s. 523, præmis 20). GSK har ikke bestridt disse faktiske omstændigheder, hvis betydning for begrundelsen for beslutningen Kommissionen erindrede om under retsmødet.

185 Selv om det antages, at konkurrencen mellem de spanske grossister inden for parallelhandel, eller mellem disse grossister og forhandlere på markedet i den medlemsstat, der er destination for parallelhandelen, er begrænset, således at de priser, de beregner ved videresalg, kun er så meget lavere, at de netop kan tiltrække detailhandlende, hvilket overbevisende fremgår af visse dokumenter, som GSK har fremlagt, kunne Kommissionen, som det fremgår af betragtning 140 til beslutningen, af de ovenfor anførte faktiske omstændigheder udlede, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser var til hinder for denne konkurrence, og navnlig for det pres, der ville have været i mangel af denne bestemmelse, på stykprisen for de omhandlede lægemidler til skade for den endelige forbruger, hvorved forstås såvel patienten som den nationale sygesikringsordning, der handler på vegne af de berettigede.

186 Som Kommissionen bemærkede i betragtning 133 til beslutningen samt tillige i sine svar på Rettens skriftlige spørgsmål og under retsmødet, er det ubestridt, at dette pres kan være marginalt, såfremt det betragtes isoleret i forhold til ét af nationale markeder, f.eks. Det Forenede Kongerige, der berøres af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser. Kommissionen anførte imidlertid ligeledes i betragtning 140 til beslutningen, at den omstændighed, at en hindring for dette pres ved hjælp af en aftale, der var indgået med et stort antal af de spanske grossister, og som påvirkede et betydelig antal produkter og nationale markeder inden for Fællesskabet gennem en netværkseffekt, bidrager til eller kan bidrage til at styrke den prisstivhed, der allerede findes på markedet. Denne styrkelse er imidlertid i strid med artikel 81, stk. 1, EF (jf. i denne retning Metro I-dommen, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 22, og Domstolens dom af 29.10.1980, sag 209/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 139).

187 GSK har ikke godtgjort, at der er tale om fejl i denne henseende. Sagsøgeren indrømmede derimod under retsmødet, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser, som uanset at bestemmelsen navnlig havde til formål at hindre en forskydning af fortjenesten til grossisterne, kunne mindske den, ganske vist begrænsede, fordel, som deres deltagelse i konkurrencen inden for mærket medfører for den endelige forbruger på det marked, der er destination for parallelhandelen.

188 Kommissionen fastslog endelig i betragtning 33, 34, 52 og 134 til beslutningen, at visse nationale sygesikringsordninger i forskellig grad og på forskellige måder stimulerede parallelhandelen for at nedbringe udgifterne til refusionsberettigede lægemidler. Uanset at GSK har bestridt, at de nationale foranstaltninger, som Kommissionen har henvist til, har til formål at fremme parallelhandelen, har sagsøgeren ikke bestridt, at de kan have en sådan virkning, hvilket Kommissionen uimodsagt fremførte under retsmødet. Visse af de dokumenter, som GSK har fremlagt, understreger derimod overbevisende, at dette kan være tilfældet. GSK har ligeledes, senest i sine svar på skriftlige spørgsmål og under retsmødet, medgivet, at visse medlemsstater har truffet foranstaltninger til at få del i de besparelser, som apotekerne opnår gennem parallelhandel.

189 Med udgangspunkt i et eksempel, der bygger på Det Forenede Kongerige, der ifølge GSK udgør det største marked for parallelhandel med lægemidler, som markedsføres af GW i Spanien, udledte Kommissionen i betragtning 134 til beslutningen, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser bevirkede, at de nationale sygesikringsordninger ikke opnåede den fordel i form lavere udgifter, endog uanset lavere detailpriser, de skulle have haft af de spanske grossisters deltagelse i mærkekonkurrencen. Samtidig med at GSK under retsmødet understregede virkningens ringe betydning, indrømmede sagsøgeren i øvrigt dens eksistens. GSK indrømmede ligeledes, at en sådan virkning kunne forekomme i andre medlemsstater end Det Forenede Kongerige.

190 Henset til disse omstændigheder, hvis relevans GSK ikke har rejst tilstrækkelig tvivl om, må det følgelig konkluderes, at Kommissionen med rette kunne lægge den forudsætning til grund, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser var til skade for de endelige forbrugeres velfærd, idet de var til hinder for, at de kunne drage fordel — i form af lavere priser og omkostninger — af de spanske grossisters deltagelse i konkurrencen inden for mærket på de nationale markeder, der var målet for parallelhandel fra Spanien.

191 GSK har ikke fremført argumenter, der kan rejse tvivl om denne konklusion.

192 Navnlig er GSK's hovedargument om, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser er berettiget, idet den alene opvejede den konkurrencefordrejning, som var forårsaget af Kongeriget Spanien, ikke begrundet. Den omstændighed, at den retlige og økonomiske sammenhæng, som virksomhederne arbejder inden for, bidrager til at begrænse konkurrencen, kan ikke bevirke, at det billiges, at disse virksomheder gennem en hindring eller en begrænsning af den konkurrence, som findes eller opstår på trods af denne sammenhæng, selv handler i strid med konkurrencereglerne (dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 104 ovenfor, præmis 620, og CIF-dommen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 57).

4. Konklusion

193 Det følger af det anførte, at det ikke er lykkedes GSK at skabe tvivl om Kommissionens konklusion om, at de almindelige salgsbetingelser udgjorde en aftale i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 81, stk. 1, EF.

194 Det følger ligeledes heraf, at uanset at Kommissionens hovedkonklusion, hvorefter artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser havde til formål at begrænse konkurrencen, ikke er korrekt, har GSK ikke formået at rejse tvivl om Kommissionens subsidiære konklusion, hvorefter bestemmelsen bevirkede, at de endelige forbrugere ikke opnåede den pris- og omkostningsfordel, de ville have opnået, såfremt de spanske grossister deltog i konkurrencen inden for mærket på de nationale markeder, der er målet for parallelhandelen fra Spanien.

195 Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF kan derfor ikke tiltrædes.

C — *Anbringendet om magtfordrejning som følge af manglende overholdelse af subsidiaritetsprincippet og tilsidesættelse af artikel 43 EF*

1. Parternes argumenter

196 GSK har navnlig gjort gældende, at beslutningen med sit forbud mod differentierede priser i sidste instans pålagde virksomheden at anvende de priser, som fastsattes af de spanske myndigheder med henblik på engrossalg af lægemidler til videresalg i Spanien, og som dækkedes af den spanske sygesikring, på engrossalg af lægemidler til videresalg i andre medlemsstater eller som dækkedes af andre nationale sygesikringsordninger, som havde deres eget priskontrolsystem. Dette udgjorde en krænkelse af subsidiaritetsprincippet. Det var endvidere i strid med etableringsretten i henhold til artikel 43 EF. For så vidt som Kommissionen hermed støttede en ensretning af priser for lægemidler inden for Fællesskabet, gjorde den sig herved skyldig i magtfordrejning.

197 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne bestridt rigtigheden af dette anbringende.

2. Rettens bemærkninger

198 Det bemærkes for det første, at en beslutning kun er behæftet med magtfordrejning, såfremt det på grundlag af objektive, relevante og samstemmende indicier fremgår, at den må antages at være truffet udelukkende eller dog i det mindste overvejende for at forfølge andre formål end dem, der er angivet (Domstolens dom af 21.6.1958, sag 8/57, Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 105, org.ref.: Rec. s. 223, på s. 245, og af 11.11.2004, forenede sager C-186/02 P og C-188/02 P, Ramondín m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10653, præmis 44).

199 I det foreliggende tilfælde fremgår det af GSK's skriftlige indlæg, at sagsøgeren gør sig overvejelser om Kommissionens formål, men ikke har påberåbt sig omstændigheder, der med tilstrækkelig sikkerhed godtgør, at beslutningen udelukkende eller i afgørende grad alene er blevet vedtaget for at fremme ensartede priser for lægemidler i Fællesskabet.

200 For det andet bestemmer artikel 5, stk. 2, EF, at på de områder, som ikke hører ind under dets enekompetence, handler Fællesskabet, i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og derfor, på grund af den påtænkte handlings omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan.

201 I relation til artikel 81, stk. 1, EF konkretiseres subsidiaritetsprincippet gennem afgrænsningen af det deri indeholdte forbud mod aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Når en række objektive retlige eller faktiske omstændigheder med en tilstrækkelig grad af sikkerhed gør det muligt at forudse, at en sådan adfærd kan udøve direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne, kan denne adfærd antages at kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne (dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 253, og Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-359/01 P, British Sugar mod Kommissionen, Sml. I, s. 4933, præmis 27), således at det er rimeligt, at Fællesskabet handler, henset til omfanget og virkningerne af dets foranstaltning (jf. i denne retning Rettens dom af 23.10.2003, sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 4653, præmis 197 og 198).

202 Når denne foranstaltning har form af en kommissionsbeslutning, er den følgelig i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, såfremt den med tilstrækkelig sikkerhed godtgør, at handelen mellem medlemsstater kan påvirkes af den aftale mellem virksomheder, de vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, hvis lovlighed den undersøger.

203 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen i det væsentlige i betragtning 145 og 146 til beslutningen anført, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kan påvirke handelen mellem medlemsstater, idet der hermed blev indført forskellige priser, afhængig af om de grossister, som GW handlede med i Spanien, havde til hensigt at videresælge lægemidlerne i Spanien eller i andre medlemsstater inden for Fællesskabet, hvilket GSK ikke har bestridt.

204 For det tredje indrømmer artikel 43 EF statsborgere fra medlemsstaterne, som i henhold til artikel 48 EF ligestilles med selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, den grundlæggende ret til frit (Domstolens dom af 6.10.1981, sag 246/80, Broekmeulen, Sml. s. 2311, præmis 20, og af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 28 og 29) at etablere sig på en anden medlemsstats område på samme vilkår, som gælder for dens egne statsborgere, og forbyder, at der opretholdes eller indføres forbud mod begrænsninger i denne ret.

205 Sådanne begrænsninger omfatter enhver form for nationale regler, som ganske vist finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men som stiller borgere fra andre medlemsstater faktisk eller retligt ringere end borgere, der er hjemmehørende i etableringsmedlemsstaten, og således kan gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt at udøve denne grundlæggende rettighed, med forbehold af de undtagelser, der følger af traktaten eller er anerkendt af Domstolen (Domstolens dom af 11.5.1999, sag C-255/97, Pfeiffer, Sml. I, s. 2835, præmis 18 og 19, og af 21.4.2005, sag C-140/03, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3177, præmis 27).

206 I det foreliggende tilfælde har GSK nedlagt påstand om annullation af en beslutning om anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF, som er blevet vedtaget af Kommissionen under udøvelsen af den kompetence, som den er tillagt i henhold til de

fællesskabsretlige konkurrenceregler. En sådan beslutning kan ifølge forholdets natur hverken udgøre eller indeholde en national foranstaltning, der kan udgøre en foranstaltning, som er forbudt i henhold til artikel 43 EF. Det er således ikke relevant at gøre dette gældende som støtte for, at denne bestemmelse er blevet tilsidesat (jf. analogt for så vidt angår artikel 49 EF Domstolens kendelse af 23.2.2006, sag C-171/05 P, Piau mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser — jf. dog Sml. 2006 I, s. 37*, præmis 58).

207 Anbringendet om magtfordrejning, manglende overholdelse af subsidiaritetsprincippet og tilsidesættelse af artikel 43 EF skal følgelig forkastes i sin helhed, i lighed med GSK's påstand om annullation af beslutningens artikel 1.

II — *Anbringenderne om annullation af beslutningens artikel 2*

A — *Anbringendet om utilstrækkelig begrundelse*

1. Parternes argumenter

208 GSK har navnlig gjort gældende, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet, idet Kommissionen ikke foretog en behørig undersøgelse af de faktiske omstændigheder og de beviser, som den fik forelagt under den administrative procedure vedrørende fordele og ulemper ved parallelhandel og af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser for så vidt angik konkurrencen inden for lægemiddelsektoren, som krævet under hensyn til dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor.

209 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne bestridt rigtigheden af dette anbringende.

2. Rettens bemærkninger

210 Spørgsmålet om, hvornår Kommissionens undersøgelse er tilstrækkelig i relation til en beslutning om anvendelse af konkurrencereglerne, henhører ikke under efterprøvelsen af, om der findes en begrundelse, eller dennes omfang, men af rigtigheden af Kommissionens vurdering (dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, nævnt i præmis 54 ovenfor, præmis 67, og Rettens dom af 13.1.2004, sag T-158/99, Thermenhotel Stoiser Franz m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 97).

211 I det foreliggende tilfælde har GSK gjort gældende, at beslutningen ikke er tilstrækkeligt begrundet, idet undersøgelsen af de faktiske omstændigheder og de beviser, der er fremlagt til støtte for sagsøgerens anmodning om fritagelse, ikke er tilstrækkelig. Sagsøgeren har således ikke så meget bestridt, at beslutningens begrundelse er utilstrækkelig, som at begrundelsen for Kommissionens vurdering af anmodningen ikke er korrekt i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

212 Anbringendet vedrører således i realiteten anbringendet om tilsidesættelse af denne bestemmelse, som gennemgås i det følgende.

213 GSK søger ligeledes at gøre gældende, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet for så vidt angår afslaget på virksomhedens anmodning om fritagelse, hvilken kritik ikke forekommer begrundet. I betragtning 147-188 til beslutningen har Kommissionen således tilstrækkeligt udførligt redegjort for, hvorfor anmodningen efter Kommissionens opfattelse skulle afvises, idet der ikke er ført tilstrækkeligt bevis for, at betingelserne for fritagelse, først og fremmest øget effektivitet, var opfyldt, således at GSK var i stand til at følge dens ræsonnement, og det kan undergives en retslig prøvelse.

B — *Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 3, EF*

1. Beslutningens indhold

214 Kommissionen har i betragtning 147-189 til beslutningen anført, at GSK ikke havde godtgjort, at betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF var opfyldt i det foreliggende tilfælde.

215 For så vidt angår den første betingelse for anvendelse af bestemmelsen fandt Kommissionen ifølge betragtning 151 og 154-176 til beslutningen, at GSK ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort, at de almindelige salgsbetingelser kunne bidrage til at fremme den tekniske udvikling og forbedre distributionen af lægemidler.

216 For så vidt angår den anden betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF fandt Kommissionen ifølge betragtning 177-186 til beslutningen, at GSK ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort, at forbrugerne ville blive sikret en rimelig andel af fordelen ved de almindelige salgsbetingelser.

217 Kommissionen bemærkede endvidere i betragtning 187 og 188 til beslutningen, at det heller ikke var godtgjort, at de almindelige salgsbetingelser ikke pålagde begrænsninger, som ikke var nødvendige, og ikke udelukkede konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende lægemidler.

2. Parternes argumenter

218 GSK har gjort gældende, at Kommissionens konklusion om, at det ikke var bevist, at betingelserne for opnåelse af en fritagelse var opfyldt, er behæftet med fejl, der kan begrunde, at beslutningens artikel 2 annulleres.

219 Generelt har sagsøgeren navnlig gjort gældende, at Kommissionen ikke har foretaget en seriøs undersøgelse af de faktiske omstændigheder og de beviser, som støtter virksomhedens anmodning om en fritagelse. Sagsøgeren har endvidere fremført argumenter vedrørende de enkelte betingelser for anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF.

220 Hvad for det første angår den første af disse betingelser har GSK dels gjort gældende, at Kommissionen ikke har foretaget en seriøs undersøgelse af de faktiske omstændigheder og af sagsøgerens beviser for, at parallelhandelen bevirkede mindre effektivitet og reducerede virksomhedens innovationskapacitet, mens artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser derimod ville medføre en øget effektivitet, idet den gav virksomheden mulighed for at øge sin innovationskapacitet. GSK finder, at Kommissionen med urette konkluderede, at det ikke var godtgjort, at parallelhandel havde forbindelse til innovationen, og at den i hvert fald havde en mærkbar betydning for innovationen. Sagsøgeren finder at have påvist, at den bidrager til fremme af den tekniske udvikling.

221 GSK har endvidere anført, at Kommissionen med urette konkluderede, at det ikke var godtgjort, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser bidrog til at forbedre distributionen af lægemidler gennem en begrænsning af parallelhandelen, som medfører forsinkelser af markedsføringen i visse medlemsstater, samt en ikke ideel fordeling af de lægemidler, som GSK tilbyder.

222 For så vidt angår den anden betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF har GSK anført, at Kommissionen med urette konkluderede, at det ikke fremgik, at forbrugerne ville blive sikret en rimelig andel af fordelen ved de almindelige salgsbetingelsers artikel 4. Kommissionen havde således identificeret forbrugerne forkert, idet den inkluderede grossister, og idet den ikke fuldt ud tog hensyn til medlemsstaternes betydning inden for den pågældende sektor. Dens vurdering af samtlige de fordele, som forbrugerne kunne forvente at opnå, som følge af ordningen med prisdifferentiering i sammenligning med den situation, der findes på grund af parallelhandel, er endvidere åbenbart urigtig.

223 GSK finder endvidere, at det klart er påvist, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser var nødvendig — i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i tredje betingelse for anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF — for at opnå de fordele, som den forventede bestemmelsen ville medføre for forbrugerne.

224 GSK finder endelig, at det er godtgjort, at bestemmelsen ikke bevirkede, at en væsentlig del af konkurrencen udelukkedes, henset til dens karakter og intensitet, i overensstemmelse med fjerde betingelse for anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF.

225 Kommissionen har med støtte af intervenienterne bestridt rigtigheden af disse argumenter.

226 Den har for det første gjort gældende, at den har foretaget en seriøs og behørig undersøgelse af samtlige de faktiske omstændigheder og de beviser, som GSK har fremlagt til støtte for sin anmodning om fritagelse.

227 Den har for det andet gjort gældende, at det var berettiget at konkludere, at GSK ikke havde ført bevis for, at betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF var til stede.

228 I denne forbindelse finder den for det første, at det ikke var tilstrækkeligt, at GSK påstod, at den aftale, som virksomheden havde indgået i den hensigt eller med den virkning at hindre parallelhandelen, ville give den mulighed for at maksimere sine handelsoverskud og at anvende en del af disse til finansiering af sine aktiviteter inden for F&U. Sagsøgeren skulle derimod gennem tilstrækkeligt overbevisende omstændigheder have godtgjort, at der var tale om en objektiv, særlig og umiddelbar årsagsforbindelse mellem den begrænsning af konkurrencen, som aftalen medførte, og en øget effektivitet, som kunne opveje den. I den foreliggende sag kunne Kommissionen imidlertid konstatere, at en sådan årsagsforbindelse ikke var blevet påvist.

229 Kommissionen finder for det andet, at GSK's argumenter om, at problemerne med parallelhandel forstyrrer distributionen af lægemidler og fører til forsinkelser af markedsføringen, hvilket artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser skulle afhjælpe — selv om man antager, at argumentationen er tilstrækkeligt specifik til at kunne tages i betragtning — ikke på noget tidspunkt blev tilstrækkeligt underbygget under den administrative procedure.

230 Kommissionen finder for det tredje, at grossisterne skal anses for forbrugere, og at det kan antages, at de i lighed med patienterne og de nationale sygesikringsordninger drager fordel af parallelhandelen. Kommissionen har endvidere anført, at det derimod aldrig er blevet tilstrækkeligt godtgjort, at forbrugerne ligeledes ville drage fordel af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser.

231 Kommissionen har for det fjerde gjort gældende, at GSK's argumenter, modsat beslutningen, ikke viser, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser er nødvendig.

232 For det femte har Kommissionen ligeledes gjort gældende, at GSK's argumenter ikke rejser alvorlig tvivl om dens vurdering af, at det ikke var blevet godtgjort, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ikke i sidste instans udelukkede konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter.

3. Rettens bemærkninger

a) Indledende betragtninger

233 Som Kommissionen i øvrigt bemærkede i betragtning 153 til beslutningen samt under retsmødet, kan enhver aftale, der begrænser konkurrencen, uanset om det skyldes dens virkning eller dens formål, i princippet omfattes af en fritagelse (dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 255-257 og s. 259-263, og Rettens dom af 15.7.1994, sag T-17/93, Matra Hachette mod Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 85).

234 Anvendelsen af denne bestemmelse kræver, at visse betingelser er opfyldt i nødvendigt og tilstrækkeligt omfang (dommen i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 57 ovenfor, præmis 38, og dommen sagen Matra Hachette mod Kommissionen, nævnt i præmis 233 ovenfor, præmis 104). Det kræves for det første, at den pågældende aftale bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, for det andet, at den sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, for det tredje, at der ikke pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, samt at der for det fjerde ikke gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

235 Den, der påberåber sig artikel 81, stk. 3, EF, skal følgelig ved hjælp af argumenter og tilstrækkelige beviser godtgøre, at disse betingelser er opfyldt (Domstolens dom af 17.1.1984, sag 43/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 52, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor, præmis 78).

236 Kommissionen skal for sin del foretage en sagligt forsvarlig undersøgelse af disse argumenter og beviser (dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 259), dvs. tage stilling til, om de godtgør, at betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt. I visse tilfælde kan disse argumenter og beviser medføre en forpligtelse for Kommissionen til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages, at den part, der påberåber sig artikel 81, stk. 3, EF, har løftet bevisbyrden (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor, præmis 79). I sådanne tilfælde skal Kommissionen, som den har anført i sine skriftlige indlæg, gendrive disse argumenter og beviser.

237 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen, som den i øvrigt understregede i sine skriftlige indlæg og under retsmødet, koncentreret sin undersøgelse om den første betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF. Det fremgår af betragtning 151 og 154-176 til beslutningen, at den ikke fandt, at de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK havde påberåbt sig under den administrative procedure, godtgjorde, at den var opfyldt.

238 Kommissionen bekræftede under retsmødet, at de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK havde påberåbt sig for at godtgøre, at forbrugerne sikredes en rimelig andel af de fordele, som de almindelige salgsbetingelser medførte, og følgelig, at den anden betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF var opfyldt, blev afvist i konsekvens deraf. Som det fremgår af betragtning 179 til beslutningen, fandt Kommissionen, at idet GSK ikke havde ført bevis for, at begrænsning af parallelhandelen sikrer opnåelse af nogle af de ovennævnte fordele efter første betingelse, kan den anden betingelse efter artikel 81, stk. 3, EF heller ikke opfyldes,

og den kræver derfor ikke yderligere undersøgelse. Først senere og for fuldstændighedens skyld behandlede Kommissionen i betragtning 180-186 til beslutningen visse af GSK's argumenter for at godtgøre, at parallelhandel ikke indebar nogen fordele for forbrugerne.

239 Tredje og fjerde betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF blev, som Kommissionen har anført i sine skriftlige indlæg og under retsmødet, undersøgt summarisk, og ligeledes i konsekvens af det anførte forkastet. Den tredje betingelse blev således forkastet i betragtning 187 til beslutningen, idet det ikke var påvist, at de almindelige salgsbetingelser sikrede fordele, hvorfor det fulgte deraf, at der ikke forelå noget bidrag, hvis nødvendighed kunne undersøges. Den fjerde betingelse blev forkastet i betragtning 188 til beslutningen, idet GSK ikke havde fremført noget argument til støtte for den, som virksomheden ikke allerede havde fremsat, og som ikke allerede var blevet afvist.

240 Under disse omstændigheder tilkommer det Retten først at træffe afgørelse om, hvorvidt Kommissionen havde grundlag for at konkludere, at de faktiske omstændigheder og beviser, som støttede GSK's anmodning om fritagelse, ikke godtgjorde, at den første betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF var opfyldt. Kun såfremt dette spørgsmål besvares benægtende, skal Retten ligeledes afgøre, om Kommissionen havde grundlag for at konkludere, at det heller ikke var blevet godtgjort, at de øvrige tre betingelser for anvendelse af denne bestemmelse var opfyldt.

241 Den efterprøvelse, der skal foretages af en retsinstans, der skal træffe afgørelse vedrørende en påstand om annullation af en beslutning om anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF, er — for så vidt som den står over for komplekse økonomiske vurderinger — med hensyn til sagens realitet begrænset til en efterprøvelse af, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, og om de retlige kvalifikationer, der er udledt heraf, er korrekte (dommen i sagen Consten og Grundig, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 260; Metro I-dommen, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 25, dommen i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 57 ovenfor, præmis 34; og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 55 ovenfor, præmis 279).

242 Den skal således ikke alene efterprøve, om de beviser, der henvises til, er materielt nøjagtige, pålidelige og sammenhængende, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner (Domstolens dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Lavel, Sml. I, s. 987, præmis 39, og Rettens dom af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575 af Afgørelser, præmis 62 og 63).

243 Det tilkommer derimod ikke Retten at sætte sit økonomiske skøn i stedet for det, der er anlagt af ophavsmanden til den beslutning, hvis lovlighed den er blevet anmodet om at efterprøve.

244 Det bemærkes, at Kommissionen navnlig råder over en skønsmargin, som kun kan undergives en begrænset retslig efterprøvelse, når det er blevet fastslået, at et af de kriterier, som i henhold til artikel 81, stk. 3, EF giver mulighed for en fritagelse, er opfyldt; herunder foretages der en vægtning af de fordele, som en gennemførelse af aftalen forventes at have, og de ulemper, som den indebærer for den endelige forbruger som følge af sin betydning for konkurrencen, idet der foretages en afvejning på grundlag af almene hensyn, som vurderes på fællesskabsplan.

245 I øvrigt omfatter efterprøvelsen af Kommissionens beslutning alene de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da den anfægtede beslutning blev udstedt, hvilket ikke anfægter parternes mulighed for under udøvelsen af deres ret til kontradiktion at supplere dem med bevismidler, der daterer sig efter dette tidspunkt, som specielt er tilvejebragt med henblik på at anfægte eller forsvare beslutningen (jf. ovenfor, præmis 58).

246 I det foreliggende tilfælde følger det heraf, som Kommissionen med rette bemærkede i sine svar på skriftlige spørgsmål fra Retten og under retsmødet, at der på forhånd skal ses bort fra de beviser, som ikke fandtes på det tidspunkt, da den

anfægtede beslutning blev udstedt, og som ikke specielt var blevet tilvejebragt med henblik på at anfægte eller forsvare beslutningen, for så vidt som den konkluderer, at GSK's anmodning om fritagelse skulle afvises, navnlig de faktiske oplysninger om tidsrummet 2001-2005 og analyserne med titlerne »Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade«, der var udarbejdet af York University i maj 2003, »The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis«, udarbejdet af London School of Economics and Political Sciences i januar 2004, »Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union«, udarbejdet af M. Ganslandt og K. E. Maskus i februar 2004.

b) Bevis for øget effektivitet

247 En fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF kræver, at aftalen bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. Et sådant bidrag kan ikke antages at findes i enhver fordel, som opnås af de virksomheder, som deltager i aftalen, idet den skal indebære mærkbare objektive fordele, som kan opveje de ulemper, aftalen medfører for konkurrencen (jf. med hensyn til forbedring af produktionen og fordelingen dommen i sagen Consten og Grundig, nævnt i præmis 110 ovenfor, på s. 260-261, Rettens dom af 8.6.1995, sag T-7/93, Langnese-Iglo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1533, præmis 180, og dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, nævnt i præmis 201 ovenfor, præmis 139; jf. endvidere med hensyn til fremme af udviklingen, dommen i sagen Matra Hachette mod Kommissionen, nævnt i præmis 233 ovenfor, præmis 108-111).

248 Det tilkommer således i første række Kommissionen at undersøge, om de faktiske omstændigheder og beviser, som den har fået forelagt, er tilstrækkelige til at godtgøre, at den pågældende aftale giver mulighed for at opnå mærkbare objektive fordele (jf. i denne retning Metro I-dommen, nævnt i præmis 109 ovenfor, præmis 43, Metro II-dommen, nævnt i præmis 58 ovenfor, præmis 55; Rettens dom i sagen

M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 171 ovenfor, præmis 143, og af 21.3.2002, sag T-231/99, Joynson mod Kommissionen, Sml. II, s. 2085, præmis 48 og 49), hvorved bemærkes, at disse ikke alene kan opnås på det relevante marked, men, i givet fald, også på ethvert andet marked (Rettens dom af 28.2.2002, sag T-86/95, Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1011, præmis 343).

249 Dette kan omfatte en fremtidsanalyse, i hvilket tilfælde det skal undersøges, om det i betragtning af de forelagte faktiske omstændigheder og beviser er mere sandsynligt, at den pågældende aftale giver mulighed for at opnå mærkbare objektive fordele, eller at dette ikke er tilfældet (jf. i denne retning dommen i sagen Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 248 ovenfor, præmis 365, og dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, nævnt i præmis 201 ovenfor, præmis 143; jf. endvidere analogt dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt i præmis 242 ovenfor, præmis 42 og 43, og dommen i sagen General Electric mod Kommissionen, nævnt i præmis 242 ovenfor, præmis 64).

250 I givet fald skal Kommissionen for det andet vurdere, om disse mærkbare objektive fordele kan opveje de ulemper for konkurrencen, som er blevet konstateret under undersøgelsen vedrørende artikel 81, stk. 1, EF (jf. i denne retning dommen i sagen Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 186 ovenfor, præmis 183-186).

251 I det foreliggende tilfælde har GSK gjort gældende, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser giver mulighed for at opnå fordele, såvel i omsætningsled før det relevante marked, idet den indebærer fordele for innovationen, som på selve dette marked, idet den optimerer distributionen af lægemidler. Den endelige forbruger, der må antages at få gavn af disse fordele, er den samme, da disse markeder svarer til forskellige led i værdikæden.

252 Det skal for det første undersøges, om Kommissionen havde grundlag for at konkludere, at de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK havde forelagt, og som indebar en fremtidsanalyse, ikke med tilstrækkelig grad af sandsynlighed

godtgjorde, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser gav mulighed for at opnå en mærkbar objektiv fordel, som kunne opveje den skade, den medførte for konkurrencen, idet den fremmede innovationen.

Tilstedeværelsen af en mærkbar objektiv fordel

253 Henset til GSK's kritik redegøres der først for de faktiske omstændigheder og beviser, som virksomheden har anført til støtte for sin anmodning om fritagelse, hvorefter Kommissionens undersøgelse af disse skal efterprøves.

254 Det bemærkes for det første, at betragtning 90, 92-99, 151 og 154 til beslutningen samt betragtning 64-68, som de henviser til, indeholder en kortfattet gengivelse af de argumenter, som GSK anførte for at overbevise Kommissionen om, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kunne fremme innovationen.

255 Det fremgår således af beslutningen, at disse argumenter er koncentreret om to nært forbundne, om end særskilte akser. Som det dels fremgår af første punktum i betragtning 154 til beslutningen, bevirker parallelhandelen med de lægemidler, som GW markedsfører i Spanien, at mærkekonkurrencen bliver mindre effektiv, for så vidt som den svækkede GSK's innovationskapacitet. Som det dels fremgår af andet og tredje punktum af betragtningen, vil artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser medføre en øget effektivitet med hensyn til mærkekonkurrencen, idet den vil give GSK mulighed for at øge sin innovationskapacitet.

256 Det fremgår ligeledes af beslutningen, at disse to akser i begrundelsen blev udviklet i anmeldelsen fra GW, i den supplerende anmeldelse fra GSK og navnlig i en række beviser af økonomisk eller økonometrisk karakter, som GSK fremlagde under den administrative procedure, navnlig i sit svar på Kommissionens meddelelse af klagepunkter. Disse beviser blev tilført sagsakterne, navnlig som bilag til GSK's skriftlige indlæg, hvis indhold de støtter og supplerer, og i øvrigt som led i foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse. Der er tale om følgende dokumenter:

— analysen »Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports«, udarbejdet af London Economics

— analysen »Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements«, udarbejdet af Frontier Economics

— analysen »The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare«, udarbejdet af professor P. Rey

— analysen »The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique«, udarbejdet af Frontier Economics

— analysen »The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique«, udarbejdet af professor P. Rey

— fremstillingen »Glaxo Wellcome's R&D budgeting process« af A. Baxter.

257 Det fremgår af en samlet betragtning af beslutningen og de øvrige dokumenter, der er nævnt i den foregående præmis, at GSK's argumenter — uanset at de er indeholdt i forskellige dokumenter, at de fremstilles forskelligt, og at de indholdsmæssigt er mere eller mindre udviklede, navnlig henset til meddelelsen af de klagepunkter, som det dokument, de er indeholdt i, kritiserer — i det væsentlige er følgende.

258 Det fremgår dels af de dokumenter, som GSK har fremlagt, at parallelhandelen med lægemidler, som GW markedsfører i Spanien, fører til lavere effektivitet.

— Det er karakteristisk for sektoren for patenterede lægemidler, som er omfattet af en national sygesikringsordning, at innovation er det vigtigste parameter for konkurrencen inden for mærker.

— Innovation sikres gennem et udgiftsniveau inden for F&U, som både er betragteligt og højere end det, der karakteriser de fleste andre industrier; i GSK's tilfælde andrager disse udgifter ca. 14% af omsætningen, svarende til ca. 1,3 mia. GBP.

— Da investeringer i F&U er bekostelige, risikobehæftede og langsigtede, finansieres de i første række navnlig af egne midler, frem for gennem lån; i GSK's tilfælde finansieres de udelukkende af egne midler.

— Finansieringen af F&U afhænger dels af aktuelle indtægter, dels af forventede indtægter; for GSK's vedkommende blev en forøgelse på 230 gange virksomhedens finansieringskapacitet i 1980'erne og 1990'erne muliggjort af meget succesfulde lægemidler, navnlig Zantac, der i 1994 udgjorde 40% af de globale indtægter.

— Parallelhandel reducerer indtægterne for den pågældende medicinalvarevirksomhed (skematisk udtrykt svarer hver enhed, der sælges til en pris på 100 i oprindelseslandet til en usolgt enhed til en pris på 100 + n i destinationslandet) og er følgelig til hinder for muligheden for at anvende en optimal pris, dvs. en pris, der beregnes på grundlag af de særlige præferencer for hver enkelt medlemsstat, ved samtlige salg på hvert af de nationale markeder i medlemsstaterne.

— Resultatet koncentreredes om visse produkter og visse geografiske markeder; i GSK's tilfælde angår tabene navnlig visse lægemidler, der forbruges i Det Forenede Kongerige.

— Følgen er betragtelig, henset til den betydelige forskel, der findes mellem den aktuelle pris i de forskellige medlemsstater inden for Fællesskabet; specielt var forskellen mellem den spanske pris og prisen i Det Forenede Kongerige i 1998 for de otte mest berørte lægemidler (jf. præmis 11) på mindst 21 og højst 132%.

— GSK fremlagde i denne forbindelse fortrolige skønsberegninger over de indtægtstab, der var forårsaget af parallelhandel fra samtlige medlemsstater rettet mod Det Forenede Kongerige for samtlige virksomhedens lægemidler, samt for indtægtstab forårsaget af parallelhandel fra Spanien rettet mod Det Forenede Kongerige for de otte mest berørte lægemidler i årene 1996, 1997 og 1998.

— Parallelhandel bevirker ligeledes en reduktion af det beløb, som GSK kan fradrage som F&U-investeringer i det overskud, der anvendes ved beregningen af, om virksomheden overstiger det maksimale niveau for målforrentning, som er fastsat af National Health Service; GSK fremlagde i denne forbindelse fortrolige skøn over tab forårsaget af parallelhandel fra alle lande og fra parallelhandel fra Spanien i 1998.

— Den omstændighed, at medicinalvarevirksomheden i øvrigt fortsat opnår tilsyneladende betydelige overskud, betyder ikke, at disse argumenter er irrelevante, idet der skal tages hensyn til, hvorledes F&U-investeringer bogføres, deres tidsmæssige spredning, den gennemsnitlige udgift hertil og den grad af risiko, de er udtryk for.

— Parallelhandel bevirker endelig, at kapaciteten til finansiering af F&U mindskes; i denne forbindelse har GSK fremlagt fortrolige skøn vedrørende den procentdel af overskuddet inden skat, som den reinvesterede i F&U, samt vedrørende reduktionen af virksomhedens budget til F&U, svarende til indtægtstab forårsaget af parallelhandel med oprindelse i Spanien til Det Forenede Kongerige for de otte mest berørte lægemidler i årene 1996, 1997 og 1998.

— Den omstændighed, at denne reduktion er kvantitativt begrænset, betyder ikke, at argumentet er irrelevant, idet der herved alene er tale om følgerne af parallelhandel med oprindelse i Spanien til Det Forenede Kongerige med hensyn til de otte mest berørte lægemidler i tidsrummet 1996, 1997 og 1998, og hvor en kvantitativt begrænset reduktion under alle omstændigheder kan have betydelige følger i kvalitativ henseende, navnlig idet mindre rentable eller mere risikable projekter som følge deraf opgives; GSK har henvist til ni projekter, der blev opgivet af denne grund.

— Parallelhandel har derimod få positive virkninger, idet parallelimportører kun er udsat for en ringe priskonkurrence og selv beholder en væsentlig del af forskellen mellem prisen i oprindelsesmedlemsstaten og prisen i bestemmelsesmedlemsstaten, fordi presset på priserne mindskes, og den endelige forbruger kun opnår begrænsede fordele.

259 Ifølge de dokumenter, som GSK har fremlagt, bevirker artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser derimod en effektivitetsgevinst.

— Omkostningerne til F&U er globale og fælles, idet de omfatter en aktivitet, som udføres på verdensplan og for en betydelig dels vedkommende ikke kan henføres til et specielt produktionssted eller produkt.

— I de fleste medlemsstater styrer medicinalvarevirksomhederne ikke priserne; de accepterer at levere til et nationalt marked, såfremt den pris, de offentlige myndigheder fastsætter, giver dem mulighed for at dække deres marginalomkostninger, men de skal fortsat, hvor det er muligt, opnå dækning for de samlede globale, fælles omkostninger til F&U.

— Ordningen med differentierede priser, som er fastsat i artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser, giver mulighed for at opnå dækning af udgifterne til F&U, idet den sikrer, at priserne på hvert af de nationale markeder fastsættes til et niveau, svarende til den endelige forbrugers præferencer, dvs. i sidste instans til den pågældende medlemsstats; den giver navnlig mulighed for at hindre, at den pris, der fastsættes af Kongeriget Spanien, eksporteres til Det Forenede Kongerige.

— Den stærke konkurrence inden for innovation, som hersker inden for denne sektor, sikrer, at GSK handler som en fornuftig erhvervsdrivende, idet virksomheden i nødvendigt omfang anvender yderligere overskud til investeringer inden for F&U.

260 Som anført af Kommissionen i betragtning 151, 154, 155 og 169 til beslutningen, var det for det andet ikke godtgjort, at parallelhandel havde en negativ betydning for GSK's F&U-aktiviter, og det var i hvert fald ikke bevist, at parallelhandelen havde en mærkbar negativ betydning for disse aktiviteter.

261 I betragtning 157-168 til beslutningen har Kommissionen således i det væsentlige undersøgt, om det var godtgjort, at parallelhandelen medførte en lavere effektivitet, hvilket den konkluderede ikke var tilfældet. Den fandt det derfor ikke fornødent nærmere at undersøge, om det var bevist, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser for sin del medførte en øget effektivitet, idet den kun behandlede dette spørgsmål én gang, nemlig i betragtning 156 til beslutningen.

262 Når henses til relevansen af de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK havde fremlagt, kan den undersøgelse, som Kommissionen foretog af den mindre effektivitet som følge af parallelhandelen, omfanget af denne lavere effektivitet samt den højere effektivitet som følge af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser, derfor ikke anses for tilstrækkelig som begrundelse for de konklusioner, som Kommissionen nåede frem til med hensyn til disse.

— Relevansen af de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK har fremlagt

263 Det bemærkes, at de faktiske omstændigheder, som GSK har gjort gældende, og de beviser, som er fremlagt til støtte herfor, indholdsmæssigt virker relevante,

troværdige og sandsynlige (dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 83 ovenfor, præmis 1838), og at de selv i flere væsentlige henseender underbygges af dokumenter fra Kommissionen.

264 Meddelelse KOM(1998) 588 endelig, nævnt i præmis 135 ovenfor, der navnlig tager sigte på en uddybning af det indre marked for lægemidler, som denne sag ikke omhandler, behandler endvidere forholdet — ud fra Kommissionens betragtning — mellem innovation, parallelhandel og konkurrence inden for denne sektor. Det fremgår af dennes ordlyd, at Kommissionen foruden den erklæring, der er henvist til i præmis 135 vedrørende parallelhandelens tvetydige virkning for den endelige forbrugers velfærd, endvidere har bemærket følgende:

— Lægemiddelindustrien er baseret på forskning (s. 3 og 10), og det er klart, at der inden for sektoren for patentbeskyttede lægemidler konkurreres kraftigt om at komme først med nye lægemidler (s. 15), hvilket sender en jævn strøm af nye produkter på markedet (s. 10), hvorimod der er relativt lidt dynamisk priskonkurrence, når produktet først er bragt på markedet (s. 15).

— Lægemiddelindustrien skal betale for investeringer i F&U (s. 13), og der er derfor behov for, at indtjeningen ligger på et vist niveau for at dække de F&U-udgifter, der er nødvendige med henblik på at skabe nye produkter (s. 16 og 21).

— Uanset at lægemiddelindustrien i Europa er en stærk industrisektor, hvis investeringer i F&U i 1997 tredobledes i forhold til de forudgående ti år, har den været præget af en åbenbar faldende konkurrencedygtighed, hvilket fortsat

bekræftes, uanset at situationen er ved at ændres; en af årsagerne hertil er, at den samlede rentabilitet og kapitalafkastet forekommer at være betydeligt højere i USA end i Den Europæiske Union (s. 4).

— For at finansiere sine F&U-aktiviteter søger lægemiddelindustrien at opnå profit på verdensplan (s. 3)

— Der er betydelige forskelle mellem medlemsstaterne i Den Europæiske Union, både for så vidt angår de generelle makroøkonomiske vilkår (især indkomst og BNP pr. indbygger) og inden for sygesikringsordningerne; der synes at bestå et stabilt positivt forhold mellem udgifter til sygdomsbehandling og indkomster, uanset at dette ikke er fuldkomment (s. 5).

— Der er ligeledes store forskelle fra den ene medlemsstat til den anden for så vidt angår priser, hvilket kan forklares ud fra en række faktorer; et aspekt i disse forskelle synes at være spørgsmålet om, i hvor høj grad medlemsstaterne benytter sig af priskontrol, uanset at der også findes konjunkturbestemte faktorer såsom inflation og valutaudsving (s. 6).

— Euroens indførelse skulle bidrage til mere stabile forhold for de medlemsstater, der deltager i Den Økonomiske og Monetære Union (ØMU). Det vil dog også gøre prisforskellene på det europæiske marked mere synlige, og det kunne atter tilskynde grossister og de enkelte apotekere til at handle over grænserne (s. 8).

— Det ville være særdeles vanskeligt at fastlægge et passende prisniveau for hele Fællesskabet. Et lavt niveau ville umiddelbart være til gavn for udgifterne til sygebehandling (i det mindste i de medlemsstater, hvor priserne for tiden er høje), men det ville føre til en støt tilbagegang i Europas bidrag til de globale F&U-investeringer i lægemidler og i det lange løb munde ud i en total mangel på investering fra den europæiske økonomis side. Et højt prisniveau ville begrænse adgangen til lægemidler for forbrugerne og betalingsorganerne i de lande, hvor de økonomiske og sociale forhold gør, at der ikke er råd til at betale sådanne priser (s. 13).

— Prisdifferentiering fra lægemiddelvirksomhedernes side afspejler forskelle i betalingsevnen (s. 6).

265 Disse uddrag vedrørende innovationens betydning og virkningen af henholdsvis parallelhandel og prisdifferentiering for innovation skal ikke forstås som udtryk for, at de faktiske omstændigheder, som GSK har henvist til, nødvendigvis er korrekte, eller at de giver et fuldstændigt og udtømmende billede af Kommissionens stilling til dette komplekse spørgsmål. Forholdet er imidlertid, at de underbygger en del af disse argumenter og den økonomiske analyse i de bevisdokumenter, der er fremlagt til støtte for dem, hvilket godtgør deres troværdighed og sandsynlighed.

266 I sine svar på skriftlige spørgsmål fra Retten understregede Kommissionen, at det af meddelelse KOM(1998) 588 endelig, nævnt i præmis 135 ovenfor, ligeledes fremgik, at til trods for store prisforskelle fra den ene medlemsstat til den anden krævedes tiltag, der gik i retning af overholdelse af principperne for det indre marked, og ikke kunne tjene som begrundelse for at træffe foranstaltninger, der har til følge, at det fælles marked forbliver opdelt eller opdeles yderligere på nationale markeder. Kommissionen bemærkede endvidere, at beslutningen var i overensstemmelse med denne betragtning. Dette argument kan imidlertid ikke godtages. Det forudsætter

således, at en aftale, hvorefter patentbeskyttede lægemidler, der dækkes af nationale sygesikringsordninger, sælges til forskellige priser på forskellige geografiske markeder, afhængig af præferencerne hos den endelige forbruger, der bærer udgifterne, under ingen omstændigheder kan opnå fritagelse. Dette følger på ingen måde af artikel 81 EF.

267 For så vidt angår en mere generel økonomisk teori bemærkes, at Kommissionen som bilag til sin replik fremlagde »Executive Summary« til en undersøgelse af 8. februar 1999 med titlen »The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks«, udarbejdet af NERA for Kommissionens generaldirektorat »Det Indre Marked og Finansielle Tjenesteydelser«. Uddraget, navnlig betragtningerne på s. 5, støtter visse af de analyser, der er indeholdt i de beviser, GSK har fremlagt, vedrørende den interesse, som en medicinalvarevirksomhed kunne have i at anvende forskellige priser afhængig af, på hvilket marked lægemidlerne markedsføres, og de endelige forbrugeres særlige præferencer.

268 Henset til disse omstændigheder kan Kommissionen, som selv fandt, at den ordning med differentierede priser, som blev indført ved artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser, var udtryk for forskelsbehandling som følge af bestemmelsesstedet for de pågældende lægemidler (præmis 174), som led i sin undersøgelse i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, ikke — som den har gjort i sine svar på skriftlige spørgsmål fra Retten — hævde, at spørgsmålet ikke er relevant for den undersøgelse, der skal foretages vedrørende artikel 81, stk. 3, EF. Den kan heller ikke hævde, at GSK ikke har rejst det under den administrative procedure eller under den foreliggende sag. Med sin gentagne indsigelse mod, at de priser, som pålægges den i Spanien, eksporteres til Det Forenede Kongerige, henviser GSK navnlig til, at virksomheden har til hensigt at indføre differentierede priser for at sikre, at dens salg i Det Forenede Kongerige i det hele sker til de priser, som denne medlemsstater tillader GSK at anvende, og ikke til de priser, som Kongeriget Spanien pålægger virksomheden.

— Mindre effektivitet som følge af parallelhandel

269 Det bemærkes, at konklusionen om, at det ikke er godtgjort, at parallelhandel bevirker mindre effektivitet, idet den ændrer GSK's innovationskapacitet, støttes på en gennemgang i betragtning 155-161 til beslutningen, som ikke tager hensyn til samtlige de faktiske omstændigheder og relevante beviser, som GSK har fremlagt, modsat hvad Kommissionen har anført i sine skriftlige indlæg, og har ikke støtte i overbevisende beviser. Uanset at Kommissionen ikke er forpligtet til at gennemgå samtlige de argumenter, der gøres gældende, skal den imidlertid i overensstemmelse med den retspraksis, der er henvist til i præmis 236 og 242, foretage en behørig undersøgelse af de relevante argumenter, og om fornødent tilbagevise dem under henvisning til beviser, der støtter dens egen konklusion.

270 Samlet betragtet fremgår det af disse argumenter, at det konkurrenceproblem, som GSK stod over for, og den løsning, som den forestillede sig at anvende, var følgende.

271 For det første karakteriseres lægemiddelsektoren af betydningen af innovationskonkurrence. F&U er dyr og risikabel. Omkostningerne hertil er samtidigt faste (afhænger ikke af mængden af solgte lægemidler), fælles (opstår i et tidligere produktions- og distributionsled og er til dels ikke knyttet til et bestemt lægemiddel) og globale (ikke knyttet til et bestemt land). Omkostningerne finansieres hyppigere af virksomhedens egne midler end ved lån. De kræver følgelig en optimal indtægtsstrøm. Indtægtsoptimering kan opnås gennem tilpasning af priserne for lægemidler afhængigt af de endelige forbrugeres præferencer. Prisdifferentiering giver således mulighed for at opnå dækning for omkostningerne til F&U hos endelige forbrugere, der er rede til at betale for dette. Denne form for prisdifferentiering, der her forelægges i en forenklet form, betegnes blandt økonomer som »Ramsey Pricing« (Ramsey priser).

272 Indførelsen af denne prispraksis inden for lægemiddelsektoren kendetegnes af visse særlige træk. Når lægemidler er patentbeskyttede, kan priserne særligt i producentens interesse i patentbeskyttelsesperioden fastsættes til et højere niveau end de marginale omkostninger. Nås disse lægemidler imidlertid refunderes af nationale sygesikringsordninger, må prisen i almenhedens interesse direkte (priskontrol) eller indirekte (overskudskontrol) fastsættes til et niveau, der ikke ligger væsentligt over de marginale omkostninger. Forskellen herimellem er udtryk for en præference hos den endelige forbruger, dvs. navnlig den nationale sygesikringsordning. Hvis denne er relativt følsom over for lægemiddelpriser, er forskellen typisk begrænset; hvis den er relativt ufølsom over for denne pris, er forskellen typisk væsentlig. Graden af følsomhed afhænger i praksis af forskellige parametre, f.eks. levestandarden eller de offentlige finanser. Den andel af udgifterne til F&U, som lægemiddelproducenterne får dækket, varierer følgelig fra den ene medlemsstat til den anden, afhængig af de indtægter, som de gældende priser giver mulighed for at opnå. I det foreliggende tilfælde kan GSK som følge af den gældende ordning således få de globale, fælles omkostninger til F&U dækket i Det Forenede Kongerige.

273 For det tredje bevirker parallelhandel et ukendt, men klart fald i disse indtægter. Denne praksis, der blandt økonomer er kendt som »free riding« (snylteri), kendetegnes af, at mellemhandleren opgiver den rolle, han traditionelt har inden for værdikæden, for at blive arbitragør og herigennem opnå en større del af fortjenesten. Legitimiteten af denne formueforskydning fra producenten til mellemhandleren er ikke i sig selv konkurrenceretligt interessant, idet dette aspekt alene beskæftiger sig med betydningen for den endelige forbrugers velfærd. For så vidt som mellemhandleren deltager i mærkekonkurrence, kan parallelhandelen have en konkurrencefremmende virkning. Inden for lægemiddelsektoren fremtræder denne aktivitet imidlertid også i et særligt lys, idet den ikke indebærer nogen klar fordel for den endelige forbruger.

274 For det fjerde søger artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser at optimere indtægterne og at neutralisere parallelhandelen. Den begrænser den mulighed, som GW's grossister tidligere havde, for at sælge lægemidler, som de havde indkøbt til den pris, der var fastsat med henblik på refusion fra den spanske sygesikrings-

ordning, uden for Spanien. Den giver således mulighed for salg i andre medlemsstater til den pris, der er fastsat med henblik på refusion fra den pågældende nationale sygesikringsordning. Overskudssikring for producenten vil sandsynligvis medføre øget effektivitet i forhold til den situation, hvor avancen deles med mellemhandleren, fordi en fornuftig producent, som kan garantere rentabiliteten af sine innovationer, og som er aktiv inden for en sektor, hvor der typisk er en skarp konkurrence inden for udvikling, har al mulig interesse i at geninvestere i hvert fald en del af sin yderligere avance i udvikling.

275 Det fremgår imidlertid af selve opbygningen af betragtning 155-161 til beslutningen, at Kommissionen, efter at have anerkendt betydningen af konkurrence på udvikling inden for den pågældende sektor, undlod at foretage en indgående undersøgelse af de faktiske omstændigheder og de beviser, som GSK havde fremlagt, vedrørende karakteren af investeringer i F&U, de særlige kendetegn ved finansiering inden for F&U, finansieringskapaciteten inden for F&U, parallelhandelens betydning for F&U samt gældende lovgivning, men begrænsede sig, som det fremgår af betragtning 155 til beslutningen til bemærkninger, der mildt sagt er ufuldstændige og, som GSK med rette har gjort gældende, er lidet relevante eller overbevisende.

276 En sådan undladelse er særligt alvorlig, når Kommissionen skal tage stilling til, om betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt inden for en retlig og økonomisk sammenhæng, der som lægemiddelsektoren kendetegnes ved, at konkurrencen er fordrejet som følge af nationale ordninger. Denne omstændighed forpligter Kommissionen til særligt omhyggeligt at undersøge de argumenter og beviser, som den, der påberåber sig artikel 81, stk. 3, EF, har gjort gældende.

277 Første punktum i betragtning 157 til beslutningen, der vedrører de faktorer, der begrunder beslutninger om F&U, støttes således på en af de økonomiske undersøgelser, der er indeholdt i sagens akter, men gengiver denne ufuldstændigt og lidet overbevisende. Det fremgår ganske vist af undersøgelsen, at parallelhandel

ikke er hoveddrivkraften bag beslutninger om F&U. Det tilføjes imidlertid umiddelbart efter i andet punktum i samme betragtning, at beslutningerne navnlig træffes under hensyn til det generelle overskud eller produkternes forventede rentabilitet i forhold til F&U-omkostningerne. Der er herved tale om faktorer, som parallelhandelen ifølge GSK har en negativ indflydelse på, hvilket Kommissionen anerkender i betragtningens tredje punktum. Når henses til de beviser, der er fremlagt til støtte herfor, kan Kommissionen ikke under disse omstændigheder undlade at uddybe sin undersøgelse i denne henseende.

278 Den resterende del af betragtning 157 til beslutningen, der blot indeholder en henvisning til GSK's mulige reaktioner på den lavere effektivitet, som parallelhandelen kan forårsage, nemlig ved at skære i andre budgetposter eller at anvende en del af virksomhedens store overskud, træder ikke i stedet for en stillingtagen til argumenterne om, at GSK har al mulig interesse i at investere i F&U som følge af den stærke konkurrence inden for mærker, som støttes på innovation, og ikke har mulighed for at opnå den fulde fordel af denne investering med henblik på geninvestering i F&U som følge af parallelhandel. Den tager endvidere heller ikke hensyn til GSK's argumenter om, at dets overskud skal tages med forbehold, idet der skal tages hensyn til opgørelsesmetoden.

279 Henset til disse omstændigheder kan korrelationsgraden mellem parallelhandel og F&U ikke vurderes uden en mere dybtgående undersøgelse, og en lapidarisk konklusion om, at det ikke er bevist, at der er årsagsforbindelse mellem parallelhandel (eller en begrænsning af denne) og F&U, således som det fremgår af betragtning 151, 154, 155 og 159 til beslutningen, kan ikke anses for tilstrækkelig.

280 Da Kommissionen i sine skriftlige indlæg drog fordel af, at formuleringen af betragtning 169 til beslutningen er tvetydig, som forklaring på, at GSK heller ikke havde bevist, at der ikke blot var en sammenhæng mellem artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser og den højere effektivitet, der forventedes opnået som følge af denne bestemmelse, men en direkte sammenhæng mellem disse to faktorer, bemærkes, at dette argument, der senest blev fremført under retsmødet, ikke kan godtages. En

sådan sondring findes ikke i betragtning 155-161 til beslutningen, som betragtning 169 henviser til, idet disse betragtninger uforbeholdent konkluderer, at der ikke findes nogen sammenhæng mellem de almindelige salgsbetingelser og bidrag til tekniske fremskridt. Sondringen findes heller ikke i artikel 81, stk. 3, EF, der tillader, at der meddeles fritagelse for aftaler, der fremmer effektiviteten, men ikke sondrer mellem, om der er tale om en direkte eller en indirekte virkning, og principielt kan man ikke indføre sondringer, som ikke findes i traktaten (dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 110 ovenfor, s. 251). I overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 247 og 248, skal enhver fordel, der indebærer øget effektivitet, derfor tages i betragtning, såfremt fordelene er mærkbare og objektive, og de er tilstrækkeligt dokumenteret.

— Omfanget af den lavere effektivitet som følge af parallelhandelen

281 Det bemærkes, at den subsidiære konklusion, hvorefter det i hvert fald ikke er godtgjort, at parallelhandel bevirker mindre effektivitet, idet den ændrer GSK's innovationskapacitet, ikke er overbevisende underbygget, og at den undersøgelse, som den bygger på, som er indeholdt i betragtning 159 og 162-168 til beslutningen, ikke tager hensyn til samtlige relevante omstændigheder, der er blevet gjort gældende i denne henseende. Det fremgår navnlig af denne undersøgelse, at GSK's påståede effektivitetstab er begrænset, dels ud fra en tidsmæssig betragtning, idet det ifølge betragtning 162 og 163 til beslutningen i mindre grad skyldes prisforskelle som følge af forskellige ordninger i Fællesskabets medlemsstater, end valutaudsving i perioden 1996-1998, jf. betragtning 164-166 til beslutningen. Det fremgår ligeledes af betragtning 167-169 til beslutningen, at undersøgelsen er begrænset i materiel henseende.

282 Uanset den omstændighed, at de spanske priser ifølge betragtning 162 og 163 til beslutningen ikke er mærkbart lavere end gennemsnittet inden for Fællesskabet, og relevansen heraf følgelig er begrænset, for så vidt som de nationale priser ligger på strukturelt forskellige niveauer som følge af medlemsstaternes lovgivningskompetence inden for dette område, og at et argument, der henviser til et hypotetisk

fællesskabsgennemsnit, følgelig ikke ud fra en økonomisk betragtning forekommer åbenbart tilfredsstillende, bemærkes, at Kommissionen ifølge betragtning 164 og 165 til beslutningen uden en seriøs undersøgelse endeligt konkluderede, at den parallelhandel, der fandt sted mellem Spanien og Det Forenede Kongerige i tidsrummet mellem 1996 og 1998, var punktuel og begrænset.

283 Det fremgår af GSK's skriftlige indlæg, at virksomheden ikke bestrider, at valutakursudsvingene, navnlig de spekulative ændringer over for GBP hen mod EMU's slutfase, i tidsrummet mellem 1996 og 1998, gav anledning til en konjunkturbestemt parallelhandel med lægemidler, som GW markedsførte i Spanien. GSK hævder imidlertid, at denne konjunkturbestemte betydning, uanset hvor åbenbar den er, alene er en skærpende omstændighed, idet parallelhandel — uden hensyn til kursudsving — er relateret til den omstændighed, at der sideløbende findes forskellige nationale ordninger, hvilket fører til strukturelt forskellige priser i Fællesskabets medlemsstater.

284 Denne argumentation er relevant, og de beviser, som den støttes på, underbygges såvel af meddelelse KOM(1998) 588 endelig, nævnt i præmis 264 ovenfor, som af selve beslutningen. Det fremgår således af betragtning 31, 32 og 53 til beslutningen, at kursudsving, der ifølge deres natur har en cyklisk indflydelse på parallelhandelen, er en afgørende faktor for et fænomen, der strukturelt kan forklares med, at der findes forskellige priser for samme produkt i de forskellige EF-medlemsstater.

285 Dette var ikke i sig tilstrækkeligt til at afholde Kommissionen fra at antage, at parallelhandel mellem Kongeriget Spanien og Det Forenede Kongerige i tidsrummet mellem 1996 og 1998 var et særligt tilfælde, der navnlig skyldtes opskrivningen af GBP i forhold til den spanske peseta (ESP).

286 Det talmateriale, som Kommissionen har anført, er imidlertid for uklart til overbevisende at kunne begrunde denne konklusion. Ifølge beslutningen blev GBP opskrevet med 30% i forhold til ESP i perioden fra oktober 1996 til april 1998. I denne periode var andelen af parallelimport fra Spanien af den samlede mængde af parallelimporter til Det Forenede Kongerige kvantitativt stabil (ca. 40%), mens værdien af disse parallelimporter steg (ca. 20 mio. GBP i 1996 mod ca. 42 mio. GBP i 1998). Som Kommissionen har anført, senest i sine svar på skriftlige spørgsmål fra Retten, godtgør dette, at opskrivningen af GBP gav anledning til en strøm af parallelimporter fra andre medlemsstater. Dette bekræfter imidlertid samtidig, at hovedparten (ca. 40%) af de parallelimporter, der havde Det Forenede Kongerige som mål, stammede fra Spanien, såvel før som efter opskrivningen af GBP, mens den resterende del var fordelt mellem de øvrige kildemedlemsstater. Det er derfor ikke et fyldestgørende svar på GSK's argumentation om, at problemet med parallelhandel fra Spanien oprindeligt skyldtes strukturelle årsager, selv om opskrivningen af GBP utvivlsomt forværrede denne.

287 Det argument, som Kommissionen har anført i sine svar på skriftlige spørgsmål fra Retten om, at stigningen i parallelhandel fra Spanien i tidsrummet mellem 1996 og 1998 skyldtes, at den overgangsperiode, der var fastsat i artikel 47 og 209 i tiltrædelsesakten vedrørende Kongeriget Spanien — i hvilken periode indehaveren af et patent kunne påberåbe sig den ret, som patentet giver, med henblik på at forhindre indførsel af lægemidler, som er bragt i omsætning af ham selv eller med hans samtykke i Spanien — udløb den 6. oktober 1995, ændrer ikke denne konklusion, for så vidt som den åbenbart ikke angår perioden efter anmeldelsen, som GSK's argumentation vedrører.

288 Det fremgår endelig af betragtning 15, 18 og 55 til beslutningen, at GSK under den administrative procedure havde påpeget, at otte lægemidler i særlig grad blev berørt af parallelhandelen, uanset at de almindelige salgsbetingelser fandt anvendelse på 82 lægemidler. Det fremgår af betragtning 22 og 35 til beslutningen, at GSK ligeledes havde anført, at de almindelige salgsbetingelser, der fandt anvendelse uanset de eksporterede lægemidlers endelige destination, navnlig tog sigte på parallelhandel mellem Spanien og Det Forenede Kongerige. Det talmateriale, som GSK meddelte Kommissionen, angik derfor i særlig grad, men ikke udelukkende, for det første prisforskellene mellem Spanien og Det Forenede Kongerige, for det andet

parallelhandel vedrørende Becloforte, Beconase, Becotide, Flixotide, Imigran, Lamictal, Serevent og Ventolin mellem Spanien og Det Forenede Kongerige i tidsrummet mellem 1996 og 1998, og for det tredje den betydning, som parallelhandel ifølge GSK havde på virksomhedens indtægter og F&U-budget. Disse tal er nævnt i betragtning 55, 59-67, 70, 83, 92, 98 og 99 til beslutningen.

289 Ifølge betragtning 70 og 71 til beslutningen understregede GSK i øvrigt, at parallelhandelen foregik uden om de formelle og kontrollerede distributionskanaler, og tilføjede, at de tal, selskabet havde oplyst til Kommissionen, var udtryk for et skøn, som måske ikke var pålideligt, men som det ikke kunne præcisere yderligere. Disse faktiske omstændigheder, som tillige fremgår af replikken, er ikke blevet bestridt.

290 GSK har med rette hævdet, at disse tal — bortset fra at de ikke er uanseelige — skal betragtes som udtryk for, at der ikke er tale om et punktuelt og begrænset effektivitetstab, men om et mere generelt, vedvarende tab.

291 Med hensyn til det første aspekt bemærkes, at Kommissionen ved sin undersøgelse af, om artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kunne ses som udtryk for en hindring, samtidig med at den, som det fremgår af betragtning 18, 56, 57 og 69 til beslutningen, anerkendte at koncentrere sig om de otte lægemidler, der særligt var berørt af parallelhandelen mellem Spanien og Det Forenede Kongerige, ligeledes tog hensyn til netværkseffekten af parallelhandel med andre lægemidler, nemlig mellem Spanien og andre medlemsstater, hvilket fremgår af betragtning 72-75, 117, 126, 140 og 144 til beslutningen. Ifølge betragtning 133 til beslutningen er det netop netværkseffekten, der bevirker, at en konkurrencebegrænsning, der ville have været marginal i Det Forenede Kongerige alene, blev betragtelig. Kommissionen har imidlertid ikke forklaret, hvorfor den anlagde en anden betragtning under sin behandling af spørgsmålet om, hvorvidt artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kunne indebære en fordel, og udelukkende koncentrere sig om de data, som den havde fået oplyst af GSK, i betragtning af de vanskeligheder, der er forbundet med at

opnå vished om parallelhandelen, samt den omstændighed, at den accepterede at betragte de data, som GSK havde forelagt, som eksempler.

292 For så vidt angår det andet aspekt bemærkes, at parallelhandel er et fænomen, der kan strække sig ud over det korte tidsrum, som Kommissionen har taget hensyn til, ikke alene som følge af de varige prisforskelle, som muliggør den, men også som følge af den cykliske karakter af kursudsving, for så vidt som disse fortsat findes. Kommissionen er ifølge meddelelse KOM(1998) 588 endelig, nævnt i præmis 135 ovenfor, enig heri. I sit svarskrift indrømmede Kommissionen endvidere, at valutaudsving fortsat er en realitet for de medlemsstater, der ikke tilsluttede sig tredje fase af ØMU i 1999, hvortil Det Forenede Kongerige netop hører.

293 I denne kontekst er de taleksempler, som GSK har oplyst, udtryk for en tendens. Det spørgsmål, som Kommissionen rejste i betragtning 168 til beslutningen, nemlig om de tal, som GSK havde oplyst vedrørende tab af bruttoindtægter i 1998, kunne være overdrevne, rejser ikke tvivl om denne konklusion. Det tal, der blev oplyst den 14. december 1998 og den 14. februar 2000, er fortsat højere end tallet for de to forudgående år, som det fremgår af betragtning 67 til beslutningen. Endvidere er GSK's forklaring om, at det tidligere — den 28. juli 1998 — oplyste tal var et skøn, mens det tal, der blev oplyst i december 1998 og i februar 2000, var reelt og skyldtes den omstændighed, at de almindelige salgsbetingelser, som det fremgår af betragtning 19, 23, 26, 64, 67 og 168 til beslutningen, havde fundet anvendelse fra foråret til efteråret 1998, tilstrækkeligt troværdig til at kræve en seriøs undersøgelse.

— Øget effektivitet som følge af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser

294 Det bemærkes, som GSK med rette har gjort gældende, at Kommissionen hverken foretog en seriøs undersøgelse af de faktiske argumenter eller de beviser, der blev påberåbt til støtte herfor, vedrørende ikke ulemperne, men fordelene ved parallelhandel som følge af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser.

295 Henset dels til opbygningen af GSK's argumentation, dels til diskussionen af denne under den administrative procedure, kunne beslutningen ikke undlade først og fremmest en undersøgelse af, om parallelhandelen bevirkede et effektivitetstab for lægemiddelindustrien i almindelighed, og for GSK i særdeleshed. Kun for det tilfælde, at dette ikke var blevet bestridt, kunne Kommissionen med rette have undladt en sådan undersøgelse (jf. analogt dommen i sagen Companie générale maritime m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 248 ovenfor, præmis 345).

296 En sammenligning mellem de beviser, som GSK havde fremlagt, og andre beviser, som Kommissionen henviste til i beslutningen, viser imidlertid klart, at parallelhandelens betydning for konkurrencen inden for lægemiddelsektoren ikke er entydig, idet den effektivitetsgevinst, den kan bevirke for konkurrence inden for mærket — der har begrænset betydning som følge af de bestemmelser, der finder anvendelse — skal sammenholdes med det effektivitetstab, den kan bevirke for konkurrencen mellem mærker, hvilket er af central betydning.

297 Under disse betingelser kunne Kommissionen dernæst ikke undlade at undersøge, om artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kunne give mulighed for en genopretning af GSK's innovationskapacitet og således bevirke en øget effektivitet for konkurrencen mellem mærker.

298 Dette var i øvrigt selve kernepunktet i den fremtidsanalyse, som Kommissionen skulle foretage som svar på GSK's anmodning om fritagelse. Fast retspraksis kræver således, som anført ovenfor i præmis 247, at det fastslås, om en aftale, der er forbudt, fordi den medfører ulemper for konkurrencen (artikel 81, stk. 1, EF), medfører en fordel, der kan opveje denne (artikel 81, stk. 3, EF).

299 Det påhvilede således Kommissionen at undersøge GSK's argumenter vedrørende de fordele, der fulgte af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser. I denne henseende anføres det i betragtning 156 til beslutningen, der er den eneste betragtning, der kan godtgøre en sådan undersøgelse, navnlig:

»Medicinalfirmaerne beslutter selv, hvor store midler de vil afsætte til investeringer i F&U. Besparelser, der eventuelt kunne opnås ved at forhindre parallelhandel, ville derfor ikke automatisk føre til større F&U-investeringer. Man kunne forestille sig, at sådanne besparelser blot ville indgå i selskabets overskud. Det er klart, at alene skabelse af større overskud ikke kan begrunde en fritagelse. GSK's argument i den henseende betyder, at den første betingelse for [anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF] ville være opfyldt for alle aftaler, der kunne siges at bidrage til øgede indtægter for et firma, der har F&U-aktiviteter. [Denne betingelse] ville [således] være meningsløs [...]«

300 GSK har imidlertid ikke hævdet, at opnåelsen af yderligere overskud i sig selv ville kunne begrunde en fritagelse. Virksomheden har derimod gjort gældende, at parallelhandelen var til hinder for at opnå det overskud, der var nødvendigt for en optimal finansiering af F&U, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser gav virksomheden mulighed for at øge sine indtægter, og at den i betragtning af den skarpe konkurrence mellem mærker, den centrale betydning af innovation inden for denne konkurrence og finansieringsformen for F&U havde al mulig interesse i at investere en del af dette overskud i F&U for at overhale sine konkurrenter og ikke blive overhalet af dem. GSK gjorde med andre ord gældende, at de almindelige salgsbetingelser skulle meddeles fritagelse, idet de ikke alene umiddelbart ville bevirke en forøgelse af dets indtægter, men navnlig som en afledt virkning betyde, at virksomheden kunne forøge sin innovationskapacitet. GSK har i øvrigt — hvilket virksomheden gentog under retsmødet — anført, at denne fordel kunne sammenlignes med, at forøgelsen ikke var udtryk for en fordel, såfremt den blev opnået af de parallelhandlende, idet disse ikke var nødt til at konkurrere direkte indbyrdes, men kunne nøjes med at reducere priserne så meget, at de tiltrak de detailhandlende, og følgelig selv kunne beholde størstedelen af de yderligere indtægter.

301 Kommissionen kunne ikke uden videre, som i betragtning 156 til beslutningen, begrænse sig til at afvise disse argumenter under henvisning til, at den fordel, som GSK havde beskrevet, ikke nødvendigvis ville blive opnået, men skulle ifølge retspraksis som led i en fremtidsanalyse så konkret som muligt have undersøgt, om det under de foreliggende omstændigheder og i betragtning af de beviser, som den havde fået forelagt, var mere sandsynligt, at de fordele, som GSK havde beskrevet, ville blive opnået, eller om det derimod ikke var tilfældet (dommen i sagen Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 248, præmis 365). Den kunne ikke, som senest under retsmødet, bindende og uimodsagt lægge til grund, at de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK havde fremlagt, skulle anses for hypotetiske.

302 Adspurgt under retsmødet medgav Kommissionen i øvrigt flere gange, at det var rimeligt at argumentere under henvisning til sandsynlighed, idet den dog tilføjede, at det i denne forbindelse var nødvendigt at være nøjagtig, og særligt gjorde gældende, at det i betragtning af de beviser, som GSK havde fremlagt i det foreliggende tilfælde, navnlig de talmæssige oplysninger, som den havde indsamlet, forekom mere sandsynligt, at den anførte fordel ikke ville blive opnået. Denne begrundelse fremgår imidlertid ikke af beslutningen.

303 Det følger således af det anførte, at det er en mangel ved beslutningen, at der ikke er foretaget en undersøgelse, idet Kommissionen ikke tog fornødent hensyn til samtlige de faktiske omstændigheder og beviser, som i relevant omfang var blevet fremlagt af GSK, og ikke tilbageviste visse af disse argumenter, uanset at de var tilstrækkeligt relevante og underbyggede til at kræve en stillingtagen, og idet dens konklusion om, dels at parallelhandel kunne bevirke et effektivitetstab, da den mærkbart ændrede GSK's innovationskapacitet, dels at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kunne give mulighed for at opnå en effektivitetsforøgelse gennem en forbedring af denne, ikke var tilstrækkeligt begrundet.

Afvejningen

304 Efter at Kommissionen havde afsluttet sin gennemgang af de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK havde henvist til, og fundet, at de ikke godtgjorde, at der

var tale om en mærkbar objektiv fordel, foretog den ikke en kompleks vurdering (jf. ovenfor, præmis 241), som ville have omfattet en afvejning af denne fordel i forhold til den begrænsning for konkurrencen, som var blevet fastslået i den del af beslutningen, der vedrørte anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF, som den flere gange understregede under retsmødet.

305 Ifølge betragtning 151 til beslutningen fandt Kommissionen således ikke, at GSK havde godtgjort, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ville indebære sådanne fordele, og det fremgår af betragtning 152 til beslutningen, at der ikke i denne situation er behov for en afvejning af fordele og ulemper, og tilføjede, at hvis Kommissionen under alle omstændigheder skulle foretage en sådan afvejning, ville de positive følger af denne bestemmelse blive opvejet af de negative følger.

306 Det fremgår af de forudgående præmisser, at Kommissionens konklusion, hvorefter det ikke var godtgjort, at der var tale om en mærkbar økonomisk fordel, led af en mangel, idet der ikke var foretaget en behørig undersøgelse (jf. præmis 303). Kommissionens konklusion, hvorefter artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser begrænser konkurrencen, er alene begrundet, for så vidt som det heri antages, at bestemmelsen bevirker, at de endelige forbrugere af lægemidler, der dækkes af en national sygesikringsordning, ikke opnåede den pris- og omkostningsfordel, de ville have opnået, såfremt de spanske grossister deltog i konkurrencen inden for mærket på de nationale markeder, der er målet for parallelhandelen fra Spanien (jf. ovenfor, præmis 147, 190 og 194).

307 Kommissionens konklusion, hvorefter det ikke er fornødent at foretage en afvejning, som under alle omstændigheder ville føre til, at den fordel, som følger af artikel 4, ikke opvejer den begrænsning, som den indebærer for konkurrencen, kan følgelig ikke tiltrædes. Det påhvilede for det første Kommissionen at foretage en behørig undersøgelse af de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK havde henvist til, for at være i stand til at foretage en kompleks vurdering, som dernæst indebar en afvejning af de ulemper og fordele, der fulgte af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser.

Konklusion

308 For så vidt angår bidrag til fremme af den tekniske udvikling følger det af det anførte, at Kommissionen ikke gyldigt kunne konkludere, at GSK ikke havde godtgjort, at den første betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF var opfyldt. Herefter er det ikke fornødent at undersøge GSK's argumenter om, at der var tale om bidrag til forbedring af distributionen af lægemidler.

c) Bevis for virkningen for forbrugeren, nødvendigheden af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser samt at konkurrencen ikke udelukkes

309 Som allerede anført (ovenfor, præmis 237-239), fremgår det af beslutningen samt af indlæg i retsmødet, at Kommissionens summariske konklusion vedrørende virkningen for forbrugeren, nødvendigheden af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser og den omstændighed, at konkurrencen ikke udelukkes, bygger på konklusionen om øget effektivitet.

310 Da sidstnævnte konklusion er retsstridig, for så vidt som den vedrører bidrag til fremme af den tekniske udvikling, er de konklusioner, der støttes på denne, ugyldige.

311 Henset til, at Kommissionen under sin behandling af spørgsmålet om, hvorvidt artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser udelukkede konkurrencen for en betragtelig del af produkterne, i betragtning 188 til beslutningen tilføjede, at GSK

under alle omstændigheder for en række af de førende produkter, der er omfattet af de almindelige salgsbetingelser (f.eks. Zofran, Flixonase, Zovirax og Imigran), havde betydelige markedsandele i en eller flere medlemsstater, skal denne vurdering efterprøves nærmere.

312 Det bemærkes, at Kommissionen under retsmødet indrømmede, at den ikke i realiteten havde taget stilling til GSK's markedsposition og tilføjede, at det ville have været nødvendigt at foretage yderligere undersøgelser for at vurdere dette spørgsmål.

313 Henset til den særlige retlige og økonomiske sammenhæng, som den sektor, undersøgelsen angår, indgår i, er det åbenbart, at besiddelsen af betydelige markedsandele, som i øvrigt kun gælder visse af produkterne, som Kommissionen alene nævnte fire eksempler på, helt åbenbart ikke i sig selv giver mulighed for overbevisende at konkludere, at konkurrencen er udelukket for en betragtelig del af de omhandlede produkter.

314 Uanset spørgsmålet om, hvorledes det relevante produktmarked skal afgrænses, hvilket er omtvistet mellem parterne, har GSK dels under den administrative procedure, dels i sine skriftlige indlæg, henvist til flere faktorer, som udelukker en sådan automatisk konklusion.

315 Navnlig er det argument, som GSK har gjort gældende, og som er nævnt i betragtning 188 til beslutningen, hvori der henvises til dens betragtning 104, ikke så irrelevant, at Kommissionen kunne undlade at foretage en vurdering, særligt med henblik på den fjerde betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF. Den omstændighed, at artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser kunne være til hinder for det begrænsede pres, som eventuelt findes som følge af parallelhandel fra Spanien, på pris og lægemiddeludgifter på de geografiske markeder, der er destination, skal sammenholdes med de faktiske omstændigheder, som GSK har henvist til, og som ikke bestrides af Kommissionen, hvorefter konkurrencen inden

for innovation er meget skarp inden for denne sektor, og konkurrencen på priser findes i en anden form, uanset at den som følge af lovgivningen først viser sig, efter at patentbeskyttelsesperioden er udløbet, og producenterne af generiske lægemidler kommer ind på markedet. Under disse omstændigheder skulle der i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 109, endvidere have være taget stilling til, hvilken konkurrenceform der skulle have haft forrang for at tilgodese målsætningen om en effektiv konkurrence ifølge artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF.

4. Konklusion

316 Det følger af det anførte, at anbringendet om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 3, EF skal tages til følge, og at der således skal gives GSK medhold i påstanden om annullation af beslutningens artikel 2, uden at det er fornødent at undersøge anbringendet om, at proportionalitetsprincippet er tilsidesat.

317 Det følger heraf, at beslutningen skal annulleres, for så vidt som det i artikel 2 bestemmes, at GSK's anmodning om fritagelse afvises.

318 Da det ikke kan udelukkes, at artikel 81, stk. 1, EF i henhold til artikel 81, stk. 3, EF ikke kan finde anvendelse på artikel 4 i GSK's almindelige salgsbetingelser, følger det i konsekvens heraf, at beslutningen ligeledes skal annulleres, for så vidt som den ifølge artikel 3 pålægger GSK øjeblikkeligt at bringe overtrædelsen til ophør, hvis dette ikke allerede er sket, og ifølge artikel 4 at underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der er truffet for at bringe overtrædelsen til ophør.

319 I henhold til artikel 233, stk. 1, EF har Kommissionen pligt til at gennemføre de til nærværende doms opfyldelse nødvendige foranstaltninger.

320 Uanset at den i forordning nr. 17 omhandlede anmeldelsesprocedure i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1) ikke længere er gældende, påhviler det, henset til den delvise annullation af beslutningen, Kommissionen med tilbagevirkende kraft at tage stilling til anmodningen om fritagelse, for så vidt denne stadig opretholdes, hvorved tidspunktet for fremsættelse af anmodningen skal lægges til grund (jf. i samme retning Rettens dom af 2.5.2006, sag T-328/03, O_2 (Germany) mod Kommissionen, Sml. II, s. 1231, præmis 47 og 48).

Sagens omkostninger

321 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, andet afsnit, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

322 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, første afsnit, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.

323 I det foreliggende tilfælde har GSK ikke fået medhold i sin påstand om annullation af beslutningens artikel 1. Kommissionen, støttet af intervenienterne, har ikke fået medhold i sin påstand om frifindelse.

324 Henset hertil skal sagens omkostninger fordeles. GSK bærer halvdelen af sine egne omkostninger og betaler halvdelen af Kommissionens omkostninger, herunder omkostningerne forbundet med interventionerne. Kommissionen bærer halvdelen af sine egne omkostninger og betaler halvdelen af GSK's omkostninger, herunder omkostningerne forbundet med interventionerne. Intervenienterne bærer hver især deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Udvidede Afdeling)

1) **Artikel 2, 3 og 4 i Kommissionens beslutning 2001/791/EF af 8. maj 2001 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 (sag IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (anmeldelse), IV/36.997/F3 Aseprofar og Fedifar (klage), IV/37.121/F3 Spain Pharma (klage), IV/37.138/F3 BAI (klage) og IV/37.380/F3 EAEPC (klage)) annulleres.**

2) **I øvrigt frifindes Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber.**

3) **GlaxoSmithKline Services Unlimited bærer halvdelen af sine egne omkostninger og betaler halvdelen af Kommissionens omkostninger, herunder omkostningerne forbundet med interventionerne.**

4) **Kommissionen bærer halvdelen af sine egne omkostninger og betaler halvdelen af GlaxoSmithKline Services' omkostninger, herunder omkostningerne forbundet med interventionerne.**

5) **Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V., European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) og Spain Pharma SA bærer hver især deres egne omkostninger.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. september 2006.

E. Coulon

Justitssekretær

H. Legal

Afdelingsformand

Indhold

Retsforskrifter og sagens faktiske omstændigheder ..... II - 2984

Fællesskabsretten ..... II - 2984

Spansk ret ..... II - 2985

Sagens baggrund ..... II - 2986

Retsforhandlinger ..... II - 2990

Parternes påstande ..... II - 2993

Retlige bemærkninger ..... II - 2995

I — Anbringenderne vedrørende annullation af beslutningens artikel 1 ..... II - 2996

A — Anbringendet om utilstrækkelig begrundelse ..... II - 2996

1. Parternes argumenter ..... II - 2996

2. Rettens bemærkninger ..... II - 2997

B — Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF ..... II - 2998

1. Indledende bemærkninger ..... II - 2998

2. Om der foreligger en aftale mellem virksomheder ..... II - 3000

a) Beslutningens indhold ..... II - 3000

b) Parternes argumenter ..... II - 3000

c) Rettens bemærkninger ..... II - 3001

Uafhængig viljesakt ..... II - 3001

Samstemmende vilje ..... II - 3003

3. Om der foreligger konkurrencebegrænsning ..... II - 3007

a) Beslutningens indhold ..... II - 3007

b) Parternes argumenter ..... II - 3009

c) Rettens bemærkninger ..... II - 3010

Konkurrencesituationen inden indførelsen af de almindelige salgsbetingelsers artikel 4 ..... II - 3010

Konkurrencebegrænsning som følge af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ..... II - 3012

— Konkurrencebegrænsende formål ..... II - 3013

— Konkurrencebegrænsende virkning ..... II - 3023

4. Konklusion ..... II - 3036

C — Anbringendet om magtfordrejning som følge af manglende overholdelse af subsidiaritetsprincippet og tilsidesættelse af artikel 43 EF . II - 3037

1. Parternes argumenter ..... II - 3037

2. Rettens bemærkninger ..... II - 3037

II — Anbringenderne om annullation af beslutningens artikel 2 ..... II - 3040

A — Anbringendet om utilstrækkelig begrundelse ..... II - 3040

1. Parternes argumenter ..... II - 3040

2. Rettens bemærkninger ..... II - 3041

B — Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 3, EF ..... II - 3042

1. Beslutningens indhold ..... II - 3042

2. Parternes argumenter ..... II - 3043

3. Rettens bemærkninger ..... II - 3046

a) Indledende betragtninger ..... II - 3046

b) Bevis for øget effektivitet ..... II - 3050

Tilstedeværelsen af en mærkbar objektiv fordel ..... II - 3052

— Relevansen af de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK har fremlagt ..... II - 3058

— Mindre effektivitet som følge af parallelhandel ..... II - 3063

— Omfanget af den lavere effektivitet som følge af parallelhandelen ..... II - 3067

— Øget effektivitet som følge af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser ..... II - 3071

Afvejningen ..... II - 3074

Konklusion ..... II - 3076

c) Bevis for virkningen for forbrugeren, nødvendigheden af artikel 4 i de almindelige salgsbetingelser samt at konkurrencen ikke udelukkes ..... II - 3076

4. Konklusion ..... II - 3078

Sagens omkostninger ..... II - 3079