ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟΥ (τέταρτο πενταμελές τμήμα)
της 27ης Σεπτεμβρίου 2006 *

Στην υπόθεση Τ-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, πρώην Glaxo Wellcome plc, με έδρα το Brentford, Middlesex (Ηνωμένο Βασίλειο), εκπροσωπούμενη από τους S. Martínez Lage, δικηγόρο, I. Forrester, QC, F. Depoortere, A. Schulz, T. Louko, και I. Vandenborre, δικηγόρους,

προσφεύγουσα,

κατά

Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπουμένης αρχικώς από τον P. Oliver, στη δε συνέχεια από τον É. Gippini Fournier,

καθής,

* Γλώσσα διαδικασίας: η αγγλική.

υποστηριζομένης από

τη **European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC),** με έδρα τις Βρυξέλλες (Βέλγιο), εκπροσωπούμενη αρχικώς από τους U. Zinsmeister και M. Lienemeyer, στη συνέχεια από τον A. Martin-Ehlers και στο τέλος από τον M. Hartmann-Rüppel, δικηγόρους,

την **Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV,** με έδρα το Mülheim an der Ruhr (Γερμανία), εκπροσωπούμενη αρχικώς από τους M. Epping και W. Rehmann, στη δε συνέχεια από τον W. Rehmann, δικηγόρους,

τη **Spain Pharma, SA,** με έδρα τη Μαδρίτη (Ισπανία), εκπροσωπούμενη από τους P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza και R. Gutiérrez Sánchez, δικηγόρους,

και

την **Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar),** με έδρα τη Μαδρίτη, εκπροσωπούμενη αρχικώς από τους M. Araujo Boyd και R. Sanz, στη δε συνέχεια από τους M. Araujo Boyd και J. L. Buendia Sierra, δικηγόρους,

παρεμβαίνουσες,

με αντικείμενο αίτηση για την ακύρωση της αποφάσεως 2001/791/ΕΚ της Επιτροπής, της 8ης Μαΐου 2001, σχετικά με διαδικασία βάσει του άρθρου 81 της Συνθήκης ΕΚ [Υποθέσεις: IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (κοινοποίηση), IV/36.997/F3 — Aseprofar και Fedifar (καταγγελία), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (καταγγελία), IV/37.138/F3 — BAI (καταγγελία) και IV/37.380/F3 — EAEPC (καταγγελία)] (ΕΕ L 302, σ. 1),

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
(τέταρτο πενταμελές τμήμα),

συγκείμενο από τους H. Legal, Πρόεδρο, P. Lindh και I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas και E. Moavero Milanesi, δικαστές,

γραμματέας: C. Kristensen, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 7ης Ιουνίου 2006,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

Νομικό πλαίσιο και πραγματικά περιστατικά

Κοινοτικό δίκαιο

1 Το άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο ζ', ΕΚ προβλέπει ότι η δράση της Κοινότητας περιλαμβάνει ένα καθεστώς που εξασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό εντός της εσωτερικής αγοράς.

2 Το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ προβλέπει, μεταξύ άλλων, ότι είναι ασυμβίβαστες με την κοινή αγορά και απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς.

3 Το άρθρο 81, παράγραφος 3, ΕΚ ορίζει ότι οι διατάξεις του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ δύνανται να κηρυχθούν ανεφάρμοστες, μεταξύ άλλων, σε κάθε συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων η οποία συμβάλλει στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, εξασφαλίζοντας συγχρόνως στους καταναλωτές δίκαιο τμήμα από το εντεύθεν όφελος και η οποία δεν επιβάλλει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις περιορισμούς μη απαραίτητους για την επίτευξη των στόχων αυτών ούτε παρέχει στις επιχειρήσεις αυτές τη δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού επί σημαντικού τμήματος των σχετικών προϊόντων.

4 Στις 21 Δεκεμβρίου 1988, το Συμβούλιο εξέδωσε, βάσει του άρθρου 100 Α της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρου 95 ΕΚ), την οδηγία 89/105/ΕΟΚ, σχετικά με τη διαφάνεια των μέτρων που ρυθμίζουν τον καθορισμό των τιμών των φαρμάκων για ανθρώπινη χρήση και την κάλυψη του κόστους τους στα πλαίσια των εθνικών ασφαλιστικών συστημάτων υγείας (ΕΕ 1989, L 40, σ. 8). Σκοπός της εν λόγω οδηγίας είναι να υπάρξει μια σφαιρική εικόνα των μέτρων που λαμβάνουν τα κράτη μέλη για τον καθορισμό και τον άμεσο και έμμεσο έλεγχο της τιμής των φαρμάκων, προκειμένου να μετριαστούν οι δαπάνες δημόσιας υγείας που διαθέτουν τα κράτη μέλη για τα προϊόντα αυτά και να εξαλειφθούν οι διαφορές μεταξύ των μέτρων αυτών, οι οποίες δύνανται να παρεμποδίσουν ή να επηρεάσουν το ενδοκοινοτικό εμπόριο φαρμάκων και που, λόγω αυτού, επηρεάζουν άμεσα τη λειτουργία της κοινής αγοράς φαρμάκων. Προς τούτο, θέτει αρχικώς σειρά επιταγών, προκειμένου να μπορούν οι ενδιαφερόμενοι να επαληθεύουν ότι τα επίδικα εθνικά μέτρα δεν αποτελούν ποσοτικούς περιορισμούς κατά τις εισαγωγές ή εξαγωγές, ή μέτρα ισοδυνάμου αποτελέσματος. Εντούτοις, οι επιταγές αυτές δεν επηρεάζουν ούτε την πολιτική των κρατών μελών ούτε τις εθνικές πολιτικές για τον καθορισμό των τιμών και την καθιέρωση συστημάτων κοινωνικής ασφάλισης, παρά μόνο στον βαθμό που αυτό είναι αναγκαίο για λόγους διαφάνειας. Η προθεσμία που τάχθηκε στα κράτη μέλη για τη συμμόρφωση προς την οδηγία έληξε στις 31 Δεκεμβρίου 1989.

Ισπανικό δίκαιο

5 Στις 20 Δεκεμβρίου 1990, το Βασίλειο της Ισπανίας θέσπισε τον Ley 25/1990 del Medicamento (νόμος 25/1990 περί φαρμάκων, BOE αριθ. 306, της 22ας Δεκεμβρίου 1990, σ. 2643, στο εξής: νόμος 25/1990). Ο νόμος αυτός τροποποιήθηκε, μεταξύ άλλων, με τον Ley 66/1997, της 30ής Δεκεμβρίου 1997 (BOE αριθ. 313, της 31ης Δεκεμβρίου 1997, σ. 38517), και, κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας που οδήγησε στην έκδοση της προσβαλλομένης στην υπό κρίση υπόθεση αποφάσεως, με τον Ley 55/1999, της 30ής Δεκεμβρίου 1999 (BOE αριθ. 312, της 30ής Δεκεμβρίου 1997, σ. 46095).

6 Στις 23 Φεβρουαρίου 1990, το Βασίλειο της Ισπανίας θέσπισε το Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades

farmacéuticas de uso humano (βασιλικό διάταγμα 271/1990 για την αναδιοργάνωση της παρεμβάσεως επί των τιμών των φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση, BOE αριθ. 53, της 2ας Μαρτίου 1990, σ. 6086, στο εξής: διάταγμα 271/1990). Σκοπός του διατάγματος αυτού είναι, μεταξύ άλλων, να παράσχει στο Βασίλειο της Ισπανίας τη δυνατότητα να συμμορφωθεί με την οδηγία 89/105.

7 Οι διατάξεις του τίτλου VIII του νόμου 25/1990 και του διατάγματος 271/1990 προβλέπουν, ειδικότερα, ένα σύστημα παρεμβάσεως εκ μέρους του ισπανικού Υπουργείου Υγείας και Καταναλωτή και της υπαγόμενης σ' αυτό Comisión interministerial de precios de los medicamentos (διυπουργικής επιτροπής για τις τιμές των φαρμάκων) (στο εξής από κοινού: ισπανικές διοικητικές αρχές), όσον αφορά τη μέγιστη χονδρική τιμή των φαρμάκων που καλύπτει το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης.

Ιστορικό της διαφοράς

8 Η προσφεύγουσα GlaxoSmithKline Services Unlimited, πρώην Glaxo Wellcome plc (στο εξής: GSK), είναι εταιρία βρετανικού δικαίου με έδρα το Brentford (Ηνωμένο Βασίλειο). Ο όμιλος GlaxoSmithKline στον οποίο ανήκει είναι ένας από τους κύριους παραγωγούς φαρμακευτικών προϊόντων παγκοσμίως. Δημιουργήθηκε κατόπιν πράξεως συγκεντρώσεως μεταξύ της Glaxo Wellcome plc και της Smithkline Beecham plc, στην οποία η Επιτροπή δεν αντιτάχθηκε σύμφωνα με δήλωσή της που περιλαμβάνεται σε απόφαση της 8ης Μαΐου 2000 (υπόθεση N IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham).

9 Η Glaxo Wellcome, SA (στο εξής: GW), εταιρία ισπανικού δικαίου με έδρα τη Μαδρίτη (Ισπανία), είναι μία από τις ισπανικές θυγατρικές εταιρίες του ομίλου GlaxoSmithKline. Οι κύριες δραστηριότητες που ασκεί άμεσα και μέσω των θυγατρικών της είναι η ανάπτυξη, η παραγωγή και η εμπορία φαρμάκων στην Ισπανία.

10 Με έγγραφο της 6ης Μαρτίου 1998, η GW κοινοποίησε στην Επιτροπή έγγραφο με τίτλο «Γενικοί όροι πωλήσεως των φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων που ανήκουν στην [GW] και στις θυγατρικές της προς εγκεκριμένα καταστήματα χονδρικής πωλήσεως» (στο εξής: γενικοί όροι πωλήσεως), προκειμένου να της χορηγηθεί αρνητική πιστοποίηση ή απαλλαγή δυνάμει του κανονισμού 17 του Συμβουλίου, της 6ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτος κανονισμός εφαρμογής των άρθρων [81] και [82] της Συνθήκης (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25). Με έγγραφο της 28ης Ιουλίου 1998, η GSK απέστειλε συμπληρωματική κοινοποίηση στην Επιτροπή.

11 Οι γενικοί όροι πωλήσεως ισχύουν για 82 φάρμακα προοριζόμενα προς πώληση σε ισπανούς χονδρεμπόρους, με τους οποίους η GW έχει συνάψει εμπορικές σχέσεις εκτός δικτύων διανομής. Αυτοί μπορούν να τα διαθέσουν προς μεταπώληση στα ισπανικά νοσοκομεία ή φαρμακεία, τα οποία τα χορηγούν στους ασθενείς βάσει ιατρικής συνταγής. Μπορούν επίσης να τα διαθέσουν προς μεταπώληση σε άλλα κράτη μέλη, μέσω του παράλληλου εμπορίου, το οποίο ασκούν λόγω της δυνατότητας διαφοροποιήσεως των τιμών. Μεταξύ των 82 φαρμάκων για τα οποία ισχύουν οι γενικοί όροι πωλήσεως περιλαμβάνονται οκτώ φάρμακα που, κατά την GSK, είναι ιδιαιτέρως πιθανό να αποτελέσουν αντικείμενο παράλληλου εμπορίου, κυρίως μεταξύ Ισπανίας και Ηνωμένου Βασιλείου. Τα φάρμακα αυτά είναι τα εξής:

— ένα αντιαλλεργικό, το Beconase,

— πέντε αντιασθματικά, τα Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent και Ventolín,

— ένα αντιεπιληπτικό, το Lamictal, και

— ένα κατά των ημικρανιών, το Imigran.

12 Για το σύνολο των 82 αυτών φαρμάκων, το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως προβλέπει δύο διαφορετικές τιμές (στο εξής: τιμή 4 Α και τιμή 4 Β). Το εν λόγω άρθρο έχει ως εξής:

«Α) Σύμφωνα με τις διατάξεις [των παραγράφων 1, πρώτο εδάφιο, και 2], του άρθρου 100 του νόμου 25/1990 [...], η τιμή των φαρμακευτικών προϊόντων της [GW] και των θυγατρικών της δεν υπερβαίνει σε καμία περίπτωση τη μέγιστη βιομηχανική τιμή που ορίζεται από τις ισπανικές αρχές υγείας, εφόσον πληρούνται οι δύο προϋποθέσεις που επιτρέπουν την εφαρμογή των ανωτέρω νομικών κανόνων και συγκεκριμένα εφόσον:

— τα προαναφερθέντα φαρμακευτικά προϊόντα χρηματοδοτούνται από την ισπανική κοινωνική ασφάλιση ή από ισπανικά δημόσια ταμεία,

— τα φαρμακευτικά προϊόντα κατόπιν της αγοράς τους διατίθενται στην εθνική αγορά, δηλαδή μέσω φαρμακείων ή ισπανικών νοσοκομείων.

Β) Αν δεν πληρούται μία από τις δύο αυτές προϋποθέσεις (δηλαδή σε όλες τις περιπτώσεις που η ισπανική νομοθεσία παρέχει στα εργαστήρια την ελευθερία να καθορίσουν τα ίδια τις τιμές των φαρμακευτικών προϊόντων τους), η [GW] και οι θυγατρικές της καθορίζουν τις τιμές των φαρμακευτικών προϊόντων τους βάσει πραγματικών, αντικειμενικών και μη εισαγόντων διακρίσεις κριτηρίων, ανεξαρτήτως του τόπου διάθεσης από τον αγοραστή. Ειδικότερα, η [GW] και οι θυγατρικές της εφαρμόζουν στα φαρμακευτικά τους προϊόντα την τιμή η οποία, βάσει εσωτερικών τους οικονομικών μελετών, είχε προταθεί αρχικά στις ισπανικές αρχές υγείας και αναπροσαρμόστηκε αντικειμενικά λαμβάνοντας υπόψη την αύξηση του κόστους ζωής σύμφωνα με τις διατάξεις [των παραγράφων 1, πρώτο εδάφιο, και 2] του άρθρου 100 του νόμου 25/1990 [...] και άλλων προηγούμενων ισπανικών νομοθετικών πράξεων σχετικών με τον καθορισμό της τιμής των φαρμάκων.»

13 Με έγγραφα της 6ης Μαρτίου 1998, η GW απέστειλε τους γενικούς όρους πωλήσεως σε 89 χονδρεμπόρους εγκατεστημένους στην Ισπανία. Τα έγγραφα αυτά αναφέρουν, μεταξύ άλλων, τα εξής:

«Σημαντικό: Σας παρακαλούμε να μας κοινοποιήσετε την εκ μέρους σας αποδοχή, αποστέλλοντας υπογεγραμμένο αντίγραφο του συνημμένου εγγράφου πριν από τις 13 Μαρτίου 1998.»

14 Τούτο έπραξαν 75 χονδρέμποροι που, το 1998, αντιπροσώπευαν πλέον του 90 % των συνολικών πωλήσεων της GW στην Ισπανία.

15 Οι γενικοί όροι πωλήσεως τέθηκαν σε ισχύ στις 9 Μαρτίου 1998.

16 Ακολούθως, η νομιμότητά τους αμφισβητήθηκε ενώπιον της ισπανικής αρχής ανταγωνισμού και ενώπιον των ισπανικών δικαστηρίων από δύο ισπανικές επαγγελματικές ενώσεις, την Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (ένωση Ισπανών εξαγωγέων φαρμακευτικών προϊόντων, Aseprofar) και την Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas (ένωση φαρμακευτικών συνεταιρισμών), καθώς και από μια ισπανική εταιρία χονδρικού εμπορίου, τη Spain Pharma, SA.

17 Περαιτέρω, η Aseprofar, υποστηριζόμενη από άλλη ισπανική επαγγελματική ένωση, τη Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de especialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (εθνική ομοσπονδία ενώσεων χονδρεμπόρων φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων και φαρμακευτικών προϊόντων, Fedifar), από τη Spain Pharma και από δύο άλλες ευρωπαϊκές επαγγελματικές ενώσεις, τη Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (ένωση Γερμανών εισαγωγέων φαρμακευτικών προϊόντων, στο εξής: BAI) και τη European Association of Euro Pharmaceutical Companies (ευρωπαϊκή ένωση ευρωφαρμακευτικών εταιρειών, EAEPC), υπέβαλε στην Επιτροπή καταγγελίες, υποστηρίζοντας ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως συνιστούσαν παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ.

18 Στις 8 Μαΐου 2001, η Επιτροπή εξέδωσε την απόφαση 2001/791/ΕΚ, σχετικά με διαδικασία βάσει του άρθρου 81 της Συνθήκης ΕΚ [Υποθέσεις: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (κοινοποίηση), IV/36.997/F3 — Aseprofar και Fedifar (καταγγελία), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (καταγγελία), IV/37.138/F3 — BAI (καταγγελία), και IV/37.380/F3 — EAEPC (καταγγελία)] (ΕΕ L 302, σ. 1, στο εξής: προσβαλλόμενη απόφαση).

19 Το άρθρο 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως ορίζει ότι η GW «παρέβη το άρθρο 81, παράγραφος 1, [ΕΚ] συνάπτοντας συμφωνία με τους Ισπανούς χονδρεμπόρους βάσει της οποίας διαχωρίζονται οι τιμές που χρεώνονται στους χονδρεμπόρους σε περίπτωση εγχώριας μεταπώλησης φαρμάκων, των οποίων τα έξοδα επιστρέφονται προς φαρμακεία ή νοσοκομεία, από τις υψηλότερες τιμές που ισχύουν σε περίπτωση εξαγωγής σε άλλο κράτος μέλος».

20 Με το άρθρο 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως απορρίφθηκε η αίτηση για την απαλλαγή της εν λόγω συμφωνίας.

21 Με τα άρθρα 3 και 4 της προσβαλλομένης αποφάσεως διατάσσεται η GW να θέσει αμέσως τέρμα στην παράβαση που αναφέρεται στο άρθρο 1, εφόσον δεν το έχει ήδη πράξει, και να γνωστοποιήσει στην Επιτροπή τα μέτρα που έλαβε για τον σκοπό αυτό.

Διαδικασία

22 Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 23 Ιουλίου 2001, η GSK άσκησε την υπό κρίση προσφυγή.

23 Με δικόγραφα που κατέθεσαν στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 8, 12 και 16 Νοεμβρίου 2001, οι EAEPC, BAI, Spain Pharma και Aseprofar ζήτησαν να παρέμβουν υπέρ της Επιτροπής, δυνάμει του άρθρου 40, δεύτερο εδάφιο, του Οργανισμού του Δικαστηρίου και του άρθρου 115, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου.

24 Με δικόγραφα που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 28 Νοεμβρίου 2001, 14 Δεκεμβρίου 2001 και 21 Μαρτίου 2002, η GSK ζήτησε να μην περιληφθούν ορισμένα απόρρητα ή εμπιστευτικά έγγραφα και πληροφοριακά στοιχεία στα υπομνήματα των διαδίκων που θα ανακοινώνονταν στα πρόσωπα που μπορούν να παρέμβουν στη δίκη, δυνάμει του άρθρου 116, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας.

25 Με διάταξη της 27ης Νοεμβρίου 2002, ο πρόεδρος του πρώτου τμήματος δέχθηκε τις αιτήσεις παρεμβάσεως και επιφυλάχθηκε ως προς το βάσιμο των αιτήσεων εμπιστευτικής μεταχειρίσεως.

26 Με διάταξη της 5ης Αυγούστου 2003, ο πρόεδρος του πρώτου τμήματος δέχθηκε μέρος των αιτήσεων εμπιστευτικής μεταχειρίσεως και τις απέρριψε κατά τα λοιπά.

27 Δεδομένου ότι ο εισηγητής δικαστής τοποθετήθηκε στο τέταρτο τμήμα λόγω της τροποποιήσεως της συνθέσεως των τμημάτων του Πρωτοδικείου από 1ης Οκτωβρίου 2003, η υπόθεση ανατέθηκε στο τμήμα αυτό.

28 Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 25 Μαρτίου 2004, η GSK ζήτησε να μην περιληφθούν ορισμένα απόρρητα ή εμπιστευτικά έγγραφα και πληροφοριακά στοιχεία στις παρατηρήσεις της επί των υπομνημάτων παρεμβάσεως που θα ανακοινώνονταν στις παρεμβαίνουσες. Η εν λόγω αίτηση έγινε δεκτή.

29 Με έγγραφο της 16ης Απριλίου 2004, το Πρωτοδικείο ζήτησε από την GSK και από την Επιτροπή να προσκομίσει έγγραφα και να απαντήσει σε μια γραπτή ερώτηση, δυνάμει των άρθρων 49 και 64 του Κανονισμού Διαδικασίας. Τα ως άνω αιτήματα, που διατυπώθηκαν στο πλαίσιο των μέτρων οργανώσεως της διαδικασίας, ικανοποιήθηκαν εντός της προς τούτο ταχθείσας προθεσμίας.

30 Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 7 Μαΐου 2004, η Spain Pharma ζήτησε να της επιτραπεί να χρησιμοποιήσει την ισπανική γλώσσα κατά την προφορική διαδικασία, δυνάμει του άρθρου 35, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας. Κατόπιν ακροάσεως των διαδίκων, το αίτημα αυτό έγινε δεκτό.

31 Με δικόγραφα που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 27 Μαΐου και στις 22 Ιουνίου 2004, η GSK ζήτησε να μην περιληφθούν ορισμένα απόρρητα ή εμπιστευτικά έγγραφα και πληροφοριακά στοιχεία στις απαντήσεις της και στις απαντήσεις της Επιτροπής προς τα από 16 Απριλίου 2004 αιτήματα του Πρωτοδικείου που θα ανακοινώνονταν στις παρεμβαίνουσες. Το αίτημα αυτό έγινε δεκτό.

32 Στις 7 Μαρτίου 2006, το Πρωτοδικείο αποφάσισε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 14 του Κανονισμού Διαδικασίας και βάσει προτάσεως του τετάρτου τμήματος, αφού άκουσε τους διαδίκους, να παραπέμψει την υπόθεση στο τέταρτο πενταμελές τμήμα.

33 Στις 15 Μαρτίου 2006, το Πρωτοδικείο (τέταρτο τμήμα) προχώρησε στην προφορική διαδικασία, κατόπιν εκθέσεως του εισηγητή δικαστή.

34 Με έγγραφα της 7ης και της 20ής Μαρτίου 2006, το Πρωτοδικείο ζήτησε από την GSK, από την Επιτροπή και από τις παρεμβαίνουσες να απαντήσουν σε γραπτές ερωτήσεις και να προσκομίσουν κάποιο έγγραφο, δυνάμει των άρθρων 49 και 64 του Κανονισμού Διαδικασίας. Τα ως άνω αιτήματα, που διατυπώθηκαν στο πλαίσιο των μέτρων οργανώσεως της διαδικασίας, ικανοποιήθηκαν εντός της προς τούτο

ταχθείσας προθεσμίας, με εξαίρεση ερώτηση στην οποία η GSK απάντησε με έγγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 6 Ιουνίου 2006. Δεδομένου ότι οι διάδικοι δεν εξέφρασαν αντιρρήσεις όταν κλήθηκαν να αποφανθούν επ' αυτού κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, το ως άνω έγγραφο τοποθετήθηκε στη δικογραφία.

35 Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 28 Απριλίου 2006, η GSK ζήτησε να μην περιληφθούν ορισμένα απόρρητα ή εμπιστευτικά έγγραφα και πληροφοριακά στοιχεία στις απαντήσεις της προς τα αιτήματα του Πρωτοδικείου της 7ής και της 20ής Μαρτίου 2006 που θα ανακοινώνονταν στις παρεμβαίνουσες. Το αίτημα αυτό έγινε δεκτό.

36 Με δικόγραφο που κατέθεσε στη Γραμματεία του Πρωτοδικείου στις 16 Μαΐου 2006, η Aseprofar ζήτησε να της επιτραπεί να χρησιμοποιήσει την ισπανική γλώσσα κατά την προφορική διαδικασία, δυνάμει του άρθρου 35, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας. Κατόπιν ακροάσεως των διαδίκων, το εν λόγω αίτημα έγινε δεκτό.

37 Οι διάδικοι ανέπτυξαν την επιχειρηματολογία τους και απάντησαν στις ερωτήσεις του Πρωτοδικείου κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 7ης Ιουνίου 2006.

Αιτήματα των διαδίκων

38 Η GSK ζητεί από το Πρωτοδικείο:

— να ακυρώσει την προσβαλλόμενη απόφαση,

— να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

39 Η Επιτροπή ζητεί από το Πρωτοδικείο:

— να απορρίψει την προσφυγή,

— να καταδικάσει την GSK στα δικαστικά έξοδα.

40 Η Aseprofar ζητεί από το Πρωτοδικείο:

— να απορρίψει την προσφυγή,

— να καταδικάσει την GSK στα δικαστικά έξοδα, περιλαμβανομένων των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε η ίδια.

41 Η BAI ζητεί από το Πρωτοδικείο:

— να απορρίψει την προσφυγή,

— να καταδικάσει την GSK στα δικαστικά έξοδα, περιλαμβανομένων των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε η ίδια.

42 Η EAEPC ζητεί από το Πρωτοδικείο:

— να απορρίψει την προσφυγή,

— να καταδικάσει την GSK στα δικαστικά έξοδα, περιλαμβανομένων των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε η ίδια.

43 Η Spain Pharma ζητεί από το Πρωτοδικείο:

— να απορρίψει την προσφυγή,

— να καταδικάσει την GSK στα δικαστικά έξοδα, περιλαμβανομένων των εξόδων στα οποία υποβλήθηκε η ίδια.

Σκεπτικό

44 Προς στήριξη των αιτημάτων της, η GSK προβάλλει κατ' ουσίαν έξι λόγους ακυρώσεως που μπορούν να κατηγοριοποιηθούν ανάλογα με το αν αποβλέπουν στην ολική ή, σε περίπτωση που αυτό δεν είναι εφικτό, στη μερική ακύρωση της προσβαλλομένης αποφάσεως.

45 Προς στήριξη των κύριων αιτημάτων της που αποβλέπουν στην ακύρωση του άρθρου 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως, με το οποίο διαπιστώθηκε η ύπαρξη παραβάσεως του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ, η GSK προβάλλει τους εξής τρεις λόγους ακυρώσεως:

— έλλειψη επαρκούς αιτιολογίας,

— παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ,

— κατάχρηση εξουσίας, παραβίαση της αρχής της επικουρικότητας και παράβαση του άρθρου 43 ΕΚ.

46 Προς στήριξη των επικουρικών αιτημάτων της που αποβλέπουν στην ακύρωση του άρθρου 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως, με το οποίο απορρίπτεται η αίτηση απαλλαγής που υπέβαλε δυνάμει του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, η GSK προβάλλει του εξής τρεις λόγους ακυρώσεως:

— έλλειψη επαρκούς αιτιολογίας,

— παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ,

— παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

I — *Επί των λόγων ακυρώσεως που αποβλέπουν στην ακύρωση του άρθρου 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως*

Α — *Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από ανεπαρκή αιτιολογία*

1. Επιχειρήματα των διαδίκων

47 Η GSK ισχυρίζεται, κατ' ουσίαν, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη, καθότι δεν παραπέμπει στην απόφαση του Πρωτοδικείου της 26ης Οκτωβρίου 2000, Τ-41/96, Bayer κατά Επιτροπής (Συλλογή 2000, σ. II-3383).

48 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τις παρεμβαίνουσες, αμφισβητεί το βάσιμο αυτού του λόγου ακυρώσεως.

2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

49 Το άρθρο 253 ΕΚ ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι οι αποφάσεις της Επιτροπής πρέπει να αιτιολογούνται.

50 Για να είναι επαρκώς αιτιολογημένη κατά νόμο μια απόφαση της Επιτροπής, πρέπει από αυτή να προκύπτει σαφώς η συλλογιστική του συντάκτη της, ώστε οι ενδιαφερόμενοι να έχουν τη δυνατότητα να αντιληφθούν τη βάση της και ο δικαστής να είναι σε θέση να ελέγξει το βάσιμό της. Αντιθέτως, δεν απαιτείται να προσδιορίζει όλα τα ασκούντα επιρροή πραγματικά και νομικά στοιχεία, δεδομένου ότι το ζήτημα αν αυτή ανταποκρίνεται στο άρθρο 253 ΕΚ πρέπει να εκτιμάται με γνώμονα τόσο το κείμενο της πράξεως αυτής όσο και το νομικό και πραγματικό της πλαίσιο (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 20ής Μαρτίου 1957, 2/56, Geitling κατά Ανωτάτης Αρχής, Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 119, και του Πρωτοδικείου της 15ης Ιουνίου 2005, T-171/02, Regione Autonoma della Sardegna κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. II-2123, σκέψη 73).

51 Επομένως, το γεγονός ότι οι αποφάσεις της Επιτροπής πρέπει να αιτιολογούνται, δεν την υποχρεώνει γενικώς να παραπέμπει, με τις αποφάσεις που εκδίδει, σε συγκεκριμένες δικαστικές αποφάσεις.

52 Εν προκειμένω, όμως, η GSK ισχυρίζεται απλώς ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη, στο μέτρο που δεν παραπέμπει σε δικαστική απόφαση.

53 Επομένως, ο λόγος ακυρώσεως που αντλείται από την έλλειψη επαρκούς αιτιολογίας, στο μέτρο που η προσβαλλόμενη απόφαση δεν παραπέμπει στην απόφαση Bayer κατά Επιτροπής, σκέψη 47 ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί.

54 Εφόσον η GSK, με αυτόν τον λόγο ακυρώσεως, βάλλει στην πραγματικότητα κατά του περιεχομένου της προσβαλλομένης αποφάσεως, πρέπει να σημειωθεί ότι η εξέταση της υπάρξεως και της εκτάσεως της αιτιολογίας αποφάσεως της Επιτροπής εμπίπτει στον έλεγχο των ουσιωδών τύπων και, κατ' επέκταση, της τυπικής νομιμότητας της αποφάσεως αυτής. Επομένως, πρέπει να διακρίνεται από το ζήτημα του βασίμου της αιτιολογίας της αποφάσεως, το οποίο εμπίπτει στον έλεγχο της ουσιαστικής νομιμότητας της πράξεως (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 2ας Απριλίου 1998, C-367/95 P, Επιτροπή κατά Sytraval και Brink's France, Συλλογή 1998, σ. I-1719, σκέψη 67, και του Πρωτοδικείου της 18ης Ιανουαρίου 2005, T-93/02, Confédération nationale du Crédit mutuel κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. II-143, σκέψη 67). Ως προς το ζήτημα αυτό, ο υπό εξέταση λόγος ακυρώσεως συνδέεται με τον αντλούμενο από παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ που θα εξεταστεί κατωτέρω.

Β — *Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ*

1. Προκαταρκτικές εκτιμήσεις

55 Η εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ εξαρτάται από τη συγκέντρωση ενός συνόλου διαφορετικών προϋποθέσεων (απόφαση του Δικαστηρίου της 30ής Ιουνίου 1966, 56/65, Société technique minière, Συλλογή τόμος 1965-1968, σ. 313, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 47 απόφαση Bayer κατά Επιτροπής, σκέψη 174), η ύπαρξη των οποίων πρέπει να αποδεικνύεται από το πρόσωπο που επικαλείται τη διάταξη αυτή (απόφαση του Δικαστηρίου της 7ης Ιανουαρίου 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P και C-219/00 P, Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2004, σ. I-123, σκέψη 78). Πρέπει, κατ' αρχάς, να αποδειχθεί ότι υφίσταται συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων, εναρμονισμένη πρακτική ή απόφαση ενώσεως επιχειρήσεων· δεύτερον, ότι τα ανωτέρω έχουν ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού και, τρίτον, ότι ενδέχεται να επηρεαστεί το ενδοκοινοτικό εμπόριο, πράγμα που αποτελεί απλώς το κριτήριο για να προσδιοριστεί το πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου (προπαρατεθείσα απόφαση Société technique minière, σ. 313, απόφαση του Δικαστηρίου της 31ης Μαρτίου 1993, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 και C-125/85 έως C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1993, σ. I-1307, σκέψη 176, προπαρατεθείσα στη σκέψη 47 απόφαση Bayer κατά Επιτροπής, σκέψη 174).

56 Εν προκειμένω, δεδομένου ότι η GSK υποστηρίζει ότι η Επιτροπή εφάρμοσε το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ σε συμπεριφορά που δεν συνιστά συμφωνία κατά την έννοια της διατάξεως αυτής, ήτοι που δεν είναι συμφωνία εισάγουσα περιορισμό, επιβάλλεται η υπόμνηση ότι τα ζητήματα, αφενός, της υπάρξεως συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων και, αφετέρου, του περιοριστικού χαρακτήρα της συμφωνίας αυτής είναι διαφορετικά και πρέπει, ως εκ τούτου, να εξεταστούν χωριστά (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Société technique minière, σ. 313).

57 Συναφώς, το δικαστήριο ενώπιον του οποίου ασκείται προσφυγή για την ακύρωση αποφάσεως περί εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ ασκεί πλήρη έλεγχο ως προς την εξέταση στην οποία προέβη η Επιτροπή (απόφαση του Δικαστηρίου της 11ης Ιουλίου 1985, 42/84, Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1985, σ. 2545, σκέψη 34, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 47 απόφαση Bayer κατά Επιτροπής, σκέψη 62), εκτός αν τούτο απαιτεί περίπλοκες οικονομικές εκτιμήσεις, οπότε ο έλεγχος περιορίζεται στο αν υπήρξε κατάχρηση εξουσίας, αν τηρήθηκαν οι κανόνες που ισχύουν για τη διαδικασία και την αιτιολογία, αν τα πραγματικά περιστατικά ήταν ακριβή και αν δεν υφίστατο προφανής πλάνη εκτιμήσεώς τους (προπαρατεθείσα απόφαση Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 34, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 279).

58 Περαιτέρω, ο έλεγχος αυτός ασκείται αποκλειστικά σε σχέση με τα πραγματικά και νομικά στοιχεία που υφίσταντο κατά τον χρόνο εκδόσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 7ης Φεβρουαρίου 1979, 15/76 και 16/76, Γαλλία κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1979/Ι, σ. 321, σκέψη 7, και του Πρωτοδικείου της 28ης Φεβρουαρίου 2002, Τ-395/94, Atlantic Container Lines κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. ΙΙ-875, σκέψη 252), υπό την επιφύλαξη της δυνατότητας που παρέχεται στους διαδίκους, κατά την άσκηση των δικαιωμάτων τους άμυνας, να τα συμπληρώσουν με μεταγενέστερα της εν λόγω ημερομηνίας αποδεικτικά στοιχεία, τα οποία όμως προσκομίζονται ειδικώς προκειμένου να προσβληθεί ή να υποστηριχθεί η απόφαση αυτή (απόφαση του Πρωτοδικείου της 21ης Σεπτεμβρίου 2005, Τ-87/05, EDP κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. ΙΙ-3745, σκέψη 158· βλ., επίσης, απόφαση του Δικαστηρίου της 22ας Οκτωβρίου 1986, 75/84, Metro κατά Επιτροπής, Συλλογή 1986, σ. 3021, στο εξής: απόφαση Metro ΙΙ, σκέψεις 75 και 78, και προπαρατεθείσα απόφαση Atlantic Container Lines κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 254).

59 Συνεπώς, στην υπό κρίση υπόθεση, πρέπει εκ προοιμίου να μη ληφθούν υπόψη τα πραγματικά στοιχεία που δεν υφίσταντο κατά την ημερομηνία εκδόσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως και, ειδικότερα, τα αριθμητικά πληροφοριακά

στοιχεία που αφορούσαν το χρονικό διάστημα 2001-2005 και τα αποδεικτικά στοιχεία που δεν υφίσταντο κατά την ημερομηνία εκείνη και που δεν προσκομίστηκαν ειδικώς για να προσβληθεί ή να υποστηριχθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, καθόσον αυτή καταλήγει στην ύπαρξη παραβάσεως, ειδικότερα δε οι μελέτες που αφορούν γενικώς τις συνέπειες του παράλληλου εμπορίου φαρμάκων εντός της Κοινότητας, πλην εκείνων που προσκομίστηκαν κατά τη διοικητική διαδικασία.

2. Επί της υπάρξεως συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων

α) Περιεχόμενο της προσβαλλομένης αποφάσεως

60 Η Επιτροπή δέχθηκε, με την αιτιολογική σκέψη 109 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως συνιστούσαν συμφωνία συναφθείσα μεταξύ της GW και του συνόλου των Ισπανών χονδρεμπόρων που τους αποδέχθηκαν.

β) Επιχειρήματα των διαδίκων

61 Η GSK ισχυρίζεται ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως δεν συνιστούν συμφωνία.

62 Συγκεκριμένα, η GW και οι Ισπανοί χονδρέμποροι που αποδέχθηκαν τους γενικούς όρους πωλήσεως δεν εκδήλωσαν ανεξάρτητη βούληση, στο μέτρο που η χονδρική τιμή των φαρμάκων που καλύπτονται από το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης τους επιβάλλεται από τη σχετική ισπανική κανονιστική ρύθμιση.

63 Επιπλέον, δεν υπήρξε σύμπτωση βουλήσεων για τον περιορισμό του ανταγωνισμού, αλλά απλώς σύμπτωση βουλήσεων για την πώληση και την αγορά φαρμάκων σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στους γενικούς όρους πωλήσεως.

64 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τις παρεμβαίνουσες, αμφισβητεί το βάσιμο των επιχειρημάτων αυτών.

γ) Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

65 Λαμβανομένων υπόψη των επιχειρημάτων της GSK, πρέπει να εξεταστεί, πρώτον, αν η GW και οι Ισπανοί χονδρέμποροι εκδήλωσαν ανεξάρτητη βούληση σε σχέση με την ισπανική κανονιστική ρύθμιση που αφορά τη χονδρική τιμή των φαρμάκων που καλύπτει το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης και, ως εκ τούτου, αν η υπόθεση που κλήθηκε να εξετάσει η Επιτροπή αφορούσε πράγματι συμπεριφορά επιχειρήσεων και όχι συμπεριφορά κράτους. Ενδεχομένως, πρέπει, δεύτερον, να εξεταστεί αν υπήρξε σύμπτωση των βουλήσεων της GW και των εν λόγω χονδρεμπόρων και, ως εκ τούτου, αν η Επιτροπή κλήθηκε να εξετάσει διμερή συμπεριφορά και όχι μονομερείς.

Επί της υπάρξεως ανεξάρτητων βουλήσεων

66 Το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ εφαρμόζεται αποκλειστικά στις αντίθετες προς τον ανταγωνισμό ενέργειες στις οποίες προβαίνουν οι επιχειρήσεις με δική τους πρωτοβουλία (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 21ης Σεπτεμβρίου 1988, 267/86, Van Eycke, Συλλογή 1988, σ. 4769, σκέψη 16, της 11ης Νοεμβρίου 1997, C-359/95 P και C-379/95 P, Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, Συλλογή 1997, σ. I-6265, σκέψη 33, και της 9ης Σεπτεμβρίου 2003, C-198/01, CIF, Συλλογή 2003, σ. I-8055, σκέψη 45).

67 Όταν, για να διαπιστωθεί αν τυγχάνει εφαρμογής η ως άνω διάταξη, απαιτείται προηγούμενη αξιολόγηση της ενδεχόμενης επιδράσεως κρατικής ρυθμίσεως, πρέπει να εξετάζεται αν η ρύθμιση αυτή δεν εξαλείφει τη δυνατότητα ανταγωνισμού, ο οποίος ενδέχεται να παρεμποδίζεται, περιορίζεται ή νοθεύεται από αυτόβουλη συμπεριφορά επιχειρήσεων (προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, σκέψεις 32 και 35, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση CIF, σκέψη 66).

68 Όταν προκύπτει, κατόπιν της ως άνω εξετάσεως, ότι η επίδικη ρύθμιση επιβάλλει αντίθετη προς τον ανταγωνισμό συμπεριφορά σε επιχειρήσεις ή εξαλείφει κάθε δυνατότητα αντίθετης προς τον ανταγωνισμό συμπεριφοράς εκ μέρους των επιχειρήσεων αυτών, το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ δεν έχει εφαρμογή (προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, σκέψη 33, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση CIF, σκέψη 67).

69 Όταν, αντιθέτως, προκύπτει ότι η ρύθμιση αυτή δεν εξαλείφει τη δυνατότητα ανταγωνισμού ο οποίος ενδέχεται να παρεμποδίζεται, περιορίζεται ή νοθεύεται από αυτόβουλη συμπεριφορά επιχειρήσεων, το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ τυγχάνει εφαρμογής (προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, σκέψη 34, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση CIF, σκέψη 56).

70 Ο κοινοτικός δικαστής δέχθηκε σε περιορισμένες περιπτώσεις τη δυνατότητα αποκλεισμού συγκεκριμένης συμπεριφοράς από το πεδίο εφαρμογής της διατάξεως αυτής, για τον λόγο ότι η συμπεριφορά αυτή επιβάλλεται από κρατική κανονιστική ρύθμιση (προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση CIF, σκέψη 67, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 30ής Μαρτίου 2000, T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali κατά Επιτροπής, Συλλογή 2000, σ. II-1807, σκέψη 60).

71 Επομένως, πρέπει να εξακριβωθεί αν, όπως υποστηρίζει η GSK, η ισπανική κανονιστική ρύθμιση επιβάλλει στην GW την υποχρέωση να εφαρμόζει, στις συμβάσεις που συνάπτει με τους Ισπανούς χονδρεμπόρους, τιμές ποικίλλουσες ανάλογα με το αν τα φάρμακα που πωλεί καλύπτονται από το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης ή όχι.

72 Είναι προφανές ότι η ισπανική κανονιστική ρύθμιση, η οποία περιέχεται στις συνδυασμένες διατάξεις του τίτλου VIII του νόμου 25/1990, αφενός, και του διατάγματος 271/1990, αφετέρου, ουδόλως καθορίζει τη χονδρική τιμή των φαρμάκων που δεν προορίζονται να καλυφθούν από το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης. Η GSK δέχθηκε, εξάλλου, τόσο με τα υπομνήματά της όσο και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι η διαπίστωση αυτή, η οποία προκύπτει εμμέσως πλην σαφώς από τη σιωπή του κειμένου του νόμου 25/1990 ως προς τα προϊόντα αυτά, ως αυτός ίσχυε κατά τη θέση σε ισχύ των γενικών όρων πωλήσεως, επιβεβαιώθηκε ρητώς με τις μεταγενέστερες τροποποιήσεις του εν λόγω νόμου, όπως προκύπτει και από τις αιτιολογικές σκέψεις 37 και 139 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

73 Συνεπώς, ακόμη και αν υποτεθεί ακριβές το επιχείρημα της GSK ότι η χονδρική τιμή των φαρμάκων που προορίζονται να καλυφθούν από το εν λόγω σύστημα καθορίζεται κατά τρόπο τελείως ανεξάρτητο από τις ισπανικές διοικητικές αρχές και επιβάλλεται, σε αντίθεση προς τους ισχυρισμούς των παρεμβαινουσών, στην GW και στους Ισπανούς χονδρεμπόρους, ωστόσο, η συμπεριφορά που συνίσταται στη βάσει συμβάσεως καθιέρωση συστήματος διαφοροποιήσεως των τιμών, το οποίο απαγορεύει στους Ισπανούς χονδρεμπόρους που συναλλάσσονται με την GW να αγοράζουν στην τιμή αυτή (τιμή 4 Α) φάρμακα που θα μεταπωλήσουν σε άλλα κράτη μέλη και τους υποχρεώνει να αγοράζουν τα προϊόντα αυτά σε μεγαλύτερη τιμή (τιμή 4 Β), ουδόλως επιβάλλεται από την ισπανική κανονιστική ρύθμιση. Ερωτηθείσα επ' αυτού κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η GSK αναγκάστηκε εξάλλου να το παραδεχθεί.

74 Επομένως, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η επίδικη εθνική κανονιστική ρύθμιση επέβαλε στην GW την υποχρέωση να εφαρμόσει, στις συμβάσεις που συνήψε με τους Ισπανούς χονδρεμπόρους, τιμές ποικίλλουσες ανάλογα με το αν τα φάρμακα που τους πωλεί θα καλυφθούν από το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης.

Επί της υπάρξεως συμπτώσεως βουλήσεων

75 Το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ έχει εφαρμογή μόνο σε ενέργειες δύο ή περισσοτέρων επιχειρήσεων (απόφαση του Δικαστηρίου της 8ης Ιουλίου 1999,

C-49/92 P, Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni, Συλλογή 1999, σ. I-4125, σκέψεις 79 και 112), οι οποίες ενδέχεται να αποτελούν συμφωνίες, εναρμονισμένες πρακτικές ή αποφάσεις ενώσεως επιχειρήσεων.

76 Για να υπάρχει συμφωνία, αρκεί δύο τουλάχιστον επιχειρήσεις να έχουν εκφράσει την κοινή τους βούληση να συμπεριφερθούν με συγκεκριμένο τρόπο στην αγορά (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 15ης Ιουλίου 1970, 41/69, ACF Chemiefarma κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1969-1971, σ. 397, σκέψη 112, και της 11ης Ιανουαρίου 1990, C-277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici κατά Επιτροπής, Συλλογή 1990, σ. I-45, συνοπτική δημοσίευση, σκέψη 13, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 47 απόφαση Bayer κατά Επιτροπής, σκέψεις 67 και 173).

77 Κατά συνέπεια, ναι μεν επιβάλλεται στις αποφάσεις στις οποίες η Επιτροπή εφαρμόζει το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ να αποδεικνύεται η ύπαρξη κοινής βουλήσεως για συγκεκριμένη συμπεριφορά στην αγορά, δεν απαιτείται όμως, σε αντίθεση προς τους ισχυρισμούς της GSK, να αποδεικνύεται η κοινή βούληση για την επιδίωξη αντίθετου προς τον ανταγωνισμό σκοπού.

78 Εν προκειμένω, με την προσβαλλόμενη απόφαση διαπιστώνεται η ύπαρξη κοινής βουλήσεως της GW και των Ισπανών χονδρεμπόρων που αποδέχθηκαν τους γενικούς όρους πωλήσεως να συμπεριφερθούν στην αγορά κατά τον τρόπο που προβλέπει το άρθρο 4 των όρων αυτών, ήτοι να πωλούν και να αγοράζουν τα 82 φάρμακα για τα οποία ισχύουν οι όροι αυτοί στην τιμή 4 Α ή στην τιμή 4 Β, ανάλογα με το αν πληρούνται οι προϋποθέσεις που θέτει το σημείο Α του όρου αυτού.

79 Όπως είναι προφανές, το συμπέρασμα αυτό επιβεβαιώνεται από τη δικογραφία, από την οποία προκύπτει, κατ' αρχάς, ότι η GW υιοθέτησε τους γενικούς όρους πωλήσεως προβλέποντας σύστημα διαφοροποιημένων τιμών. Ακολούθως, η GW διαβίβασε τους εν λόγω γενικούς όρους πωλήσεως σε 89 χονδρεμπόρους με τους οποίους διατηρεί εμπορικές σχέσεις στην Ισπανία. Παράλληλα, τους ζήτησε, τονίζοντας τη σημασία του αιτήματος αυτού, να της επιστρέψουν υπογεγραμμένο

αντίγραφο, «ως αποδεικτικό της αποδοχής τους», εντός επιτακτικής προθεσμίας. Από τα εν λόγω πραγματικά στοιχεία προκύπτει η βούληση της GW να επιδιώξει την εκ μέρους των Ισπανών χονδρεμπόρων αποδοχή των γενικών όρων πωλήσεως και, κατ' επέκταση, να τους προτείνει προσφορά επ' αυτών. Τέλος, 75 από τους 89 χονδρεμπόρους στους οποίους απεστάλη η προσφορά αυτή προέβησαν στις ενέργειες που ζήτησε η GW, ήτοι υπέγραψαν τους γενικούς όρους πωλήσεως και τους απέστειλαν στην GW εντός της προς τούτο ταχθείσας προθεσμίας. Τα πραγματικά αυτά στοιχεία υποδηλώνουν τη βούληση των εν λόγω χονδρεμπόρων να δεχθούν την προσφορά της GW και, κατ' αυτόν τον τρόπο, να συνάψουν συμφωνία μαζί της, όπως αναγνώρισε εξάλλου η GSK κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

80 Κανένα από τα επιχειρήματα της GSK δεν μπορεί να θέσει υπό αμφισβήτηση το ως άνω συμπέρασμα.

81 Ειδικότερα, η GSK δεν μπορεί να επικαλεστεί το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε, αφενός, ότι η GW επέβαλε επίσημη απαγόρευση εξαγωγής στους Ισπανούς χονδρεμπόρους και, αφετέρου, την ύπαρξη συμπεριφοράς που υποδηλώνει τη σιωπηρή αποδοχή της απαγορεύσεως αυτής από τους χονδρεμπόρους αυτούς.

82 Συγκεκριμένα, εναπόκειται στην Επιτροπή να αποδεικνύει τις παραβάσεις τις οποίες διαπιστώνει, παρέχοντας, με τις αποφάσεις περί εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού, σαφή και συγκλίνοντα στοιχεία που να θεμελιώνουν κατά τρόπο πειστικό τη συνδρομή των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν τις παραβάσεις αυτές (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 28ης Μαρτίου 1984, 29/83 και 30/83, CRAM και Rheinzink κατά Επιτροπής, Συλλογή 1984, σ. 1679, σκέψη 20, και της 6ης Ιανουαρίου 2004, C-2/01 P και C-3/01 P, BAI και Επιτροπή κατά Bayer, Συλλογή 2004, σ. I-23, σκέψη 62).

83 Τα στοιχεία αυτά μπορούν να αποτελούν άμεσες αποδείξεις, αν πρόκειται για παράδειγμα για έγγραφο (απόφαση του Πρωτοδικείου της 15ης Μαρτίου 2000, T-25/95, T-26/95, T-30/95 έως T-32/95, T-34/95 έως T-39/95, T-42/95 έως T-46/95, T-48/95, T-50/95 έως T-65/95, T-68/95 έως T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 και

T-104/95, Cimenteries CBR κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2000, σ. II-491, σκέψη 862, και, κατ' αναίρεση, προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 237), ή, σε αντίθετη περίπτωση, έμμεσες αποδείξεις οι οποίες εκφράζονται ενδεχομένως με την εκδήλωση συμπεριφοράς (προπαρατεθείσα στη σκέψη 47 απόφαση Bayer κατά Επιτροπής, σκέψη 73, και, κατ' αναίρεση, προπαρατεθείσα στη σκέψη 82 απόφαση BAI και Επιτροπή κατά Bayer, σκέψη 100).

84 Εν προκειμένω, επισημάνθηκε προηγουμένως ότι η Επιτροπή στηρίχθηκε στην ανταλλαγή εγγράφων που αποδεικνύει, πέραν πάσης αμφιβολίας, ότι η GW πρότεινε στους Ισπανούς χονδρεμπόρους να συμπεριφερθούν στην αγορά ως όριζαν οι γενικοί όροι πωλήσεως και ότι η πλειονότητά τους δέχθηκε την πρόταση αυτή. Επομένως, δεν χρειαζόταν, όπως τόνισε και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, να αναζητήσει άλλα στοιχεία, όπως τα σχετικά με τη συμπεριφορά της GW και των εν λόγω χονδρεμπόρων, αντιστοίχως.

85 Ομοίως, η GSK δεν μπορεί βασίμως να υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι οι χονδρέμποροι στους οποίους απευθύνθηκε η GW δεν θα συμφωνούσαν τελικά μαζί της.

86 Συγκεκριμένα, εφόσον, όπως εν προκειμένω, η Επιτροπή απέδειξε την ύπαρξη συμφωνίας, εναπόκειται στην επιχείρηση που μετείχε στη συμφωνία να αποδείξει ότι αποστασιοποιήθηκε από τη συμφωνία αυτή, πράξη που πρέπει να δηλώνει σαφή βούληση αποχής από την οικεία συμφωνία που να έχει γνωστοποιηθεί στις λοιπές μετέχουσες επιχειρήσεις (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 82 απόφαση BAI και Επιτροπή κατά Bayer, σκέψη 63, προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψεις 81 έως 84, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 11ης Δεκεμβρίου 2003, T-61/99, Adriatica di Navigazione κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. II-5349, σκέψεις 135 έως 138).

87 Εν προκειμένω, ναι μεν αληθεύει ότι ορισμένοι από τους Ισπανούς χονδρεμπόρους που αποδέχθηκαν τους γενικούς όρους πωλήσεως αμφισβήτησαν τη νομιμότητά τους, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 12 της προσβαλλομένης αποφάσεως, από τη δικογραφία όμως δεν προκύπτει ότι αυτοί αποστασιοποιήθηκαν κατά την έννοια της νομολογίας. Ομοίως, αληθεύει ότι ορισμένοι από αυτούς εξήγαγαν φάρμακα που αγόρασαν από την GW στην τιμή 4 Α. Ωστόσο, προκύπτει

επίσης από τη δικογραφία ότι αυτοί δέχθηκαν τελικά να πληρώσουν τα τιμολόγια που αντιστοιχούσαν στη διαφορά μεταξύ της τιμής αυτής και της τιμής 4 Β, όπως τους ζήτησε η GSK. Εν πάση περιπτώσει, τα πραγματικά αυτά περιστατικά αφορούν μόνον ορισμένους χονδρεμπόρους και δεν μπορεί, ως εκ τούτου, να γίνει δεκτό ότι όλοι αποστασιοποιήθηκαν από τη συμφωνία πού είχαν συνάψει στο παρελθόν με την GW.

88 Περαιτέρω, δεν αμφισβητείται ότι τρεις επαγγελματικές ενώσεις, η Aseprofar, η Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas και η Fedifar υπέβαλαν καταγγελίες στην Επιτροπή και στη Servicio de defensa de competencia (υπηρεσία προστασίας του ανταγωνισμού), όπως αναφέρει η αιτιολογική σκέψη 3 της προσβαλλομένης αποφάσεως, και ότι μεταξύ των μελών των ενώσεων αυτών καταλέγονται, άμεσα στις δύο πρώτες και έμμεσα στην τρίτη, ορισμένοι από τους χονδρεμπόρους που αποδέχθηκαν τους γενικούς όρους πωλήσεως. Εντούτοις, το γεγονός και μόνον ότι υπέβαλαν καταγγελίες επαγγελματικές ενώσεις που αριθμούν μεταξύ των μελών τους ορισμένους από τους χονδρεμπόρους που αποδέχθηκαν τους γενικούς όρους πωλήσεως δεν αρκεί για να αποδειχθεί ότι κανένας από τους χονδρεμπόρους δεν είχε πράγματι τη βούληση, τουλάχιστον από την ημερομηνία καταθέσεως των καταγγελιών αυτών, να συνάψει συμφωνία με την GW.

89 Επομένως, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι δεν υπήρχε σύμπτωση βουλήσεως μεταξύ της GW και των χονδρεμπόρων που αποδέχθηκαν τους γενικούς όρους πωλήσεως.

90 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι, λαμβανομένων υπόψη των επιχειρημάτων της GSK, η Επιτροπή ορθώς κατέληξε στην ύπαρξη συμφωνίας.

3. Επί της υπάρξεως περιορισμού του ανταγωνισμού

α) Περιεχόμενο της προσβαλλομένης αποφάσεως

91 Η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 116 έως 143 και 189 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως έχει τόσο ως αντικείμενο όσο και ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού.

92 Εξετάζοντας εν πρώτοις το αντικείμενο της διατάξεως αυτής, η Επιτροπή επισήμανε κατ' αρχάς, με την αιτιολογική σκέψη 116 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι σκοπός της διατάξεως ήταν να περιορίσει το παράλληλο εμπόριο των φαρμάκων που εμπορευόταν η GW μεταξύ της Ισπανίας και άλλων κρατών μελών. Διαπίστωσε, επίσης, με την αιτιολογική σκέψη 117 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η σύγκριση μεταξύ της τιμής 4 Α, που ισχύει για τα φάρμακα που προορίζονται για μεταπώληση ή κάλυψη στην Ισπανία, και της τιμής 4 Β, η οποία ισχύει για τα φάρμακα που προορίζονται για μεταπώληση ή κάλυψη σε άλλα κράτη μέλη, έδειχνε ότι το αποτέλεσμα της διαφοροποιήσεως των τιμών ήταν, ανάλογα με την περίπτωση, ο αποκλεισμός ή ο περιορισμός του παράλληλου εμπορίου.

93 Ακολούθως, η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 117 έως 119 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως είχε, σε πολλές περιπτώσεις, συνέπειες αντίστοιχες με εκείνες της απαγορεύσεως εξαγωγής, εμποδίζοντας σε άλλες περιπτώσεις το παράλληλο εμπόριο, περίπου όπως αν ίσχυε σύστημα διπλών τιμών. Έκρινε, επίσης, με τις αιτιολογικές σκέψεις 120 έως 123 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η ύπαρξη, στην Ισπανία, κρατικής ρυθμίσεως σχετικής με τους τρόπους καθορισμού της χονδρικής τιμής των φαρμάκων που καλύπτει το εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης δεν μπορεί να επηρεάσει την ως άνω ανάλυση.

94 Τέλος, η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 124 και 125 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι το Δικαστήριο και το Πρωτοδικείο πάντοτε χαρακτήριζαν τις συμφωνίες που προβλέπουν απαγορεύσεις εξαγωγής, συστήματα διπλών τιμών ή άλλους περιορισμούς του παράλληλου εμπορίου ως συμφωνίες με αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, οπότε και το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως πρέπει να θεωρηθεί ως αποβλέπον στον περιορισμό του ανταγωνισμού.

95 Εξετάζοντας στη συνέχεια το αποτέλεσμα του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως, η Επιτροπή έκρινε κατ' αρχάς, με την αιτιολογική σκέψη 126 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η επιβολή μεγαλύτερης χονδρικής τιμής σε περίπτωση εξαγωγής, στην οποία προστίθενται τα έξοδα που συνδέονται με την πράξη αυτή (αποστολής, επανασυσκευασίας, κ.λπ.), είχε ως σκοπό τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου που θα μπορούσε να αναπτυχθεί αν δεν ίσχυε η τιμή αυτή.

96 Ακολούθως η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 127 έως 135 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η εν λόγω διάταξη δεν εξουδετερώνει απλώς την εκ μέρους του Βασιλείου της Ισπανίας στρέβλωση του ανταγωνισμού και δεν μπορούσε να δικαιολογηθεί από την ύπαρξη ειδικού ρυθμιστικού πλαισίου.

97 Επιπλέον, η Επιτροπή διαπίστωσε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 136 έως 140 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι οι διαφορετικές τιμές που προβλέπει το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως είχαν ως αποτέλεσμα, αφενός, τον περιορισμό της ελευθερίας δράσεως των χονδρεμπόρων που δραστηριοποιούνται στο κράτος μέλος από το οποίο ξεκινά το παράλληλο εμπόριο και, αφετέρου, τον περιορισμό του ανταγωνισμού μεταξύ των εν λόγω χονδρεμπόρων και των διανομέων που δραστηριοποιούνται στο κράτος μέλος για το οποίο προορίζεται το παράλληλο εμπόριο.

98 Τέλος, η Επιτροπή αναφέρθηκε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 141 έως 143 της προσβαλλομένης αποφάσεως, στον βαθμό στον οποίο οι διακυμάνσεις των συναλλαγματικών ισοτιμιών συνέβαλαν, μεταξύ 1996 και 1998, στο παράλληλο εμπόριο φαρμάκων, ειδικώς μεταξύ της Ισπανίας και του Ηνωμένου Βασιλείου.

β) Επιχειρήματα των διαδίκων

99 Η GSK ισχυρίζεται, κατ' ουσίαν, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως δεν συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού.

100 Πρώτον, υποστηρίζει ότι ο ανταγωνισμός νοθεύεται εκ προοιμίου στον τομέα των φαρμάκων που καλύπτονται από τα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης και ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως αποβλέπει μόνο στην εξουδετέρωση της καταστάσεως αυτής, η οποία οφείλεται, αφενός, στην ύπαρξη κρατικών ρυθμίσεων σχετικών με την τιμή των εν λόγω φαρμάκων και, αφετέρου, στην απουσία κοινοτικής ρυθμίσεως περί εναρμονίσεώς τους.

101 Δεύτερον, η GSK υποστηρίζει ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως δεν έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού και ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε ότι είχε τέτοιο αποτέλεσμα, λαμβανομένων υπόψη των ιδιαιτεροτήτων της επίδικης αγοράς και, γενικότερα, του νομικού και οικονομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσεται η διάταξη αυτή.

102 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τις παρεμβαίνουσες, αμφισβητεί το βάσιμο των επιχειρημάτων αυτών. Θεωρεί ότι ορθώς έκρινε ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως, το οποίο μπορούσε να αποκλείσει ή να εμποδίσει το παράλληλο εμπόριο, είχε ως αντικείμενο και ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού.

γ) Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

103 Η GSK δεν αμφισβητεί την ακρίβεια των πραγματικών περιστατικών στα οποία στηρίχθηκε η Επιτροπή για την εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ, αλλά την αξιολόγησή τους από το εν λόγω θεσμικό όργανο. Το σύνολο των επικρίσεών της αφορά, κατ' ουσίαν, τις συνέπειες που πρέπει να αντληθούν από το νομικό και οικονομικό πλαίσιο που χαρακτηρίζει τον τομέα των φαρμάκων, κατά την εξέταση της υπάρξεως περιορισμού του ανταγωνισμού. Ειδικότερα, οι επικρίσεις αυτές αφορούν, πρώτον, την κατάσταση που επικρατούσε στον ανταγωνισμό πριν από τη θέσπιση του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως και, δεύτερον, τον περιορισμό του ανταγωνισμού που θεωρείται ότι οφείλεται στη διάταξη αυτή.

Επί της καταστάσεως που επικρατούσε στον ανταγωνισμό πριν από τη θέσπιση του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως

104 Όπως ορθώς ισχυρίζεται η GSK, ο τομέας των φαρμάκων που καλύπτονται από το εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης εξακολουθεί να χαρακτηρίζεται, σε πολλά κράτη μέλη, από την ύπαρξη ρυθμίσεων που βαίνουν πέραν της απλής οργάνωσης

οικονομικής δραστηριότητας, ειδικότερα στον τομέα των τιμών (απόφαση του Δικαστηρίου της 29ης Νοεμβρίου 1983, 181/82, Roussel κ.λπ., Συλλογή 1983, σ. 3849, σκέψη 8). Η συνύπαρξη αυτών των διαφόρων κρατικών ρυθμίσεων ενδέχεται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό (απόφαση του Δικαστηρίου της 5ης Δεκεμβρίου 1996, C-267/95 και C-268/95, Merck και Beecham, Συλλογή 1996, σ. I-6285, σκέψη 47). Επιπλέον, τείνει να καθιερώσει τη στεγανοποίηση των αγορών στον τομέα αυτό (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση του Δικαστηρίου της 16ης Δεκεμβρίου 1975, 40/73 έως 48/73, 50/73, 54/73 έως 56/73, 111/73, 113/73 και 114/73, Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1975, σ. 507, σκέψη 24).

105 Εντούτοις, κατά τη νομολογία που προεκτέθηκε στις σκέψεις 67 έως 70, το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ δεν τυγχάνει εφαρμογής μόνον όταν ο τομέας στον οποίο εντάσσεται η συμφωνία υπάγεται σε ρύθμιση αποκλείουσα τη δυνατότητα ανταγωνισμού ικανού να εμποδίσει, να νοθεύσει ή να περιορίσει μέσω της συμφωνίας αυτής τον ανταγωνισμό.

106 Εν προκειμένω, όμως, υπάρχει ανταγωνισμός μεταξύ των παραγωγών φαρμάκων, ο οποίος στηρίζεται κυρίως σε παραμέτρους πλην των τιμών, ειδικότερα δε στην καινοτομία (προπαρατεθείσα στη σκέψη 104 απόφαση Roussel, σκέψη 9), όπως τόνισε η GSK με τα υπομνήματά της και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

107 Επιπλέον, ενδέχεται να υπάρχει ανταγωνισμός μεταξύ ενός παραγωγού και των διανομέων του ή μεταξύ παράλληλων εμπόρων και εθνικών διανομέων, στηριζόμενος ακριβώς στις σημαντικές αποκλίσεις των τιμών στις οποίες συμβάλλουν οι επίδικες κρατικές ρυθμίσεις, ο οποίος, όταν τα φάρμακα προστατεύονται από δίπλωμα ευρεσιτεχνίας παρέχον προσωρινό μονοπώλιο στον δικαιούχο του, είναι, μέχρι τη λήξη ισχύος του εν λόγω διπλώματος ευρεσιτεχνίας, η μοναδική πιθανή μορφή μεταξύ τους ανταγωνισμού βάσει τιμών, όπως επίσης τόνισε η GSK με τα υπομνήματά της.

108 Επομένως, δεδομένου ότι οι υφιστάμενες ρυθμίσεις τις οποίες περιέγραψε η GSK ενδέχεται να περιορίσουν αλλά όχι να αποκλείσουν τον ανταγωνισμό, δεν μπορεί να έχει εφαρμογή το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ.

Επί του περιορισμού του ανταγωνισμού που οφείλεται στο άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως

109 Δεδομένου ότι η GSK ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή δεν εκτίμησε ορθώς το σχετικό νομικό και οικονομικό πλαίσιο κατά την εξέταση της υπάρξεως περιορισμού του ανταγωνισμού, επιβάλλεται εκ προοιμίου η διαπίστωση ότι ο ανταγωνισμός για τον οποίο γίνεται λόγος στο άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο ζ', και στο άρθρο 81 ΕΚ νοείται ως αποτελεσματικός ανταγωνισμός, ήτοι ως ο ανταγωνισμός που είναι αναγκαίος για την επίτευξη των στόχων της Συνθήκης. Η έντασή του ενδέχεται να ποικίλλει ανάλογα με τη φύση του επίδικου προϊόντος και τη δομή της οικείας αγοράς. Επιπλέον, οι παράμετροί του ενδέχεται να έχουν διαφορετική σημασία, καθότι ο ανταγωνισμός μέσω τιμών δεν αποτελεί τη μοναδική αποτελεσματική μορφή ανταγωνισμού ούτε εκείνη στην οποία πρέπει να δίδεται πάντοτε απόλυτη προτεραιότητα (απόφαση του Δικαστηρίου της 25ης Οκτωβρίου 1977, 26/76, Metro κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1977, σ. 567, στο εξής: απόφαση Metro I, σκέψεις 20 και 21, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση CIF, σκέψη 68).

110 Κατά συνέπεια, ο χαρακτηρισμός του περιορισμού του ανταγωνισμού κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ πρέπει να λαμβάνει υπόψη το πραγματικό πλαίσιο και, κατ' επέκταση, το νομικό και οικονομικό πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται η συμφωνία που οδηγεί τον περιορισμό αυτό. Η υποχρέωση αυτή επιβάλλεται για την αξιολόγηση τόσο του αντικειμένου όσο και του αποτελέσματος (προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Société technique minière, σ. 313, αποφάσεις του Δικαστηρίου της 13ης Ιουλίου 1966, 56/64 και 58/64, Consten και Grundig κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1966-1968, σ. 363, και της 12ης Δεκεμβρίου 1995, C-399/93, Oude Luttikhuis κ.λπ., Συλλογή 1995, σ. I-4515, σκέψη 20).

111 Συνεπώς, όταν εξετάζονται οι ρήτρες μιας συμφωνίας εντός του νομικού και οικονομικού τους πλαισίου και από την εξέταση αυτή προκύπτει η ύπαρξη αλλοιώσεως του ανταγωνισμού, μπορεί να υποτεθεί ότι η συμφωνία αυτή έχει ως αντικείμενο να εμποδίσει, να περιορίσει ή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό (βλ. προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Société technique minière, σ. 313, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363), οπότε παρέλκει η εξέταση του αποτελέσματός της (προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 75 απόφαση Επιτροπή κατά Anic Participazioni, σκέψη 99).

112 Αντιθέτως, όταν αυτό δεν ισχύει, πρέπει να εξετάζεται το αποτέλεσμα της συμφωνίας αυτής και να αποδεικνύεται, επαρκώς κατά νόμο, ότι αυτή εμποδίζει, περιορίζει ή νοθεύει, πραγματικά ή δυνητικά, τον ανταγωνισμό (προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Société technique minière, σ. 313, και απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Μαΐου 1998, C-7/95 P, Deere κατά Επιτροπής, Συλλογή 1998, σ. I-3111, σκέψεις 75 και 77).

113 Εν προκειμένω, πρέπει ακολούθως να εξεταστούν τα επιχειρήματα της GSK σχετικά με το αντικείμενο και το αποτέλεσμα του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως.

— Επί της υπάρξεως αντικειμένου αντίθετου προς τον ανταγωνισμό

114 Η GSK δεν αμφισβητεί ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως θεσπίστηκε με σκοπό τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου των 82 φαρμάκων που εμπορεύεται η GW μεταξύ, αφενός, της Ισπανίας και, αφετέρου, άλλων κρατών μελών, ειδικότερα του Ηνωμένου Βασιλείου.

115 Κατά τη νομολογία, συμφωνίες που αποβλέπουν τελικώς στην απαγόρευση του παράλληλου εμπορίου πρέπει κατ' αρχήν να θεωρείται ότι έχουν ως αντικείμενο την παρεμπόδιση του ανταγωνισμού (προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363, αποφάσεις του Δικαστηρίου της 1ης Φεβρουαρίου 1978, 19/77, Miller International κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 47, σκέψεις 7 και 18, της 12ης Ιουλίου 1979, 32/78, 36/78 και 82/78, BMW Belgium κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1979/II, σ. 177, σκέψεις 20 έως 28 και 31, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 76 Sandoz Prodotti Farmaceutici κατά Επιτροπής, σκέψη 16).

116 Επίσης κατά τη νομολογία, συμφωνίες που αποβλέπουν σαφώς στη δυσμενή μεταχείριση του παράλληλου εμπορίου πρέπει κατ' αρχήν να θεωρείται ότι έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 8ης Νοεμβρίου 1983, 96/82 έως 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 και 110/82, IAZ κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σ. 3369, σκέψεις 23 έως 25, και της 6ης Απριλίου 2006, C-551/03 P, General Motors κατά Επιτροπής, Συλλογή 2006, σ. I-3173, σκέψεις 67 και 68).

117 Εντούτοις, ορθώς η GSK υποστηρίζει ότι, λαμβανομένου υπόψη του νομικού και οικονομικού πλαισίου, η Επιτροπή δεν μπορούσε, στηριζόμενη στο γεγονός και μόνον ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως καθιέρωνε σύστημα διαφοροποιήσεως των τιμών αποβλέπον στον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, να καταλήξει ότι η διάταξη αυτή είχε ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού.

118 Συγκεκριμένα, σκοπός του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ που συνιστά θεμελιώδη διάταξη αναγκαία για την εκπλήρωση των αποστολών που έχουν ανατεθεί στην Κοινότητα, ειδικότερα για τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 1ης Ιουνίου 1999, C-126/97, Eco Swiss, Συλλογή 1999, σ. I-3055, σκέψη 36, και της 20ής Σεπτεμβρίου 2001, C-453/99, Courage και Crehan, Συλλογή 2001, σ. I-6297, σκέψη 20), είναι να αποφεύγεται το ενδεχόμενο ορισμένες επιχειρήσεις, περιορίζοντας τον ανταγωνισμό μεταξύ τους ή με τρίτους, να περιορίζουν το όφελος που αποκομίζει ο τελικός καταναλωτής από τα προϊόντα αυτά (απόφαση του Πρωτοδικείου της 7ης Ιουνίου 2006, T-213/01 και T-214/01, Österreichische Postsparkasse και Bank für Arbeit und Wirtschaft κατά Επιτροπής, Συλλογή 2006, σ. II-1601, σκέψη 115· βλ., επίσης, υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363, και απόφαση του Δικαστηρίου της 20ής Ιουνίου 1978, 28/77, Tepea κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 439, σκέψη 56). Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Επιτροπή τόνισε εξάλλου επανειλημμένως ότι με αυτή την προοπτική διεξήγαγε εν προκειμένω την εξέτασή της, καταλήγοντας αρχικώς ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως περιόριζαν προφανώς το όφελος που αποκομίζουν οι καταναλωτές και διερωτώμενη στη συνέχεια αν ο περιορισμός αυτός θα αντισταθμιζόταν από επιπλέον όφελος υπέρ των καταναλωτών.

119 Κατά συνέπεια, η εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ στην υπό κρίση υπόθεση δεν μπορεί να εξαρτάται αποκλειστικά από το γεγονός ότι η επίδικη συμφωνία αποβλέπει στον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου φαρμάκων ή στη στεγανοποίηση της κοινής αγοράς, στοιχεία από τα οποία μπορεί να συναχθεί ο επηρεασμός του ενδοκοινοτικού εμπορίου, αλλά απαιτεί επιπλέον ανάλυση προκειμένου να διαπιστωθεί αν η συμφωνία αυτή έχει ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα να εμποδίσει, να περιορίσει ή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό στην επίδικη αγορά, εις βάρος του τελικού καταναλωτή. Κατά την προπαρατεθείσα στις σκέψεις 111 και 112 νομολογία, η ανάλυση αυτή, η οποία μπορεί να είναι συνοπτική όταν από τις ίδιες τις ρήτρες της συμφωνίας προκύπτει η ύπαρξη αλλοιώσεως του ανταγωνισμού, όπως επισήμανε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, πρέπει αντιθέτως να συμπληρώνεται, ανάλογα με το τι απαιτούν οι περιστάσεις της εκάστοτε υποθέσεως, όταν δεν ισχύει κάτι τέτοιο (προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Société technique minière, σ. 313, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363).

120 Ειδικότερα, με την προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, από την οποία προέκυψε η προπαρατεθείσα στις σκέψεις 115 και 116 νομολογία, το Δικαστήριο δεν έκρινε, σε αντίθεση προς ό,τι υποστηρίζει η Επιτροπή με τα υπομνήματά της, ότι συμφωνία αποβλέπουσα στον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου πρέπει να θεωρείται λόγω της φύσεως της, ήτοι ανεξαρτήτως οποιασδήποτε αναλύσεως σχετικής με τον ανταγωνισμό, ως αποβλέπουσα στον περιορισμό του ανταγωνισμού. Αντιθέτως, το Δικαστήριο περιορίστηκε, αρχικώς, να διαπιστώσει ότι συμφωνία μεταξύ παραγωγού και διανομέα που αποβλέπει στην εκ νέου στεγανοποίηση των εθνικών αγορών στο ενδοκοινοτικό εμπόριο ενδέχεται να είναι αντίθετη προς τους πιο θεμελιώδεις στόχους της Κοινότητας (σ. 494), εκτίμηση που το οδήγησε στην απόρριψη του λόγου ακυρώσεως που αντλούνταν από τη μη εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ στις κάθετες συμφωνίες (σ. 492 έως 494). Στη συνέχεια προέβη σε συνοπτική αλλά ουσιαστική ανάλυση του ανταγωνισμού, κατά την οποία επεσήμανε, μεταξύ άλλων, ότι η επίδικη συμφωνία απέβλεπε στον περιορισμό οποιασδήποτε δυνατότητας ανταγωνισμού σε επίπεδο χονδρικού εμπορίου, προκειμένου να εφαρμόζονται τιμές που δεν υπόκεινται σε αποτελεσματικό ανταγωνισμό, εκτιμήσεις που το οδήγησαν στην απόρριψη του λόγου ακυρώσεως που αντλούνταν από την απουσία περιορισμού του ανταγωνισμού (σ. 496 έως 498).

121 Επομένως, ναι μεν το παράλληλο εμπόριο τυγχάνει έκτοτε ορισμένης προστασίας, όχι όμως αυτό καθ' εαυτό, αλλά, όπως έκρινε το Δικαστήριο, στο μέτρο που ευνοεί, αφενός, την ανάπτυξη των συναλλαγών και, αφετέρου, την ενίσχυση του

ανταγωνισμού (απόφαση του Δικαστηρίου της 16ης Ιανουαρίου 1992, C-373/90, Χ, Συλλογή 1992, σ. I-131, σκέψη 12), ήτοι, υπό τη δεύτερη αυτή πτυχή, στο μέτρο που παρέχει στους τελικούς καταναλωτές τα πλεονεκτήματα ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού στον τομέα της προμήθειας ή των τιμών (προπαρατεθείσα στη σκέψη 118 απόφαση Tepea κατά Επιτροπής, σκέψεις 43 και 56). Συνεπώς, το ότι γίνεται δεκτό ότι μια συμφωνία που αποβλέπει στον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου αποβλέπει κατ' αρχήν στον περιορισμό του ανταγωνισμού δικαιολογείται από την υπόθεση ότι στερεί τους τελικούς καταναλωτές από τα πλεονεκτήματα αυτά.

122 Λαμβανομένου, όμως, υπόψη του νομικού και οικονομικού πλαισίου εντός του οποίου εφαρμόζονται οι γενικοί όροι πωλήσεως της GSK, δεν μπορεί να υποτεθεί ότι στερούν τους τελικούς καταναλωτές φαρμάκων από τα πλεονεκτήματα αυτά. Συγκεκριμένα, οι χονδρέμποροι, ο ρόλος των οποίων είναι, όπως έκρινε το Δικαστήριο, να εξασφαλίζουν τον ανεφοδιασμό του λιανικού εμπορίου επωφελούμενοι του ανταγωνισμού μεταξύ κατασκευαστών (προπαρατεθείσα στη σκέψη 109 απόφαση Metro I, σκέψη 40), είναι επιχειρήσεις που ενεργούν στο ενδιάμεσο στάδιο της αλυσίδας καθορισμού της αξίας και μπορούν να διατηρήσουν το πλεονέκτημα που ενδέχεται να συνεπάγεται το παράλληλο εμπόριο από απόψεως τιμών, οπότε αυτό δεν θα γίνει αισθητό στους τελικούς καταναλωτές.

123 Μια περιγραφή του πλαισίου αυτού περιέχεται στο σχετικό με το ρυθμιστικό πλαίσιο τμήμα Ι της προσβαλλομένης αποφάσεως και, ειδικότερα, στα υποτμήματα ΣΤ, με τίτλο «Το παράλληλο εμπόριο φαρμακευτικών προϊόντων στην Κοινότητα: οι συνέπειες των εθνικών ρυθμιστικών πλαισίων και των διακυμάνσεων των συναλλαγματικών ισοτιμιών», και Ζ, με τίτλο «Το παράλληλο εμπόριο των προϊόντων της GW στην Κοινότητα: οι συνέπειες των νέων όρων πώλησης της GW».

124 Από την ανάγνωση της περιγραφής αυτής προκύπτει ότι τα κύρια χαρακτηριστικά του νομικού και οικονομικού πλαισίου είναι τα ακόλουθα, όπως συμφώνησε η GSK τόσο με τα υπομνήματά της όσο και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

125 Πρώτον, κατά τις αιτιολογικές σκέψεις 31, 36 και 50 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η τιμή των φαρμάκων που καλύπτουν τα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης δεν καθορίζεται βάσει της λειτουργίας του ανταγωνισμού σε όλη την Κοινότητα, αλλά ορίζεται άμεσα μετά το πέρας διοικητικής διαδικασίας στην πλειονότητα των κρατών μελών και ελέγχεται έμμεσα από τα άλλα κράτη μέλη.

126 Δεύτερον, κατά την αιτιολογική σκέψη 31 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η προσέγγιση των εθνικών διατάξεων που ισχύουν στον τομέα αυτό είναι, στο παρόν στάδιο, περιορισμένη. Πράγματι, η οδηγία 89/105 ορίζει απλώς ότι, όταν ο καθορισμός της τιμής των φαρμάκων προβλέπεται από το εθνικό δίκαιο, πρέπει να γίνεται κατόπιν διαφανούς διαδικασίας και να στηρίζεται σε αντικειμενικά και επαληθεύσιμα κριτήρια. Κατά τα λοιπά, όπως προβλέπει η αιτιολογική σκέψη 50 της προσβαλλομένης αποφάσεως, το εθνικό δίκαιο μπορεί να προβλέψει τον συνυπολογισμό διαφόρων κριτηρίων, ανάλογα με την πολιτική που ακολουθεί το οικείο κράτος μέλος στον τομέα της δημόσιας υγείας και της χρηματοδοτήσεως του εθνικού συστήματος υγειονομικής ασφάλισης, όπως ορίζει επίσης η οδηγία 89/105. Αυτό συμβαίνει, μεταξύ άλλων, στο ισπανικό δίκαιο, το οποίο, κατά τις αιτιολογικές σκέψεις 37 και 38 της προσβαλλομένης αποφάσεως, προβλέπει τον άμεσο καθορισμό μέγιστης τιμής χονδρικής πωλήσεως και τον έμμεσο καθορισμό μέγιστης λιανικής τιμής. Το βρετανικό δίκαιο δεν προβλέπει τον καθορισμό τιμών, αλλά, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 44 έως 46 της προσβαλλομένης αποφάσεως, τον έλεγχο των κερδών των φαρμακευτικών εταιριών.

127 Τρίτον, κατά τις αιτιολογικές σκέψεις 29 έως 31 και 34 της προσβαλλομένης αποφάσεως, οι διαφορές που υφίστανται μεταξύ των εθνικών διατάξεων που εφαρμόζονται στον τομέα αυτό δικαιολογούν, από διαρθρωτικής απόψεως, την ύπαρξη σημαντικών αποκλίσεων των τιμών μεταξύ κρατών μελών.

128 Τέταρτον, κατά τις αιτιολογικές σκέψεις 30, 32 και 53 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η διακύμανση των συναλλαγματικών ισοτιμιών επηρεάζει συγκυριακά μόνον την ύπαρξη αποκλίσεων των τιμών. Το φαινόμενο αυτό, το οποίο αφορούσε δυνητικά όλα τα κράτη μέλη της Κοινότητας στις 6 Μαρτίου 1998, ημερομηνία κατά την οποία η GSK ανακοίνωσε τους γενικούς όρους πωλήσεως στην Επιτροπή, εξακολουθούσε να αφορά το Ηνωμένο Βασίλειο, τη Δανία και τη Σουηδία στις 8 Μαΐου 2001, ημερομηνία εκδόσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως από την Επιτροπή, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 53 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

129 Πέμπτον, οι εν λόγω αποκλίσεις τιμών αποτελούν οι ίδιες την αιτία του παράλληλου εμπορίου φαρμάκων στην Κοινότητα, κατά την αιτιολογική σκέψη 29 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Τα βασικά κράτη μέλη αποδέκτες του παράλληλου αυτού εμπορίου, όπως διευκρινίζουν οι αιτιολογικές σκέψεις 33 και 34 της προσβαλλομένης αποφάσεως, είναι η Δανία, οι Κάτω Χώρες και το Ηνωμένο Βασίλειο.

130 Έκτον, ορισμένα κράτη μέλη θέσπισαν διατάξεις που, ανεξαρτήτως του αν έχουν ως αντικείμενο την ενθάρρυνση του παράλληλου εμπορίου —πράγμα που αναφέρει η Επιτροπή στις αιτιολογικές σκέψεις 31, 33, 34, 36 και 52 της προσβαλλομένης αποφάσεως, αλλά αμφισβητεί η GSK—, ενδέχεται να έχουν τέτοιο αποτέλεσμα. Αυτό συμβαίνει, μεταξύ άλλων, στο Ηνωμένο Βασίλειο, όπου, κατά την αιτιολογική σκέψη 49 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η National Health Service (Εθνική Υπηρεσία Υγείας) επιστρέφει αυτομάτως στους φαρμακοποιούς ποσό ίσο προς την τιμή στην οποία ο παρασκευαστής εμπορεύεται το φάρμακο στη βρετανική αγορά, μειωμένο κατά 4 έως 5 % κατ' αποκοπή, ποσοστό που υποτίθεται ότι αντιστοιχεί στο κέρδος που αποκομίζουν οι φαρμακοποιοί όταν ανεφοδιάζονται αλλού, με χαμηλότερες τιμές.

131 Έβδομον, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 31 και 51 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ο ασθενής καταβάλλει, κατά κανόνα, περιορισμένο μέρος, το οποίο ενδέχεται να ποικίλλει μεταξύ κρατών μελών, της τιμής των φαρμάκων που καταναλώνει και που καλύπτονται από το εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης. Το εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης καλύπτει το μεγαλύτερο μέρος. Αυτό συμβαίνει, μεταξύ άλλων, στο Ηνωμένο Βασίλειο όπου, κατά την αιτιολογική σκέψη 48 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ο ασθενής καταβάλλει 6 λίρες στερλίνες (GBP) ανά φάρμακο, εκτός αν ανήκει σε κατηγορία προσώπων που απαλλάσσονται από αυτή την υποχρέωση πληρωμής.

132 Η Επιτροπή παραπέμπει σε ορισμένες πτυχές της περιγραφής αυτής στο πλαίσιο της εξετάσεως του αντικειμένου του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως. Παραπέμπει στην αιτιολογική σκέψη 117 της προσβαλλομένης αποφάσεως, για να αποδείξει την αδιαμφισβήτητη επίδραση της διατάξεως αυτής στο παράλληλο εμπόριο. Παραπέμπει, επίσης, στην αιτιολογική σκέψη 121 της προσβαλλομένης αποφάσεως, για να εξηγήσει ότι, σε αντίθεση προς τους ισχυρισμούς της GSK, οι φαρμακευτικές εταιρίες έχουν εξουσία διαπραγματεύσεως στο πλαίσιο της ισπανικής διαδικασίας καθορισμού της χονδρικής τιμής των φαρμάκων.

133 Ωστόσο, ουδέποτε η Επιτροπή εξέτασε το ειδικό και κύριο χαρακτηριστικό του τομέα, ήτοι ότι οι τιμές των επίδικων προϊόντων, οι οποίες υπόκεινται στον έλεγχο των κρατών μελών που τις καθορίζουν άμεσα ή έμμεσα στο επίπεδο που θεωρούν κατάλληλο, καθορίζονται σε διαφορετικά από διαρθρωτικής απόψεως επίπεδα εντός της Κοινότητας και, σε αντίθεση προς τις τιμές άλλων καταναλωτικών αγαθών στις οποίες αναφέρθηκε η Επιτροπή με τα υπομνήματά της και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, όπως τα αθλητικά προϊόντα ή οι μοτοσικλέτες, εξακολουθούν εν πάση περιπτώσει να υπόκεινται, σε μεγάλο βαθμό, στον ελεύθερο νόμο της προσφοράς και της ζήτησης.

134 Κατόπιν τούτου, δεν μπορεί να υποτεθεί ότι το παράλληλο εμπόριο επηρεάζει τις τιμές που επιβάλλονται στους τελικούς καταναλωτές των φαρμάκων που καλύπτονται από τα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης και ότι τους παρέχει, συναφώς, αισθητό πλεονέκτημα ανάλογο με αυτό που θα αποκόμιζαν αν οι τιμές καθορίζονταν βάσει του νόμου της προσφοράς και της ζήτησης.

135 Κατά τα λοιπά, και η Επιτροπή αναγνωρίζει την εκ πρώτης όψεως αμφίβολη επίδραση του παράλληλου εμπορίου φαρμάκων στο όφελος που αποκομίζουν οι τελικοί καταναλωτές, καθότι αναφέρει, στην ανακοίνωσή της COM(1998) 588 τελικό, της 25ης Νοεμβρίου 1999, σχετικά με την ενιαία αγορά των φαρμακευτικών προϊόντων, για την οποία γίνεται λόγος στην αιτιολογική σκέψη 161 της προσβαλλομένης αποφάσεως και στην οποία παραπέμπουν οι διάδικοι με τα υπομνήματά τους και με τις απαντήσεις τους στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, ότι, αν το παράλληλο εμπόριο δεν μπορεί να δράσει με δυναμικό τρόπο επί των τιμών, δημιουργεί ανεπάρκειες διότι το μεγαλύτερο μέρος, αλλά όχι όλο, του οικονομικού οφέλους το αποκομίζει ο φορέας του παράλληλου εμπορίου και όχι το σύστημα ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης ή ο ασθενής (σ. 6).

136 Επομένως, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι από την εξέταση και μόνον του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως, που αποβλέπει, κατά την GSK, στο να εξασφαλίζει ότι η χονδρική τιμή που ορίζει το Βασίλειο της Ισπανίας θα εφαρμοστεί στην πράξη μόνο στα φάρμακα για τα οποία τούτο προβλέφθηκε από τον νόμο, προκύπτει ότι συντρέχει παρεμπόδιση, περιορισμός ή νόθευση του ανταγωνισμού.

137 Κανένα από τα επιχειρήματα της Επιτροπής και των παρεμβαινουσών δεν φαίνεται ικανό να αμφισβητήσει το συμπέρασμα αυτό.

138 Ειδικότερα, η Επιτροπή δεν μπορεί να περιοριστεί, όπως με τις αιτιολογικές σκέψεις 118 και 119 της προσβαλλομένης αποφάσεως και με τα υπομνήματά της, σε παραλληλισμούς με συμφωνίες που είχε την ευκαιρία να εξετάσει στο πλαίσιο προηγούμενων αποφάσεών της, εκτιμώντας ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως ομοιάζει προς τις εν λόγω συμφωνίες ή εξομοιώνεται με αυτές. Συγκεκριμένα, μια τέτοια ενέργεια δεν λαμβάνει τελικά υπόψη τα στοιχεία του νομικού και οικονομικού πλαισίου που περιγράφηκαν ανωτέρω, τα οποία δεν ίσχυαν στις αποφάσεις περί εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ στις οποίες παρέπεμψε η Επιτροπή.

139 Περαιτέρω, η Επιτροπή δεν μπορεί βασίμως να ισχυρίζεται, όπως το έπραξε με τις αιτιολογικές σκέψεις 120 έως 123 της προσβαλλομένης αποφάσεως και με τα υπομνήματά της, ότι η ύπαρξη της ισπανικής κανονιστικής ρυθμίσεως σχετικά με τον καθορισμό της χονδρικής τιμής φαρμάκων δεν είναι σε τελική ανάλυση καθοριστική, αν ληφθεί υπόψη η εξουσία διαπραγματεύσεως που παρέχεται στις φαρμακευτικές εταιρίες. Δεν μπορεί, εξάλλου, βασίμως να υποστηρίζει, όπως επίσης έπραξε με τα υπομνήματά της, ότι ούτε η συνύπαρξη διαφορετικών εθνικών κανονιστικών ρυθμίσεων για το ζήτημα αυτό είναι καθοριστική, αν ληφθεί υπόψη η νομολογία (προπαρατεθείσα στη σκέψη 115 απόφαση BMW Belgium κατά Επιτροπής, σκέψη 5, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 19ης Μαΐου 1999, Τ-175/95, BASF κατά Επιτροπής, Συλλογή 1999, σ. II-1581, σκέψεις 121 έως 123 και 136).

140 Συγκεκριμένα, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η ισπανική κανονιστική ρύθμιση παρέχει στις φαρμακευτικές εταιρίες εξουσία διαπραγματεύσεως, όπως υποστήριξαν η Επιτροπή και οι παρεμβαίνουσες κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η ύπαρξη της ρυθμίσεως αυτής και η συνύπαρξή της με αυτές άλλων κρατών μελών δεν παύει να ασκεί σημαντική επιρροή σε μια ουσιώδη παράμετρο της λειτουργίας του ανταγωνισμού (βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσα στη σκέψη 104 απόφαση Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψεις 17 και 71), στοιχείο που δεν μπορεί να αγνοηθεί κατά την ανάλυση της καταστάσεως του ανταγωνισμού.

141 Επομένως, δεν μπορεί να υπάρξει κανένας παραλληλισμός μεταξύ των υποθέσεων στις οποίες παρέπεμψε η Επιτροπή, οι οποίες αφορούσαν, όπως το εν λόγω θεσμικό όργανο επισήμανε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, μέτρα παγώματος της τιμής νέων αυτοκινήτων (προπαρατεθείσα στη σκέψη 115 απόφαση BMW Belgium κατά Επιτροπής, σκέψη 5) ή προϊόντων επαναβαφής οχημάτων (προπαρατεθείσα στη σκέψη 139 απόφαση BASF κατά Επιτροπής, σκέψη 123) τα οποία ίσχυαν σε ένα μόνον κράτος μέλος της Κοινότητας, και της υπό κρίση υποθέσεως, η οποία χαρακτηρίζεται από το γεγονός ότι η τιμή των επίδικων προϊόντων, η οποία ορίζεται σε τελική ανάλυση από τα κράτη μέλη, δεν υπόκειται από διαρθρωτικής απόψεως στον νόμο της προσφοράς και της ζήτησης και καθορίζεται σε διαφορετικά από διαρθρωτικής απόψεως επίπεδα στο σύνολο της Κοινότητας, παρά τον κάποιο ανταγωνισμό που ενδέχεται να εκδηλωθεί με την άσκηση παράλληλου εμπορίου.

142 Τέλος, δεν μπορεί να συναχθεί από τη σκέψη 75 της προπαρατεθείσας στη σκέψη 116 αποφάσεως General Motors κατά Επιτροπής, στην οποία παρέπεμψε η Επιτροπή με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι ουδόλως έπρεπε να ληφθεί υπόψη η πραγματική κατάσταση που υπομνήσθηκε στην προηγούμενη σκέψη.

143 Συγκεκριμένα, από τη σκέψη 75 της αποφάσεως αυτής προκύπτει ότι η έλλειψη φορολογικής εναρμονίσεως δεν εμποδίζει το συμπέρασμα ότι μια συμφωνία προοριζόμενη να περιορίσει το παράλληλο εμπόριο αυτοκινήτων ενδέχεται να έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, μολονότι ασκεί επιρροή, όπως επισήμανε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, στη λειτουργία του ανταγωνισμού στον τομέα αυτό. Αντιθέτως, ουδόλως προκύπτει ότι οι επίδικες στην υπό κρίση υπόθεση κρατικές κανονιστικές ρυθμίσεις δεν επηρεάζουν την ανάλυση της καταστάσεως του ανταγωνισμού, ενώ έχουν ως αντικείμενο τη μη υπαγωγή του καθορισμού της τιμής των φαρμάκων που καλύπτουν τα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης στη λειτουργία του ανταγωνισμού.

144 Οι παρεμβαίνουσες δεν μπορούν λυσιτελώς να υποστηρίξουν, όπως έπραξαν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι, στην πραγματικότητα, οι επίδικες κρατικές κανονιστικές ρυθμίσεις δεν αποβλέπουν στη μη υπαγωγή του καθορισμού της τιμής των φαρμάκων αυτών στον νόμο της προσφοράς και της ζήτησης, αλλά στο να αντισταθμίσουν την απουσία ανταγωνισμού που οφείλεται στη σημαντική θέση που κατέχουν οι φαρμακευτικές εταιρίες στην αγορά και να εξασφαλίσουν την ύπαρξη δίκαιων τιμών.

145 Συγκεκριμένα, όταν ο κοινοτικός δικαστής εκδικάζει προσφυγή για την ακύρωση αποφάσεως της Επιτροπής με την οποία εφαρμόζονται κανόνες του ανταγωνισμού, ασκεί, σύμφωνα με το άρθρο 230 ΕΚ, έλεγχο επί της νομιμότητας της αποφάσεως αυτής. Τα επιχειρήματα όμως των παρεμβαινουσών στηρίζονται σε πραγματικά περιστατικά που ούτε αναφέρθηκαν ούτε, κατά μείζονα λόγο, εξετάστηκαν από την Επιτροπή με την προσβαλλόμενη απόφαση. Δεν εναπόκειται στο Πρωτοδικείο να την υποκαταστήσει εξετάζοντάς τα το πρώτον.

146 Επιπλέον, τα επιχειρήματα αυτά πρέπει να συγκριθούν με τα επιχειρήματα της GSK, κατά τα οποία οι κρατικές κανονιστικές ρυθμίσεις σε θέματα διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας αποβλέπουν στο να παράσχουν στις φαρμακευτικές εταιρίες τη δυνατότητα να καλύψουν τα έξοδα έρευνας και ανάπτυξης στα οποία υποβλήθηκαν (στο εξής: Ε & Α) παρέχοντας τους προσωρινό μονοπώλιο, μετά το πέρας του οποίου οι παρασκευαστές φαρμάκων κοινόχρηστης ονομασίας αποκαθιστούν τον ανταγωνισμό μέσω τιμών, οπότε οι παράλληλοι έμποροι οι οποίοι δραστηριοποιούνται στην αγορά κατά τη διάρκεια ισχύος των διπλωμάτων συνιστούν φορείς ενός τεχνητού και όχι αποτελεσματικού ανταγωνισμού κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, στοιχείο ζ', ΕΚ και του άρθρου 81 ΕΚ.

147 Κατά συνέπεια, το κύριο συμπέρασμα της Επιτροπής, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως πρέπει να θεωρηθεί ως απαγορευόμενο από το άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ, στο μέτρο που έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Επειδή οι τιμές των εν λόγω φαρμάκων δεν υπάγονται στον ελεύθερο νόμο της προσφοράς και της ζήτησης, λόγω της ισχύουσας κανονιστικής ρυθμίσεως, αλλά καθορίζονται ή ελέγχονται από τις δημόσιες αρχές, δεν μπορεί εκ προοιμίου να θεωρηθεί ως δεδομένο ότι το παράλληλο εμπόριο αποβλέπει στη μείωση των τιμών και στην αύξηση, ως εκ τούτου, του οφέλους των τελικών καταναλωτών. Η ανάλυση του κειμένου του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως, η οποία πραγματοποιείται στο πλαίσιο αυτό, δεν επιτρέπει, ως εκ τούτου, να υποτεθεί ότι η διάταξη αυτή, η οποία αποβλέπει στον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, αποβλέπει και στη μείωση του οφέλους των τελικών καταναλωτών. Σ' αυτή την κατά μεγάλο μέρος πρωτόγνωρη κατάσταση, ο περιοριστικός για τον ανταγωνισμό χαρακτήρας αυτής της συμφωνίας δεν μπορεί, ως εκ τούτου, να συναχθεί από την ανάγνωση και μόνον του κειμένου της, εντός του πλαισίου στο οποίο αυτή εντάσσεται, τα δε αποτέλεσματά της πρέπει οπωσδήποτε να εξεταστούν, έστω και για να επαληθευτεί αυτό που συνήγαγε το πρώτον η ρυθμιστική αρχή από την ανάγνωση αυτή.

— Επί της υπάρξεως αποτελέσματος αντίθετου προς τον ανταγωνισμό

148 Η εξέταση του αποτελέσματος μιας συμφωνίας επί του ανταγωνισμού απαιτεί, πρώτον, τον προσδιορισμό της ή των επίδικων αγορών, τόσο από ουσιαστικής όσο και από γεωγραφικής απόψεως (απόφαση του Δικαστηρίου της 28ης Φεβρουαρίου 1991, C-234/89, Δηλιμίτης, Συλλογή 1991, σ. I-935, σκέψεις 15, 16 και 18).

149 Εν προκειμένω, όσον αφορά την αγορά των επίδικων προϊόντων, η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 112 και 113 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι, λαμβανομένων υπόψη των παρατηρήσεων της GSK κατά τις οποίες η φύση και το περιεχόμενο του παράλληλου εμπορίου και των γενικών όρων πωλήσεως ενδέχεται να υποδηλώνουν την ύπαρξη αγοράς προϊόντων που να περιλαμβάνει όλα τα χορηγούμενα με ιατρική συνταγή φάρμακα, δεν ήταν απαραίτητο να οριστούν με ακρίβεια τα μερίδια αγοράς της GW για καθένα από τα 82 επίδικα φάρμακα. Στο μέτρο που η Επιτροπή αμφισβήτησε, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, την ύπαρξη των παρατηρήσεων της GSK στις οποίες στηρίζονται οι εν λόγω αιτιολογικές σκέψεις, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι από την ανάγνωση της συμπληρωματικής κοινοποίησης προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν πάσχει λόγω πλάνης περί τα πράγματα επί του ζητήματος αυτού.

150 Όσον αφορά την οικεία γεωγραφική αγορά, η Επιτροπή έκρινε, εν τέλει, με την αιτιολογική σκέψη 114 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι έπρεπε να θεωρηθεί ως εθνική, λόγω, μεταξύ άλλων, των διαφορών που υφίστανται, εντός των κρατών μελών της Κοινότητας, μεταξύ των ρυθμίσεων που αφορούν τις τιμές και τις επιστροφές των εξόδων, τις στρατηγικές σχετικά με τα εμπορικά σήματα και τη συσκευασία, τα συστήματα διανομής και τις συνήθειες ως προς τη χορήγηση συνταγών.

151 Όσον αφορά τις αγορές που επηρεάζονται από τη συμφωνία, η Επιτροπή δεν τις απαρίθμησε ρητώς. Συνάγεται, ωστόσο, από τις αιτιολογικές σκέψεις 112 έως 114, 117 και 126 της προσβαλλομένης αποφάσεως ότι, όπως επιβεβαίωσε η Επιτροπή με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, πρόκειται, αφενός,

για την ισπανική αγορά, όπου οι Ισπανοί χονδρέμποροι μπορούν να αγοράσουν φάρμακα από την GW, και, αφετέρου, για όλες τις εθνικές αγορές της Κοινότητας όπου μπορούν να τα μεταπωλήσουν, ήτοι για όλες τις αγορές προς τις οποίες η διαφοροποίηση μεταξύ της ισπανικής τιμής και της εγχώριας τιμής είναι αρκετή ώστε να καταστήσει το παράλληλο εμπόριο κερδοφόρο.

152 Η GSK δεν αμφισβητεί την προσέγγιση της Επιτροπής ως προς την οικεία γεωγραφική αγορά, όπως επιβεβαίωσε και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Επομένως, δεν αμφισβητείται ότι η αγορά αυτή, η οποία εκτείνεται από το έδαφος στο οποίο οι αντικειμενικοί όροι του ανταγωνισμού για το οικείο προϊόν είναι, αν όχι παρόμοιοι, τουλάχιστον επαρκώς ομοιογενείς για όλους τους οικονομικούς φορείς (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 14ης Φεβρουαρίου 1978, 27/76, United Brands κατά Επιτροπής, Συλλογή τόμος 1978, σ. 75, σκέψεις 44 και 53, και του Πρωτοδικείου της 6ης Οκτωβρίου 1994, Τ-83/91, Tetra Pak κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. II-755, σκέψη 91), μπορεί να θεωρηθεί εν προκειμένω εθνική, λαμβανομένων ιδίως υπόψη των διαφορετικών ρυθμίσεων ως προς τις τιμές και τις επιστροφές των εξόδων των φαρμάκων.

153 Αντιθέτως, η GSK αμφισβητεί την προσέγγιση της Επιτροπής ως προς την αγορά των επίδικων προϊόντων. Υποστηρίζει ότι, λαμβανομένης υπόψη της σχετικής ισπανικής ρυθμίσεως, η Επιτροπή έπρεπε να διακρίνει την οργανωμένη αγορά, η οποία περιλαμβάνει τα φάρμακα που προορίζονται προς επαναπώληση και καλύπτονται στην Ισπανία, αφενός, από μια ελεύθερη αγορά, η οποία περιλαμβάνει τα φάρμακα που προορίζονται προς επαναπώληση και καλύπτονται σε οποιοδήποτε άλλο κράτος μέλος, αφετέρου. Ωστόσο, η κριτική αυτή δεν είναι βάσιμη.

154 Από τις αιτιολογικές σκέψεις 112 και 113 της προσβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει ότι η Επιτροπή δεν εμβάθυνε στο ζήτημα του ορισμού της αγοράς των επίδικων προϊόντων. Ερωτηθείσα ως προς το πλαίσιο εντός του οποίου ανέπτυξε στην πράξη τη συλλογιστική της, η Επιτροπή επισήμανε ωστόσο με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου ότι, μολονότι δεν ήταν αναγκαίος ο ορισμός της αγοράς των επίδικων προϊόντων στο μέτρο που είχε καταλήξει στην ύπαρξη αντικειμένου αντίθετου προς τον ανταγωνισμό, προέβη συνοπτικά στον ορισμό της εν λόγω αγοράς.

155 Εξήγησε επίσης, με τις απαντήσεις της και στη συνέχεια κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι, χωρίς να ακολουθήσει εξαιρετικά περίπλοκη συλλογιστική για το ζήτημα αυτό, περιορίστηκε εν τέλει να προβεί στον συνήθη ορισμό που χρησιμοποιείται στον τομέα αυτό, ήτοι να στηριχθεί στο τρίτο επίπεδο της ανατομικής, θεραπευτικής ταξινόμησης (ATC) που έχει καταρτίσει η European Pharmaceutical Marketing Research Association (EphMRA). Ο ορισμός αυτός αντιστοιχεί, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 16 και 110 της προσβαλλομένης αποφάσεως, σε υποτμήματα οριζόμενα σε σχέση με τη θεραπευτική ένδειξη και τις φαρμακευτικές ιδιότητες των οικείων φαρμάκων.

156 Οσάκις το Πρωτοδικείο αποφαίνεται επί προσφυγής ακυρώσεως κοινοτικής πράξεως, σ' αυτό εναπόκειται να ερμηνεύσει την οικεία πράξη, ιδίως όταν το θεσμικό όργανο που είναι συντάκτης της εν λόγω πράξεως προβάλλει εξηγήσεις ως προς την ερμηνεία της (απόφαση του Δικαστηρίου της 2ας Οκτωβρίου 2003, C-194/99 P, Thyssen Stahl κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. I-10821, σκέψεις 55 και 56). Εν προκειμένω, από μια σφαιρική ανάγνωση της προσβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει ότι η Επιτροπή, εμμέσως πλην αναγκαστικώς, ανέπτυξε τη συλλογιστική της σχετικά με αγορά θεωρούμενη ως η αγορά της διανομής των φαρμάκων που καλύπτει το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης, στο μέτρο που αυτά μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο παράλληλου εμπορίου προς άλλα κράτη μέλη της Κοινότητας. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή περιέγραψε συνολικά το παράλληλο εμπόριο των φαρμάκων που εμπορεύεται η GW στην Ισπανία, με τις αιτιολογικές σκέψεις 64 έως 71 της προσβαλλομένης αποφάσεως, και την επίπτωση των γενικών όρων πωλήσεως στο φαινόμενο αυτό, με τις αιτιολογικές σκέψεις 72 έως 75 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Ομοίως εξέτασε το περιοριστικό αποτέλεσμα του άρθρου 4 των όρων αυτών, με τις αιτιολογικές σκέψεις 117, 126, 137, 139 και 140 της προσβαλλομένης αποφάσεως, επικεντρώνοντας την προσοχή της σε δείγμα οκτώ φαρμάκων που ήταν ιδιαιτέρως πιθανό να αποτελέσουν αντικείμενο παράλληλου εμπορίου και ως προς τα οποία η GSK της παρέσχε πληροφοριακά στοιχεία. Με τον ίδιο επίσης τρόπο προσέγγισε το μέγεθος των αντίθετων προς τον ανταγωνισμό αποτελεσμάτων, με την αιτιολογική σκέψη 144 της προσβαλλομένης αποφάσεως, καθώς και τον επηρεασμό του ενδοκοινοτικού εμπορίου, με την αιτιολογική σκέψη 146 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

157 Όπως προκύπτει από τα σημεία 13 και 14 της ανακοινώσεως 97/C 372/03 της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού (ΕΕ 1997, C 372, σ. 5, σημεία 13 και 14), το εν λόγω θεσμικό όργανο υποχρεώθηκε να ορίσει την αγορά των επίδικων προϊόντων, λαμβάνοντας κυρίως υπόψη τη δυνατότητα υποκαταστάσεώς τους από την πλευρά της ζήτησης, αφενός, και της προσφοράς, αφετέρου.

158 Όσον αφορά την πρώτη πτυχή, από το άρθρο 1, στοιχείο α', του κανονισμού (ΕΚ) 2790/1999 της Επιτροπής, της 22ας Δεκεμβρίου 1999, για την εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 3, της Συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών (ΕΕ L 336, σ. 21) προκύπτει ότι πρέπει να ερευνάται, στο πλαίσιο συμφωνίας όπως η επίδικη στην υπό κρίση υπόθεση, ποια είναι τα προϊόντα που ο αγοραστής θεωρεί ως εναλλάξιμα ή υποκατάστατα λόγω των χαρακτηριστικών τους, της τιμής τους και της χρήσεως για την οποία προορίζονται.

159 Πάντως δεν είναι προδήλως εσφαλμένο να θεωρηθεί ότι ο αγοραστής, ήτοι ο Ισπανός χονδρέμπορος που ενδέχεται να ασκήσει παράλληλο εμπόριο, ενδιαφέρεται μάλλον για το γεγονός ότι όλα τα εν λόγω φάρμακα καλύπτονται από το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης, με αποτέλεσμα η τιμή τους να καθορίζεται από τις ισπανικές διοικητικές αρχές, παρά για τις θεραπευτικές ενδείξεις και τις φαρμακευτικές ιδιότητες καθενός από τα φάρμακα που αγοράζει από την GW. Ομοίως, δεν είναι προδήλως εσφαλμένο να θεωρηθεί ότι ο αγοραστής αυτός ενδιαφέρεται μάλλον για την ύπαρξη διαφορετικής τιμής, για όλα τα φάρμακα αυτά, ικανής να καταστήσει κερδοφόρο το παράλληλο εμπόριο μεταξύ της Ισπανίας και του κράτους μέλους προορισμού, παρά για την τιμή καθενός από τα φάρμακα αυτά. Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν είναι προδήλως εσφαλμένο να θεωρηθεί ότι το σύνολο των φαρμάκων που καλύπτονται από το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης, από τη μεταπώληση των οποίων προκύπτει κέρδος λόγω της διαφοράς της τιμής μεταξύ της Ισπανίας και του κράτους μέλους προορισμού, συνιστά μια αγορά προϊόντων.

160 Όσον αφορά τη δεύτερη πτυχή, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, όπως προκύπτει από τις παρατηρήσεις της GSK στις οποίες στηρίχθηκε η Επιτροπή στις αιτιολογικές σκέψεις 112 και 113 της προσβαλλομένης αποφάσεως, το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως θεσπίστηκε για να ρυθμιστεί σφαιρικά το ζήτημα του παράλληλου εμπορίου των φαρμάκων που εμπορεύεται η GW, μεταξύ της Ισπανίας και των κρατών μελών προς τα οποία η εν λόγω δραστηριότητα ενδέχεται να είναι κερδοφόρα για τους Ισπανούς χονδρεμπόρους.

161 Επομένως, η ύπαρξη της ισπανικής ρυθμίσεως λειτουργεί μάλλον, από την πλευρά τόσο των αγοραστών όσο και της GSK, ως ο παράγοντας ενοποιήσεως της αγοράς των επίδικων προϊόντων παρά ως το στοιχείο διακρίσεως της οργανωμένης αγοράς

της διανομής των φαρμάκων που προορίζονται για εγχώρια κατανάλωση από την ελεύθερη αγορά της διανομής των φαρμάκων που προορίζονται για εξαγωγή. Στην πραγματικότητα, η προτεινόμενη από την GSK διάκριση συνδέεται μάλλον με τον προφανώς εδαφικό χαρακτήρα της ισπανικής ρυθμίσεως και με την εθνική διάσταση της οικείας γεωγραφικής αγοράς, όπως δέχθηκε εξάλλου κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

162 Δεύτερον, πρέπει να εξεταστούν τα πραγματικά ή δυνητικά αποτελέσματα της συμφωνίας επί του ανταγωνισμού. Η εξέταση αυτή προϋποθέτει τη σύγκριση της καταστάσεως του ανταγωνισμού που απορρέει από τη συμφωνία και αυτής που θα υφίστατο αν η συμφωνία εξέλιπε (προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Société technique minière, σ. 313, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 112 απόφαση Deere κατά Επιτροπής, σκέψη 76).

163 Εν προκειμένω, πρέπει εκ προοιμίου να σημειωθεί ότι από τις αιτιολογικές σκέψεις 26 και 28 της προσβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει ότι η εφαρμογή των γενικών όρων πωλήσεως, οι οποίοι τέθηκαν σε ισχύ στις 9 Μαρτίου 1998, ανεστάλη στις 16 Οκτωβρίου 1998 μέχρι την ημερομηνία εκδόσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως, όπως υπενθύμισαν οι διάδικοι κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Κατά συνέπεια, η εξέταση της Επιτροπής πρέπει να ερμηνευθεί ως αφορώσα κυρίως τα δυνητικά αποτελέσματά τους επί του ανταγωνισμού, όπως συμφώνησαν οι διάδικοι κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

164 Συναφώς, η GSK δέχεται ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως έχει ή ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου, αλλά αμφισβητεί ότι έχει ή ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Τα κύρια επιχειρήματα που προβάλλει αφορούν, κατ' ουσίαν, τέσσερις πτυχές της συλλογιστικής που ανέπτυξε η Επιτροπή με την προσβαλλόμενη απόφαση. Πρώτον, το γεγονός ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως περιορίζει το παράλληλο εμπόριο και θίγει την ελευθερία δράσεως των Ισπανών χονδρεμπόρων δεν συνεπάγεται αυτό καθ' εαυτό ότι έχει ως συνέπεια τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Δεύτερον, λαμβανομένου υπόψη του νομικού και οικονομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσεται η διάταξη αυτή, το γεγονός ότι καθιερώνει σύστημα διαφοροποιημένων τιμών δεν συνεπάγεται αυτό καθ' εαυτό ότι έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Τρίτον, η Επιτροπή

συμπέρανε απλώς ότι η διάταξη αυτή περιόριζε το παράλληλο εμπόριο, έθιγε την ελευθερία δράσεως των Ισπανών χονδρεμπόρων και επέβαλλε διαφορετικές τιμές, οπότε δεν απέδειξε, επαρκώς κατά νόμο, ότι είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Τέταρτον, η Επιτροπή δεν έλαβε εν πάση περιπτώσει υπόψη της το γεγονός ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως περιοριζόταν να αντισταθμίσει τη στρέβλωση του ανταγωνισμού που καταλογίζεται στο Βασίλειο της Ισπανίας.

165 Πρέπει να εξακριβωθεί αν οι διάφορες αυτές επικρίσεις δείχνουν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εσφαλμένα έκρινε ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού.

166 Πρώτον, δεν αμφισβητείται ότι, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 126 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η διάταξη αυτή έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου των φαρμάκων που εμπορεύεται η GW στην Ισπανία. Σε πολλές περιπτώσεις, αντικαθιστά στην πράξη την τιμή 4 Α, η οποία είναι σημαντικά κατώτερη από τις ισχύουσες σε ορισμένα κράτη μέλη πλην της Ισπανίας, με μια τιμή 4 Β, από την οποία διαφοροποιείται ελάχιστα ή καθόλου. Κατ' αυτόν τον τρόπο, καταργεί ή μειώνει το κέρδος που θα μπορούσαν να αποκομίσουν οι Ισπανοί χονδρέμποροι αν επιδίδονταν σε εξαγωγές.

167 Εντούτοις, πρέπει να υπομνησθεί ότι αυτό καθ' εαυτό το γεγονός ότι μια συμφωνία έχει ή ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου επηρεάζει ασφαλώς σε κάποιο βαθμό το διακοινοτικό εμπόριο, αλλά δεν οδηγεί κατ' ανάγκη σε περιορισμό του ανταγωνισμού. Οι συνέπειες που έχει ή ενδέχεται να έχει αυτός ο περιορισμός του παράλληλου εμπορίου σε κάποια από τις παραμέτρους του ανταγωνισμού, όπως η ποσότητα ανεφοδιασμού ενός προϊόντος ή η τιμή πωλήσεώς του μαρτυρούν την ύπαρξη τέτοιου περιορισμού (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 118 απόφαση Tepea κατά Επιτροπής, σκέψεις 41, 43 και 56).

168 Συνεπώς, το γεγονός ότι, αν δεν είχε θεσπιστεί το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως, οι Ισπανοί χονδρέμποροι θα ήταν σε θέση να αγοράσουν φάρμακα στη χονδρική τιμή που ορίζουν οι ισπανικές διοικητικές αρχές, ανεξαρτήτως του

κράτους μέλους στο οποίο θα τα μεταπωλούσαν και του εθνικού συστήματος υγειονομικής ασφάλισης που θα τα κάλυπτε, και εν συνεχεία να τα μεταπωλούν σε κάθε κράτος μέλος στο οποίο η τιμή είναι επαρκώς ανώτερη από την ισπανική, ώστε να μπορούν να αποκομίσουν κέρδος υπολογιζομένων των εξόδων συναλλαγής, δεν συνεπάγεται, ανεξαρτήτως οποιασδήποτε εξετάσεως του ζητήματος σε ποιο βαθμό το παράλληλο εμπόριο συμβάλλει στον ανταγωνισμό μέσω τιμών λαμβανομένου υπόψη του ρόλου που διαδραματίζουν τα κράτη μέλη στον τομέα αυτό, ότι το εν λόγω άρθρο έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού.

169 Κατά συνέπεια, η GSK ορθώς υποστηρίζει ότι η Επιτροπή, αφού αναφέρθηκε στις συνέπειες του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως για το παράλληλο εμπόριο, όφειλε να αποδείξει και τις συνέπειές του για τον ανταγωνισμό.

170 Δεύτερον, δεν αμφισβητείται ότι, όπως εκτιμάται με τις αιτιολογικές σκέψεις 137 έως 139 της προσβαλλομένης αποφάσεως, το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό της ελευθερίας δράσεως των Ισπανών χονδρεμπόρων, ιδίως ως προς την επιλογή των πελατών τους.

171 Εντούτοις, όλες οι συμφωνίες που περιορίζουν την ελευθερία δράσεως των επιχειρήσεων ή μίας από τις επιχειρήσεις που μετέχουν σ' αυτές δεν εμπίπτουν οπωσδήποτε στην απαγόρευση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 19ης Φεβρουαρίου 2002, C-309/99, Wouters κ.λπ., Συλλογή 2002, σ. I-1577, σκέψη 97, και του Πρωτοδικείου της 18ης Σεπτεμβρίου 2001, Τ-112/99, M6 κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2001, σ. II-2459, σκέψη 76). Ειδικότερα, κάθε σύμβαση συναπτόμενη μεταξύ οικονομικών φορέων που ενεργούν σε διαφορετικά στάδια της αλυσίδας παραγωγής και διανομής έχει ως συνέπεια να τους δεσμεύει και, ως εκ τούτου, να περιορίζει, ανάλογα με τους όρους που θέτει, την ελευθερία δράσεώς τους. Εν προκειμένω, ανεξαρτήτως της τιμής στην οποία οι Ισπανοί χονδρέμποροι συμφωνούν να αγοράσουν ένα φάρμακο από την GW εντός της ισπανικής αγοράς (τιμή 4 Α ή τιμή 4 Β), έχουν περιορισμένη ελευθερία δράσεως, στο μέτρο που, από οικονομικής απόψεως, δεν είναι διαρκώς σε θέση να τα μεταπωλήσουν σε χαμηλότερη τιμή εντός των εθνικών αγορών της Κοινότητας. Ωστόσο, δεδομένου ότι σκοπός των κοινοτικών κανόνων του ανταγωνισμού είναι

να αποφεύγεται ο περιορισμός του οφέλους που αποκομίζει ο τελικός καταναλωτής των εν λόγω προϊόντων από τις επιχειρήσεις που περιορίζουν τον ανταγωνισμό μεταξύ τους ή έναντι τρίτων (σκέψη 118 ανωτέρω), πρέπει ακόμη να αποδειχθεί ότι ο εν λόγω περιορισμός περιορίζει και τον ανταγωνισμό εις βάρος του καταναλωτή. Κατά τα λοιπά, η Επιτροπή εξήγησε, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι ο περιορισμός της ελευθερίας δράσεως των Ισπανών χονδρεμπόρων δύσκολα μπορούσε να αξιολογηθεί μεμονωμένα και ότι αποτελούσε απλώς το σημείο αφετηρίας της εξετάσεώς της.

172 Κατά συνέπεια, η GSK ορθώς υποστηρίζει ότι η Επιτροπή, αφού αναφέρθηκε στις συνέπειες του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως επί της ελευθερίας δράσεως των Ισπανών χονδρεμπόρων, όφειλε να αποδείξει και τον λόγο για τον οποίο η διάταξη αυτή είχε ως συνέπεια τον περιορισμό του ανταγωνισμού εις βάρος του τελικού καταναλωτή.

173 Τρίτον, δεν αμφισβητείται ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως καθιερώνει σύστημα διαφορετικών τιμών, ανάλογα με το αν καθένα από τα 82 επίδικα φάρμακα προορίζεται για μεταπώληση και κάλυψη στην Ισπανία, αφενός, ή σε άλλο κράτος μέλος, αφετέρου.

174 Μολονότι η αιτιολογική σκέψη 139 της προσβαλλομένης αποφάσεως μπορεί, εκ πρώτης όψεως, να φαίνεται διφορούμενη ως προς το ζήτημα αυτό, κατόπιν εξετάσεως προκύπτει ότι η Επιτροπή με την εν λόγω απόφαση έκρινε ότι ένα τέτοιο σύστημα είχε αποτέλεσμα εισάγον διακρίσεις ανάλογα με τον προορισμό των οικείων προϊόντων (ισπανική αγορά, αφενός, άλλες εθνικές αγορές, αφετέρου). Η ανάγνωση των υπομνημάτων της Επιτροπής επιβεβαιώνει την ερμηνεία αυτή. Αφενός, το σύστημα διαφοροποιημένων τιμών που καθιερώνει η GW συγκρίνεται, με την εν λόγω απόφαση, με απαγορευόμενες διακρίσεις ως προς τις τιμές ανάλογα με τη χώρα προορισμού, με αποτέλεσμα η Επιτροπή να θεωρεί ότι το σύστημα αυτό οδηγεί στην εφαρμογή άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1, στοιχείο δ', ΕΚ. Αφετέρου, η Επιτροπή παραπέμπει, με την εν λόγω απόφαση, στη νομολογία σχετικά με το άρθρο 82, στοιχείο γ', ΕΚ, το κείμενο του οποίου είναι όμοιο με αυτό της ως άνω διατάξεως.

175 Το άρθρο 81, παράγραφος 1, στοιχείο δ', ΕΚ απαγορεύει τις συμφωνίες που συνίστανται στην εφαρμογή, έναντι εμπορικών εταίρων, άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, με αποτέλεσμα να θίγεται λόγω αυτού ο ανταγωνισμός.

176 Εν προκειμένω, δεν αμφισβητείται ότι οι Ισπανοί χονδρέμποροι είναι εμπορικοί εταίροι της GW και ότι αυτή τους επιβάλλει άνισους όρους ανάλογα με το αν μεταπωλούν τα εν λόγω φάρμακα στην Ισπανία ή σε άλλα κράτη μέλη της Κοινότητας. Αντιθέτως, δεν έχει αποδειχθεί ότι οι πωλήσεις αυτές συνιστούν ισοδύναμες παροχές και, ως εκ τούτου, ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 1, στοιχείο δ', ΕΚ.

177 Συγκεκριμένα, από τη νομολογία στην οποία παραπέμπει η Επιτροπή προκύπτει ότι το άρθρο 82, στοιχείο γ', ΕΚ δεν απαγορεύει σε επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση να καθορίζει διαφορετικές τιμές μεταξύ των διαφόρων κρατών μελών, ιδίως εφόσον οι διαφορές στην τιμή δικαιολογούνται από διαφορές στους όρους διαθέσεως στο εμπόριο και στην ένταση του ανταγωνισμού, αλλά της απαγορεύει να επιβάλλει τεχνητώς διαφορετικές τιμές μεταξύ των διαφόρων κρατών μελών, ικανές να περιαγάγουν τους πελάτες της σε δυσμενή θέση και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό, στο πλαίσιο τεχνητής στεγανοποιήσεως των εθνικών αγορών (προπαρατεθείσα στη σκέψη 152 απόφαση Tetra Pak κατά Επιτροπής, σκέψη 160, και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Γενικότερα προκύπτει ότι ναι μεν το γεγονός ότι επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση εφαρμόζει διαφορετικές τιμές ενδέχεται, ελλείψει αντικειμενικής εξηγήσεως, να συνιστά ένδειξη διακρίσεως, όταν οι τιμές αυτές εφαρμόζονται σε συγκεκριμένη γεωγραφική αγορά χαρακτηριζόμενη από επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού, τούτο όμως δεν ισχύει όταν οι τιμές αυτές εφαρμόζονται σε γεωγραφικά διαφορετικές αγορές, χαρακτηριζόμενες από ανεπαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού, λαμβανομένου ιδίως υπόψη του σχετικού κανονιστικού πλαισίου (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 152 απόφαση United Brands κατά Επιτροπής, σκέψεις 44 έως 56 και 207, 208, 225, 228 και 233, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 152 απόφαση Tetra Pak κατά Επιτροπής, σκέψεις 92 έως 96 και 161, 164, 165, 167 και 170).

178 Οι εκτιμήσεις αυτές μπορούν να μεταφερθούν στην περίπτωση που ένας παραγωγός και οι χονδρέμποροι με τους οποίους συνεργάζεται συμφωνούν να εφαρμόσουν διαφορετικές τιμές ανάλογα με το κράτος μέλος στο οποίο πρόκειται να μεταπωληθούν και να καλυφθούν τα οικεία προϊόντα. Δεν αμφισβητείται ότι καθένα από τα κράτη μέλη αυτά συνιστά διαφορετική αγορά, στο μέτρο που η οικεία γεωγραφική αγορά είναι εθνική, λόγω ιδίως των διαφορετικών κανονιστικών ρυθμίσεων σχετικά με τις τιμές και την επιστροφή των εξόδων για τα εν λόγω φάρμακα. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή έκρινε, με την προσβαλλόμενη απόφαση, ότι ο

Ισπανός χονδρέμπορος, ανεφοδιάζοντας κάποια από τις εν λόγω εθνικές αγορές, ενεργούσε, έναντι ιδίως του σχετικού κανονιστικού πλαισίου, υπό ανομοιογενείς, όσον αφορά την τιμή που συνιστά παράμετρο ρυθμιζόμενη ακριβώς από το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως, συνθήκες ανταγωνισμού.

179 Κατά συνέπειεα, η GSK ορθώς υποστηρίζει ότι η διαπίστωση διαφοροποιήσεως των τιμών δεν αρκεί για να συναχθεί η ύπαρξη διακρίσεως. Συγκεκριμένα, είναι δυνατό να εφαρμόζονται διαφορετικές τιμές λόγω της υπάρξεως διαφορετικών αγορών και όχι προκειμένου να δημιουργηθούν διαφορετικές αγορές.

180 Μια τέτοια εξήγηση προτείνει, εξάλλου, και η Επιτροπή, η οποία στην προπαρατεθείσα στη σκέψη 135 ανακοίνωση COM(1998) 588 τελικό αναφέρει ότι οι φαρμακευτικές εταιρίες εφαρμόζουν διακρίσεις στις τιμές για να λαμβάνουν υπόψη τις διαφορές ως προς την αγοραστική δύναμη (σ. 6) και προσθέτει, γενικώς, ότι θα ήταν εξαιρετικά δύσκολο να καθοριστεί ένα κατάλληλο επίπεδο τιμών σε όλη την έκταση της Κοινότητας, καθότι τα χαμηλά επίπεδα τιμών ευνοούν άμεσα τους στόχους ελέγχου των δαπανών ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης, αλλά προκαλούν σταθερή μείωση της συμμετοχής της Ευρώπης στις επενδυτικές προσπάθειες στην Ε & Α στον φαρμακευτικό τομέα, ενώ τα υψηλά επίπεδα τιμών μειώνουν την πρόσβαση στην περίθαλψη για τους καταναλωτές και τους οργανισμούς πληρωμών των χωρών όπου, λόγω των οικονομικών και κοινοτικών συνθηκών, οι τιμές αυτές είναι απρόσιτες (σ. 14).

181 Τέταρτον, η GSK υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι η Επιτροπή ουδόλως απέδειξε ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού.

182 Αυτό ωστόσο δεν ισχύει. Αντιθέτως, η Επιτροπή κατέληξε, αφού προέβη, όπως παραδέχθηκε με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, σε μια σχετικώς συνοπτική αλλά επαρκώς πλήρη εξέταση ως προς τα επίδικα

πραγματικά περιστατικά (βλ. σκέψη 119 ανωτέρω) και τα επιχειρήματα της GSK, ότι η διάταξη αυτή είχε επίσης ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του οφέλους των τελικών καταναλωτών, καθότι τους εμποδίζει να εκμεταλλευτούν, μέσω της μειώσεως των τιμών και των εξόδων, τη συμμετοχή των Ισπανών χονδρεμπόρων στον ανταγωνισμό μεταξύ προϊόντων του ιδίου εμπορικού σήματος, εντός των αγορών για τις οποίες προορίζεται το παράλληλο εμπόριο ισπανικής προελεύσεως.

183 Συναφώς, η Επιτροπή διαπίστωσε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 72 έως 75 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως επέβαλλε στους Ισπανούς χονδρεμπόρους που αγοράζουν τα φάρμακα που εμπορεύεται στην Ισπανία η GW την καταβολή τιμής (τιμή 4 Β) μεγαλύτερης από την τιμή που ορίζουν οι ισπανικές διοικητικές αρχές, την οποία θα κατέβαλλαν αν δεν είχαν θεσπιστεί οι γενικοί όροι πωλήσεως (τιμή 4 Α). Συνεπώς, η διάταξη αυτή έχει ως αποτέλεσμα τη μείωση ή την κατάργηση, σε πολλές περιπτώσεις, της διαφοροποιήσεως που υφίστατο μέχρι τότε μεταξύ των τιμών που ισχύουν στην Ισπανία, αφενός, και στα άλλα κράτη μέλη της Κοινότητας, αφετέρου. Ο αριθμός των σχετικών περιπτώσεων είναι σημαντικός, ανεξαρτήτως του αν συνυπολογιστούν τα έξοδα στα οποία υποβάλλονται οι Ισπανοί χονδρέμποροι όταν ασκούν παράλληλο εμπόριο (για τη μεταφορά, την επανασυσκευασία κ.λπ.). Η GSK δεν αμφισβητεί τις εν λόγω διαπιστώσεις.

184 Ακολούθως, η Επιτροπή διαπίστωσε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 48 και 51 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι ένα, ασφαλώς περιορισμένο, μέρος των τιμών των φαρμάκων που καλύπτονται από τους γενικούς όρους πωλήσεως εξακολουθούσε, σε πολλά κράτη μέλη, να βαρύνει τον ασθενή, ήτοι στην περίπτωση αυτή τον τελικό καταναλωτή, κατά την οικονομική του όρου έννοια, των οικείων προϊόντων. Η Επιτροπή διαπίστωσε, επίσης, με τις αιτιολογικές σκέψεις 49 και 51 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι το υπόλοιπο της τιμής των φαρμάκων αυτών καλυπτόταν από το εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης, το οποίο αποτελούσε επίσης τελικό καταναλωτή των οικείων προϊόντων, στο μέτρο που κάλυπτε τους οικονομικούς κινδύνους που αναλαμβάνουν για την υγεία τους οι ασφαλισμένοι. Το Δικαστήριο έχει επισημάνει, εξάλλου, την ιδιαιτερότητα, ως προς το σημείο αυτό, του εμπορίου των φαρμακευτικών προϊόντων, που χαρακτηρίζονται από την υποκατάσταση των οργάνων κοινωνικής ασφαλίσεως από τους καταναλωτές όσον αφορά την κάλυψη των ιατρικών εξόδων (απόφαση του Δικαστηρίου της 7ης Φεβρουαρίου 1984, 238/82, Duphar κ.λπ., Συλλογή 1984, σ. 523, σκέψη 20). Η GSK δεν αμφισβητεί τις εν λόγω διαπιστώσεις, τη σημασία των οποίων για τη συλλογιστική που ακολούθησε στην προσβαλλόμενη απόφαση υπενθύμισε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

185 Ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι ο ανταγωνισμός μεταξύ των Ισπανών χονδρεμπόρων που ασκούν παράλληλο εμπόριο ή μεταξύ των εν λόγω χονδρεμπόρων και των διανομέων που είναι εγκατεστημένοι στην αγορά του κράτους μέλους προορισμού του παράλληλου εμπορίου είναι τόσο περιορισμένος ώστε να τους παρέχει τη δυνατότητα να μεταπωλούν τα προϊόντα σε τιμές που να μην είναι κατώτερες από αυτές που εφαρμόζουν οι διανομείς, παρά μόνο στον βαθμό που απαιτείται για να ελκύσουν τους λιανεμπόρους, όπως προκύπτει, με πειστικό τρόπο, από ορισμένα από τα έγγραφα που προσκόμισε η GSK, η Επιτροπή μπορούσε, όπως το έπραξε με την αιτιολογική σκέψη 140 της προσβαλλομένης αποφάσεως, να συναγάγει από τις διαπιστώσεις που υπομνήσθηκαν στις προηγούμενες σκέψεις ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως εμπόδιζε τον ανταγωνισμό αυτό και, κατ' ουσίαν, την πίεση που θα υφίστατο, αν δεν υπήρχε ο ανταγωνισμός αυτός, όσον αφορά την επιβολή ενιαίας τιμής για τα εν λόγω φάρμακα, εις βάρος του τελικού καταναλωτή, είτε πρόκειται για τον ασθενή είτε για το εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης που ενεργεί για λογαριασμό των δικαιούχων.

186 Αληθεύει ότι, όπως επισήμανε η Επιτροπή με την αιτιολογική σκέψη 133 της προσβαλλομένης αποφάσεως, στη συνέχεια με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η πίεση αυτή, θεωρούμενη στην ατομική κλίμακα μιας από τις εθνικές αγορές που αφορά το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως, όπως η βρετανική, ενδέχεται να είναι ελάχιστη. Εντούτοις, η Επιτροπή επισήμανε επίσης, με την αιτιολογική σκέψη 140 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η παρεμπόδιση ασκήσεως της εν λόγω πιέσεως, μέσω συμφωνίας με μεγάλο αριθμό Ισπανών χονδρεμπόρων που επηρεάζει σημαντικό αριθμό προϊόντων και εθνικών αγορών εντός της Κοινότητας, συνέβαλε ή μπορούσε να συμβάλει, μέσω ενός αποτελεσματικού δικτύου, στην ενίσχυση της προηγούμενης ακαμψίας των τιμών στην αγορά. Η ενίσχυση αυτή όμως συνιστά παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 109 απόφαση Metro I, σκέψη 22, και απόφαση του Δικαστηρίου της 29ης Οκτωβρίου 1980, 209/78, Van Landewyck κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 1980, σ. 3125, σκέψη 139).

187 Η GSK δεν απέδειξε την ύπαρξη σφάλματος επ' αυτού. Αντιθέτως, δέχθηκε, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως, μολονότι προοριζόταν κυρίως να εμποδίσει τη μεταφορά πλεονάσματος προς τους χονδρεμπόρους, μπορούσε να έχει ως αποτέλεσμα τη μείωση του, ασφαλώς περιορισμένου, οφέλους που θα αποκόμιζε ο τελικός καταναλωτής από τη συμμετοχή τους στον ανταγωνισμό μεταξύ προϊόντων του ιδίου εμπορικού σήματος, εντός των αγορών για τις οποίες προορίζεται το παράλληλο εμπόριο.

188 Τέλος, η Επιτροπή διαπίστωσε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 33, 34, 52 και 134 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι ορισμένα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης εκμεταλλεύονταν, σε διαφορετικό βαθμό και με διαφορετικό τρόπο, το παράλληλο εμπόριο για να μειώσουν το κόστος των φαρμάκων που κάλυπταν. Παρόλο που η GSK αμφισβητεί ότι τα εθνικά μέτρα στα οποία αναφέρεται η Επιτροπή αποβλέπουν στην ενθάρρυνση του παράλληλου εμπορίου, δεν αμφισβητεί ότι αυτά μπορούν να οδηγήσουν σε ένα τέτοιο αποτέλεσμα, όπως επισήμανε η Επιτροπή, χωρίς να αντικρουστεί επ' αυτού, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Ορισμένα από τα έγγραφα που προσκόμισε τονίζουν αντιθέτως, κατά τρόπο πειστικό, ότι αυτό μπορεί να ισχύει. Η GSK δέχεται επίσης, για τελευταία φορά με τις απαντήσεις στις γραπτές ερωτήσεις και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, την ύπαρξη μέτρων που έλαβαν ορισμένα κράτη μέλη προκειμένου να ανακτήσουν μέρος του κέρδους που πραγματοποιούν τα φαρμακεία μέσω του παράλληλου εμπορίου.

189 Επικεντρώνοντας το ενδιαφέρον της στο παράδειγμα του Ηνωμένου Βασιλείου, το οποίο αποτελούσε, κατά την GSK, την κύρια αγορά προορισμού του παράλληλου εμπορίου των φαρμάκων που εμπορεύεται η GW στην Ισπανία, η Επιτροπή συνήγαγε, με την αιτιολογική σκέψη 134 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως είχε ως αποτέλεσμα να στερήσει τα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης από το πλεονέκτημα που θα αποκόμιζαν, υπό τη μορφή της μειώσεως των δαπανών και μάλιστα ανεξαρτήτως οποιασδήποτε μειώσεως των τιμών λιανικής, από τη συμμετοχή των Ισπανών χονδρεμπόρων στον ανταγωνισμό μεταξύ προϊόντων του ιδίου εμπορικού σήματος. Η GSK, εξάλλου, υπογραμμίζοντας την περιορισμένη έκταση του αποτελέσματος αυτού, δέχθηκε την ύπαρξή του κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Δέχθηκε, επίσης, ότι το αποτέλεσμα αυτό μπορούσε να υπάρχει και σε άλλα κράτη μέλη πλην του Ηνωμένου Βασιλείου.

190 Επομένως, επιβάλλεται το συμπέρασμα ότι η Επιτροπή μπορούσε να κρίνει, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων η λυσιτέλεια των οποίων δεν αμφισβητήθηκε βασίμως από την GSK, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του οφέλους των τελικών καταναλωτών, εμποδίζοντάς τους να επωφεληθούν, υπό τη μορφή της μειώσεως των τιμών και των δαπανών, από τη συμμετοχή των Ισπανών χονδρεμπόρων στον ανταγωνισμό μεταξύ προϊόντων του ιδίου εμπορικού σήματος, εντός των εθνικών αγορών για τις οποίες προορίζεται το παράλληλο εμπόδιο ισπανικής προελεύσεως.

191 Κανένα από τα επιχειρήματα της GSK δεν φαίνεται ικανό να αμφισβητήσει το συμπέρασμα αυτό.

192 Ειδικότερα, το βασικό επιχείρημά της ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως δικαιολογείται καθότι εξουδετερώνει τη στρέβλωση του ανταγωνισμού που καταλογίζεται στο Βασίλειο της Ισπανίας δεν είναι βάσιμο. Συγκεκριμένα, το γεγονός ότι το νομικό και οικονομικό πλαίσιο εντός του οποίου ενεργούν οι επιχειρήσεις συμβάλλει στον περιορισμό του ανταγωνισμού δεν μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι οι επιχειρήσεις αυτές, παρεμποδίζοντας ή περιορίζοντας τον ανταγωνισμό που το εν λόγω πλαίσιο αφήνει να λειτουργήσει ή και προκαλεί, παραβιάζουν επίσης τους κανόνες του ανταγωνισμού (προπαρατεθείσα στη σκέψη 104 απόφαση Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 620, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 66 απόφαση CIF, σκέψη 57).

4. Συμπέρασμα

193 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι η GSK δεν κατόρθωσε να ανατρέψει το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως συνιστούσαν συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ.

194 Προκύπτει επίσης ότι, μολονότι το κύριο συμπέρασμα της Επιτροπής ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού είναι εσφαλμένο, η GSK δεν κατόρθωσε να ανατρέψει το επικουρικό συμπέρασμα της Επιτροπής, κατά το οποίο η διάταξη αυτή έχει ως αποτέλεσμα να στερήσει του τελικούς καταναλωτές από το όφελος που θα αποκόμιζαν, όσον αφορά τις τιμές και τα έξοδα, από τη συμμετοχή των Ισπανών χονδρεμπόρων στον ανταγωνισμό μεταξύ προϊόντων του ιδίου εμπορικού σήματος, εντός των εθνικών αγορών για τις οποίες προορίζεται το παράλληλο εμπόριο ισπανικής προελεύσεως.

195 Κατά συνέπεια, είναι απορριπτέος ο λόγος ακυρώσεως που αντλείται από παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ.

Γ — *Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από κατάχρηση εξουσίας, παραβίαση της αρχής της επικουρικότητας και παράβαση του άρθρου 43 ΕΚ*

1. Επιχειρήματα των διαδίκων

196 Η GSK ισχυρίζεται, κατ' ουσίαν, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, απαγορεύοντας την επιβολή διαφορετικών τιμών, της επιβάλλει σε τελική ανάλυση την εφαρμογή των τιμών που ορίζουν οι ισπανικές διοικητικές αρχές για τη χονδρική πώληση των φαρμάκων που προορίζονται προς μεταπώληση στην Ισπανία και τα οποία καλύπτει το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης, και για τη χονδρική πώληση των φαρμάκων που προορίζονται για μεταπώληση σε άλλα κράτη μέλη ή για να καλυφθούν από άλλα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης που έχουν δικό τους σύστημα ελέγχου των τιμών. Κατ' αυτόν τον τρόπο παραβιάζει την αρχή της επικουρικότητας. Επιπλέον, προσβάλλει το δικαίωμα της εγκαταστάσεως που καθιερώνει το άρθρο 43 ΕΚ. Τέλος, στο μέτρο που η Επιτροπή έχει ως σκοπό να ευνοήσει, κατ' αυτόν τον τρόπο, τη διαφοροποίηση των τιμών των φαρμάκων εντός της Κοινότητας, είναι υπεύθυνη για κατάχρηση εξουσίας.

197 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τις παρεμβαίνουσες, αμφισβητεί το βάσιμο του λόγου αυτού.

2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

198 Πρέπει, κατ' αρχάς, να σημειωθεί ότι μια απόφαση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εκδοθείσα κατά κατάχρηση εξουσίας παρά μόνον όταν προκύπτει ότι, βάσει αντικειμενικών, ουσιωδών και συγκλινουσών ενδείξεων, αποσκοπεί αποκλειστικά, ή τουλάχιστον κυρίως, στην επίτευξη σκοπών ξένων προς αυτούς που επικαλείται (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 21ης Ιουνίου 1958, 8/57, Groupement des hauts fourneaux και aciéries belges κατά Ανωτάτης Αρχής, Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 271, και της 11ης Νοεμβρίου 2004, C-186/02 P και C-188/02 P, Ramondín κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2004, σ. I-10653, σκέψη 44).

199 Εν προκειμένω, όμως, από τα υπομνήματα της GSK προκύπτει ότι διατυπώνει εικασίες ως προς τον σκοπό που θεωρεί ότι επιδιώκει η Επιτροπή, αλλά δεν επικαλείται στοιχεία που να αποδεικνύουν επαρκώς κατά νόμο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση ελήφθη με αποκλειστικό ή καθοριστικό σκοπό να ευνοήσει τη σύγκλιση των τιμών των φαρμάκων εντός της Κοινότητας.

200 Δεύτερον, το άρθρο 5, δεύτερο εδάφιο, ΕΚ προβλέπει ότι, στους τομείς που δεν εμπίπτουν στην αποκλειστική της αρμοδιότητα, η Κοινότητα δεν παρεμβαίνει, σύμφωνα με την αρχή της επικουρικότητας, παρά μόνο στο μέτρο που οι σκοποί της επιδιωκόμενης πράξεως δεν μπορούν να υλοποιηθούν αποτελεσματικά από τα κράτη μέλη και μπορούν, ως εκ τούτου, λόγω των διαστάσεων ή των συνεπειών της επιδιωκόμενης πράξεως, να υλοποιηθούν καλύτερα σε κοινοτικό επίπεδο.

201 Στις περιπτώσεις εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ, η αρχή της επικουρικότητας συγκεκριμενοποιείται από τον περιορισμό της προβλεπόμενης σ' αυτό απαγορεύσεως στις συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, στις αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και στις εναρμονισμένες πρακτικές που ενδέχεται να επηρεάσουν το ενδοκοινοτικό εμπόριο. Συναφώς, όταν από ένα σύνολο νομικών ή πραγματικών στοιχείων μπορεί να συναχθεί με αρκετή βεβαιότητα ότι αυτού του είδους οι συμπεριφορές ενδέχεται να ασκήσουν επιρροή, άμεση ή έμμεση, πραγματική ή δυνητική, επί των εμπορικών ρευμάτων μεταξύ κρατών μελών, πρέπει αυτές να θεωρούνται ικανές να επηρεάσουν το ενδοκοινοτικό εμπόριο (προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363, και απόφαση του Δικαστηρίου της 29ης Απριλίου 2004, C-359/01 P, British Sugar κατά Επιτροπής, Συλλογή 2004, σ. I-4933, σκέψη 27), οπότε ενδείκνυται να παρέμβει η Κοινότητα λόγω της διαστάσεως και των συνεπειών της δράσεως της (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση του Πρωτοδικείου της 23ης Οκτωβρίου 2003, Τ-65/98, Van den Bergh Foods κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. II-4653, σκέψεις 197 και 198).

202 Όταν η δράση αυτή εκδηλώνεται ως απόφαση της Επιτροπής, είναι επομένως σύμφωνη με την αρχή της επικουρικότητας, εφόσον αποδεικνύει επαρκώς κατά νόμο ότι το ενδοκοινοτικό εμπόριο ενδέχεται να επηρεαστεί από τη συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων, την απόφαση ενώσεως επιχειρήσεων ή την εναρμονισμένη πρακτική της οποίας τη νομιμότητα εξετάζει.

203 Στην υπό κρίση υπόθεση, η Επιτροπή έκρινε κατ' ουσίαν, με τις αιτιολογικές σκέψεις 145 και 146 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως ήταν ικανό να επηρεάσει το ενδοκοινοτικό εμπόριο στο μέτρο που καθιέρωνε τιμές ποικίλλουσες ανάλογα με το αν οι χονδρέμποροι με τους οποίους η GW είχε εμπορικές επαφές στην Ισπανία επρόκειτο να μεταπωλήσουν τα φάρμακα που αγόραζαν από αυτή στην Ισπανία ή σε άλλα κράτη μέλη της Κοινότητας, πράγμα που η GSK δεν αμφισβητεί.

204 Τέλος, τρίτον, το άρθρο 43 ΕΚ παρέχει στους υπηκόους κάθε κράτους μέλους, προς τους οποίους το άρθρο 48 ΕΚ εξομοιώνει τις εταιρείες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους και οι οποίες έχουν την καταστατική τους έδρα, την κεντρική τους διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους εντός της Κοινότητας, τη θεμελιώδη ελευθερία (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 6ης Οκτωβρίου 1981, 246/80, Broekmeulen, Συλλογή 1981, σ. 2311, σκέψη 20, και της 31ης Μαρτίου 1993, C-19/92, Kraus, Συλλογή 1993, σ. I-1663, σκέψεις 28 και 29) της εγκαταστάσεως σε οποιοδήποτε άλλο κράτος μέλος υπό τις ίδιες συνθήκες με τους υπηκόους του κράτους αυτού και απαγορεύει τη διατήρηση ή την επιβολή περιορισμών στην ελευθερία αυτή.

205 Συνιστούν τέτοιου είδους περιορισμούς όλα τα εθνικά μέτρα, ακόμη και αν εφαρμόζονται χωρίς διάκριση σχετική με την ιθαγένεια, τα οποία ενδέχεται να θέσουν τους υπηκόους των άλλων κρατών μελών σε μειονεκτική νομική ή πραγματική κατάσταση σε σχέση με τους υπηκόους του κράτους μέλους εγκαταστάσεως και, κατ' αυτόν τον τρόπο, να θίξουν ή να καταστήσουν λιγότερο ελκυστική την άσκηση αυτής της θεμελιώδους ελευθερίας, υπό την επιφύλαξη των εξαιρέσεων που προβλέπει η Συνθήκη και αυτών που αναγνωρίζει το Δικαστήριο (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 11ης Μαΐου 1999, C-255/97, Pfeiffer, Συλλογή 1999, σ. I-2835, σκέψεις 18 και 19, και της 21ης Απριλίου 2005, C-140/03, Επιτροπή κατά Ελλάδας, Συλλογή 2005, σ. I-3177, σκέψη 27).

206 Στην υπό κρίση υπόθεση, η GSK ζητεί την ακύρωση αποφάσεως περί εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ, την οποία εξέδωσε η Επιτροπή κατά την άσκηση της αρμοδιότητας που της απονέμουν οι κοινοτικοί κανόνες ανταγωνισμού. Μια

τέτοια απόφαση, ως εκ της φύσεώς της, δεν συνιστά ούτε περιέχει οποιοδήποτε μέτρο ικανό να αποτελέσει περιορισμό απαγορευόμενο από το άρθρο 43 ΕΚ. Επομένως, είναι αλυσιτελές να προβληθεί παράβαση της ως άνω διατάξεως έναντι της αποφάσεως αυτής (βλ., κατ' αναλογία, όσον αφορά το άρθρο 49 ΕΚ, διάταξη του Δικαστηρίου της 23ης Φεβρουαρίου 2006, C-171/05 P, Piau κατά Επιτροπής, Συλλογή 2006, σ. I-37*, σκέψη 58).

207 Επομένως, ο λόγος ακυρώσεως που αντλείται από κατάχρηση εξουσίας, από παραβίαση της αρχής της επικουρικότητας και από παράβαση του άρθρου 43 ΕΚ πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του, καθώς και τα αιτήματα της GSK στο μέτρο που αφορούν την ακύρωση του άρθρου 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

II — *Επί των λόγων ακυρώσεως που αφορούν την ακύρωση του άρθρου 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως*

A — *Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από την έλλειψη επαρκούς αιτιολογίας*

1. Επιχειρήματα των διαδίκων

208 Η GSK ισχυρίζεται, κατ' ουσίαν, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει λόγω ανεπαρκούς αιτιολογίας, καθόσον η Επιτροπή δεν προέβη σε επαρκή εξέταση των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που της υποβλήθηκαν κατά τη διοικητική διαδικασία σχετικά με τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα του παράλληλου εμπορίου και του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως επί του ανταγωνισμού στον τομέα των φαρμάκων, όπως όφειλε να πράξει, λαμβανομένης υπόψη της προπαρατεθείσας στη σκέψη 47 απόφασης Bayer κατά Επιτροπής.

209 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τις παρεμβαίνουσες, αμφισβητεί το βάσιμο του ισχυρισμού αυτού.

2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

210 Το ζήτημα του επαρκούς χαρακτήρα της εξετάσεως στην οποία προβαίνει η Επιτροπή με την έκδοση αποφάσεως περί εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού δεν εμπίπτει στον έλεγχο της υπάρξεως ή της εκτάσεως της αιτιολογίας της αποφάσεως αυτής, αλλά στην εξέταση του βασίμου της αιτιολογίας αυτής (προπαρατεθείσα στη σκέψη 54 απόφαση Επιτροπή κατά Sytraval και Brink's France, σκέψη 67, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 13ης Ιανουαρίου 2004, T-158/99, Thermenhotel Stoiser Franz κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2004, σ. II-1, σκέψη 97).

211 Στην υπό κρίση υπόθεση, όμως, η GSK ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει λόγω ανεπαρκούς αιτιολογίας, καθόσον η εξέταση των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που προσκομίστηκαν προς στήριξη της αιτήσεώς της περί απαλλαγής δεν ήταν η ενδεδειγμένη. Επομένως, δεν στρέφεται κατά της ανεπάρκειας αιτιολογίας της προσβαλλομένης αποφάσεως, αλλά αμφισβητεί μάλλον το βάσιμο της αιτιολογίας που προβλήθηκε για την εκτίμηση της αιτήσεως αυτής έναντι του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ.

212 Επομένως, ο υπό εξέταση λόγος ακυρώσεως συνδέεται στην πραγματικότητα με τον λόγο ακυρώσεως που αντλείται από την παράβαση της διατάξεως αυτής, ο οποίος θα εξεταστεί κατωτέρω.

213 Στο μέτρο που η GSK ισχυρίζεται επίσης ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη όσον αφορά την απόρριψη της αιτήσεώς της περί απαλλαγής, το επιχείρημα αυτό δεν είναι βάσιμο. Συγκεκριμένα, με τις αιτιολογικές σκέψεις 147 έως 188 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η Επιτροπή εκθέτει, κατά τρόπο επαρκώς εκτεταμένο ώστε να παράσχει στην GSK τη δυνατότητα να κατανοήσει τη συλλογιστική της και στον δικαστή να την ελέγξει, ότι η αίτηση αυτή πρέπει, κατά την άποψή της, να απορριφθεί για τον λόγο ότι δεν αποδείχθηκε επαρκώς κατά νόμο ότι συντρέχουν οι αναγκαίες προϋποθέσεις για τη χορήγηση απαλλαγής και, κυρίως, ότι θα υπήρχε αυξημένο όφελος.

Β — *Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ*

1. Περιεχόμενο της προσβαλλομένης αποφάσεως

214 Η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 147 έως 189 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η GSK δεν απέδειξε ότι πληρούνταν εν προκειμένω οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ.

215 Όσον αφορά την πρώτη προϋπόθεση εφαρμογής της διατάξεως αυτής, η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 151 και 154 έως 176 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η GSK δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως μπορούσαν να συμβάλουν στην προώθηση της τεχνικής προόδου ή στη βελτίωση της διανομής των φαρμάκων.

216 Σε σχέση με τη δεύτερη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 177 έως 186 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η GSK δεν απέδειξε επαρκώς κατά νόμο ότι οι καταναλωτές θα αποκόμιζαν δίκαιο τμήμα από το όφελος που θα προέκυπτε από τους γενικούς όρους πωλήσεως.

217 Η Επιτροπή πρόσθεσε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 187 και 188 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι δεν αποδείχθηκε επιπλέον ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως δεν επέβαλαν μη αναγκαίο περιορισμό και ότι δεν καταργούσαν τον ανταγωνισμό επί σημαντικού τμήματος των εν λόγω φαρμάκων.

2. Επιχειρήματα των διαδίκων

218 Η GSK υποστηρίζει ότι το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι δεν αποδείχθηκε η συνδρομή των προϋποθέσεων χορηγήσεως απαλλαγής πάσχει από σφάλματα που δικαιολογούν την ακύρωση του άρθρου 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

219 Γενικώς, ισχυρίζεται κατ' ουσίαν ότι η Επιτροπή δεν εξέτασε με σοβαρότητα τα επιχειρήματα που προέβαλε ως προς τα πραγματικά και τα αποδεικτικά στοιχεία προς στήριξη της αιτήσεώς της απαλλαγής. Ακολούθως, επικαλείται επιχειρήματα σχετικά με καθεμία από τις προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ.

220 Όσον αφορά, κατ' αρχάς, την πρώτη από αυτές τις προϋποθέσεις, ισχυρίζεται, αφενός, ότι η Επιτροπή δεν εξέτασε με σοβαρότητα τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία κατά τα οποία το παράλληλο εμπόριο μειώνει τα οφέλη, καθότι μειώνει την ικανότητά της να καινοτομήσει, ενώ το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως προκαλεί αύξηση των κερδών, παρέχοντάς της τη δυνατότητα να αυξήσει την ικανότητα καινοτομίας. Εκτιμά ότι η Επιτροπή κακώς κατέληξε ότι δεν αποδείχθηκε ότι το παράλληλο εμπόριο συνδεόταν με την καινοτομία και ότι, εν πάση περιπτώσει, την επηρέαζε αισθητά. Φρονεί ότι απέδειξε τη συμβολή στην προώθηση της τεχνικής προόδου.

221 Η GSK υποστηρίζει, αφενός, ότι η Επιτροπή εσφαλμένα κατέληξε ότι δεν αποδείχθηκε ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως θα συνέβαλε στη βελτίωση της διανομής των φαρμάκων, περιορίζοντας το παράλληλο εμπόριο, το οποίο συνεπάγεται καθυστερήσεις ως προς την εμπορία τους σε ορισμένα κράτη μέλη, καθώς και τη μη βέλτιστη κατανομή των φαρμάκων που παρέχει προς πώληση η GSK.

222 Ακολούθως, όσον αφορά τη δεύτερη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, η GSK υποστηρίζει ότι η Επιτροπή εσφαλμένα κατέληξε ότι οι καταναλωτές δεν θα αποκόμιζαν δίκαιο τμήμα του οφέλους που συνδέεται με το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή προσδιόρισε εσφαλμένα τους καταναλωτές, περιλαμβάνοντας σ' αυτούς τους χονδρεμπόρους και μη λαμβάνοντας πλήρως υπόψη τον ρόλο που διαδραματίζουν τα κράτη μέλη στον οικείο τομέα. Επιπλέον, αξιολόγησε προδήλως εσφαλμένα το σύνολο των πλεονεκτημάτων που μπορούν να προσδοκούν οι καταναλωτές από το σύστημα διαφοροποιημένων τιμών, σε σύγκριση με την κατάστασή τους λόγω του παράλληλου εμπορίου.

223 Επιπλέον, η GSK εκτιμά ότι απέδειξε σαφώς ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως ήταν αναγκαίο, υπό την έννοια της τρίτης προϋποθέσεως εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, για την υλοποίηση των πλεονεκτημάτων που προσδοκούσε για τους καταναλωτές.

224 Τέλος, η GSK εκτιμά ότι απέδειξε ότι η εν λόγω διάταξη δεν θα οδηγούσε στην κατάργηση ουσιώδους μέρους του ανταγωνισμού, λαμβανομένης υπόψη της φύσεως και της εντάσεώς του, σύμφωνα με την τέταρτη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ.

225 Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τις παρεμβαίνουσες, αμφισβητεί το βάσιμο των επιχειρημάτων αυτών.

226 Ισχυρίζεται, πρώτον, ότι προέβη σε σοβαρή και επαρκή εξέταση του συνόλου των πραγματικών και αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η GSK προς στήριξη της αιτήσεώς της απαλλαγής.

227 Υποστηρίζει, δεύτερον, ότι κατέληξε ότι η GSK δεν απέδειξε ότι πληρούνταν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ.

228 Συναφώς, εκτιμά, πρώτον, ότι η GSK δεν μπορεί να ισχυριστεί απλώς ότι η συμφωνία που συνήψε με σκοπό ή αποτέλεσμα τον περιορισμό του παράλληλου εμπορίου θα της παράσχει τη δυνατότητα να μεγιστοποιήσει τα εμπορικά της κέρδη και να διαθέσει μέρος τους για τη χρηματοδότηση των δραστηριοτήτων της Ε & Α. Εναπόκειται αντιθέτως σ' αυτή να αποδείξει, με επαρκώς πειστικά στοιχεία, την ύπαρξη αντικειμενικού, ειδικού και άμεσου αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του περιορισμού του ανταγωνισμού που προκαλεί η συμφωνία αυτή και του οφέλους που είναι ικανό να τον αντισταθμίσει. Εν προκειμένω, όμως, η Επιτροπή έκρινε ότι δεν αποδείχθηκε ένας τέτοιος αιτιώδης σύνδεσμος.

229 Δεύτερον, η Επιτροπή εκτιμά ότι τα επιχειρήματα της GSK κατά τα οποία το παράλληλο εμπόριο παρακωλύει τη διανομή φαρμάκων και προκαλεί καθυστερήσεις ως προς τη διάθεσή τους στο εμπόριο, δυσχέρειες τις οποίες θα θεράπευε το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως, ακόμη και αν υποτεθεί ότι είναι επαρκώς εξειδικευμένα για να ληφθούν υπόψη, δεν τεκμηριώθηκαν επαρκώς κατά νόμο σε κανένα στάδιο της διοικητικής διαδικασίας.

230 Τρίτον, η Επιτροπή φρονεί, κατ' ουσίαν, ότι οι χονδρέμποροι πρέπει να καταλέγονται στους καταναλωτές και ότι μπορεί να θεωρηθεί ότι επωφελούνται, όπως οι ασθενείς και τα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης, από το παράλληλο εμπόριο. Προσθέτει ότι ουδέποτε ωστόσο αποδείχθηκε επαρκώς κατά νόμο ότι οι καταναλωτές επωφελούνται επίσης από το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως.

231 Τέταρτον, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι από τα επιχειρήματα της GSK δεν προκύπτει ότι, σε αντίθεση προς ό,τι έκρινε με την προσβαλλόμενη απόφαση, αποδείχθηκε ο αναγκαίος χαρακτήρας του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως.

232 Πέμπτον, η Επιτροπή ισχυρίζεται, ομοίως, ότι τα επιχειρήματα της GSK δεν αμφισβητούν ουσιαστικά την εκτίμηση κατά την οποία δεν αποδείχθηκε ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως δεν θα κατέληγε στην κατάργηση του ανταγωνισμού επί σημαντικού τμήματος των οικείων προϊόντων.

3. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου

α) Προκαταρκτικές εκτιμήσεις

233 Κάθε συμφωνία περιορίζουσα τον ανταγωνισμό, είτε μέσω των αποτελεσμάτων είτε μέσω του αντικειμένου της, μπορεί κατ' αρχήν να τύχει απαλλαγής (προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 15ης Ιουλίου 1994, T-17/93, Matra Hachette κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, σ. II-595, σκέψη 85), όπως εξάλλου επισήμανε η Επιτροπή με την αιτιολογική σκέψη 153 της προσβαλλομένης αποφάσεως και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

234 Η εφαρμογή της διατάξεως αυτής υπόκειται σε ορισμένες προϋποθέσεις, η συνδρομή των οποίων είναι ταυτόχρονα αναγκαία και επαρκής (προπαρατεθείσα στη σκέψη 57 απόφαση Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 38, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 233 απόφαση Matra Hachette κατά Επιτροπής, σκέψη 104). Πρώτον, η οικεία συμφωνία πρέπει να συμβάλλει στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, δεύτερον, πρέπει να εξασφαλίζει συγχρόνως στους καταναλωτές δίκαιο τμήμα από το εντεύθεν όφελος, τρίτον, να μην επιβάλλει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις μη αναγκαίους περιορισμούς και, τέταρτον, να μη τους παρέχει τη δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού επί σημαντικού τμήματος των σχετικών προϊόντων.

235 Κατά συνέπεια, το πρόσωπο που επικαλείται το άρθρο 81, παράγραφος 3, ΕΚ πρέπει να αποδείξει ότι πληρούνται οι ως άνω προϋποθέσεις με πειστικά επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία (απόφαση του Δικαστηρίου της 17ης Ιανουαρίου 1984, 43/82 και 63/82, VBVB και VBBB κατά Επιτροπής, σ. 19, σκέψη 52, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 78).

236 Η Επιτροπή πρέπει να εξετάσει καταλλήλως τα εν λόγω επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία (προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363), ήτοι να καθορίσει αν αποδεικνύουν ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ. Σε ορισμένες περιπτώσεις, τα εν λόγω επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία ενδέχεται να είναι ικανά να την υποχρεώσουν να παράσχει μια εξήγηση ή αιτιολογία, ελλείψει της οποίας να επιτρέπεται να συναχθεί ότι το πρόσωπο που επικαλείται το άρθρο 81, παράγραφος 3, ΕΚ ανταποκρίθηκε στην υποχρέωση να φέρει το βάρος της αποδείξεως (προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 79). Όπως υποστηρίζει στα υπομνήματά της, η Επιτροπή οφείλει, σε παρόμοιες περιπτώσεις, να απορρίψει τα εν λόγω επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία.

237 Στην υπό κρίση υπόθεση, η Επιτροπή επικέντρωσε την εξέτασή της στην πρώτη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, όπως τόνισε εξάλλου με τα υπομνήματά της και, εν συνεχεία, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 151 και 154 έως 176 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η GSK κατά τη διοικητική διαδικασία δεν αποδεικνύουν τη συνδρομή της προϋποθέσεως αυτής.

238 Κατόπιν τούτου, απέρριψε τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η GSK προκειμένου να αποδείξει ότι δίκαιο μέρος του κέρδους που απορρέει από τους γενικούς όρους πωλήσεως παρέχεται στους καταναλωτές και, κατ' επέκταση, ότι πληρούνταν η δεύτερη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, όπως επιβεβαίωσε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή έκρινε, με την αιτιολογική σκέψη 179 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι, δεδομένου ότι η GSK δεν απέδειξε ότι ο περιορισμός του παράλληλου εμπορίου καθιστούσε πράγματι δυνατή την επίτευξη κάποιου από τα πλεονεκτήματα που

απαιτούνται στο πλαίσιο της πρώτης προϋποθέσεως, δεν ήταν δυνατό να πληρούται ούτε η δεύτερη προϋπόθεση, οπότε δεν ήταν αναγκαίο να εξεταστεί εξ αρχής. Μόνο μεταγενέστερα, και αποκλειστικά για λόγους πληρότητας, απάντησε η Επιτροπή, με τις αιτιολογικές σκέψεις 180 έως 186 της προσβαλλομένης αποφάσεως, σε ορισμένα από τα επιχειρήματα που προέβαλε η GSK προκειμένου να αποδείξει ότι το παράλληλο εμπόριο δεν αποφέρει κέρδος δίκαιο μέρος του οποίου να παρέχεται στους καταναλωτές.

239 Όσον αφορά την τρίτη και την τέταρτη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, αυτές εξετάστηκαν συνοπτικά, όπως επισήμανε η Επιτροπή με τα υπομνήματά της και εν συνεχεία κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, και απορρίφθηκαν ως εκ τούτου, κατά το κύριο μέρος τους. Συναφώς, η τρίτη προϋπόθεση απορρίφθηκε, με την αιτιολογική σκέψη 187 της προσβαλλομένης αποφάσεως, για τον λόγο ότι, δεδομένου ότι ουδόλως αποδεικνυόταν ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως συνεπάγονται πλεονεκτήματα, δεν συνέτρεχε συμβολή στην προώθηση της τεχνικής προόδου, ο αναγκαίος χαρακτήρας της οποίας να μπορεί να εξεταστεί. Η τέταρτη προϋπόθεση απορρίφθηκε, με την αιτιολογική σκέψη 188 της προσβαλλομένης αποφάσεως, με το σκεπτικό ότι η GSK δεν προέβαλε κανένα σχετικό επιχείρημα που να μην είχε ήδη προβληθεί και να μην είχε απορριφθεί.

240 Υπό τις συνθήκες αυτές, εναπόκειται στο Πρωτοδικείο να καθορίσει πρωτίστως αν η Επιτροπή μπορούσε να κρίνει ότι τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που στηρίζουν την αίτηση απαλλαγής της GSK δεν αποδεικνύουν ότι πληρούνταν η πρώτη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ. Μόνο σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως εναπόκειται επίσης σ' αυτό να καθορίσει αν η Επιτροπή μπορούσε να καταλήξει ότι δεν αποδείχθηκε ούτε ότι πληρούνταν οι τρεις άλλες προϋποθέσεις εφαρμογής της διατάξεως αυτής.

241 Συναφώς, ο δικαστής που εκδικάζει προσφυγή περί ακυρώσεως αποφάσεως περί εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ προβαίνει, στο μέτρο που αντιμετωπίζει περίπλοκες οικονομικές εκτιμήσεις, σε έλεγχο που περιορίζεται, ως προς την ουσία, στο αν τα πραγματικά περιστατικά ήταν ακριβή, αν υπήρξε πρόδηλη πλάνη εκτιμήσεως ενός από τα περιστατικά αυτά και αν ήταν ακριβείς οι συναγόμενοι νομικοί χαρακτηρισμοί (προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363, προπαρατεθείσα στη σκέψη 109 απόφαση Metro I, σκέψη 25, προπαρατεθείσα στη σκέψη 57 απόφαση Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 34, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 55 απόφαση Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 279).

242 Σ' αυτόν εναπόκειται να εξακριβώσει όχι μόνον την ακρίβεια των αποδεικτικών στοιχείων των οποίων έγινε επίκληση, την αξιοπιστία και τη συνοχή τους, αλλά και να ελέγξει αν τα στοιχεία αυτά αποτελούν ένα σύνολο κρίσιμων δεδομένων που πρέπει να ληφθεί υπόψη για να αξιολογηθεί μια περίπλοκη κατάσταση και αν μπορούν να στηρίξουν τα συμπεράσματα που συνήχθησαν βάσει αυτών (απόφαση του Δικαστηρίου της 15ης Φεβρουαρίου 2005, C-12/03 P, Επιτροπή κατά Tetra Laval, Συλλογή 2005, σ. I-987, σκέψη 39, και απόφαση του Πρωτοδικείου της 14ης Δεκεμβρίου 2005, T-210/01, General Electric κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. II-5575, σκέψεις 62 και 63).

243 Αντιθέτως, δεν εναπόκειται σ' αυτόν να υποκαταστήσει με τις δικές του εκτιμήσεις τις οικονομικές εκτιμήσεις του συντάκτη της αποφάσεως, τη νομιμότητα της οποίας ελέγχει.

244 Πρέπει να σημειωθεί ότι η Επιτροπή διαθέτει, ειδικότερα, περιθώριο εκτιμήσεως, επί του οποίου ασκείται περιορισμένος μόνο δικαστικός έλεγχος, προκειμένου να προβεί, αφού επιβεβαιωθεί ότι πληρούται μία από τις προϋποθέσεις βάσει των οποίων το άρθρο 81, παράγραφος 3, ΕΚ παρέχει δυνατότητα απαλλαγής, στη στάθμιση μεταξύ των προσδοκώμενων από την εφαρμογή της συμφωνίας πλεονεκτημάτων και των μειονεκτημάτων που έχει για τον τελικό καταναλωτή λόγω της επιδράσεώς της επί του ανταγωνισμού, στάθμιση που εκφράζεται ως εξισορρόπηση έναντι του γενικού συμφέροντος εκτιμώμενου σε κοινοτικό επίπεδο.

245 Περαιτέρω, ο έλεγχος που ασκείται επί αποφάσεως της Επιτροπής αφορά αποκλειστικά τα πραγματικά και νομικά στοιχεία που υφίσταντο κατά την ημερομηνία εκδόσεως της προσβαλλομένης πράξεως, υπό την επιφύλαξη της δυνατότητας που παρέχεται στους διαδίκους, κατά την άσκηση των δικαιωμάτων τους άμυνας, να τα συμπληρώσουν με αποδεικτικά στοιχεία μεταγενέστερα της ημερομηνίας αυτής, τα οποία όμως προσκομίστηκαν ειδικώς προκειμένου να υποστηριχθεί ή να προσβληθεί η απόφαση αυτή (βλ. σκέψη 58 ανωτέρω).

246 Στην υπό κρίση υπόθεση, δεδομένου ότι τα αποδεικτικά στοιχεία δεν υπήρχαν κατά την ημερομηνία εκδόσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως και δεν συγκεντρώθηκαν ειδικώς προκειμένου να υποστηριχθεί ή να προσβληθεί η απόφαση αυτή, στο

μέτρο που με αυτή απορρίπτεται η αίτηση απαλλαγής της GSK, πρέπει εκ προοιμίου να μη ληφθούν υπόψη, ειδικώς δε τα πραγματικά στοιχεία σχετικά με την περίοδο 2001-2005, καθώς και οι μελέτες που πραγματοποίησαν, αντιστοίχως, το York University τον Μάιο του 2003 με τίτλο «Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade», το London School of Economics and Political Sciences τον Ιανουάριο του 2004 με τίτλο «The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis» και οι M. Ganslandt και K. E. Maskus τον Φεβρουάριο του 2004 με τίτλο «Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union», όπως ορθώς τόνισε η Επιτροπή με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

β) Επί της αποδείξεως αυξήσεως του οφέλους

247 Για να εξαιρεθεί δυνάμει του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, μια συμφωνία πρέπει να συμβάλλει στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου. Η συμβολή αυτή δεν μπορεί να συνίσταται σε οποιοδήποτε πλεονέκτημα αποκομίζουν οι μετέχουσες στη συμφωνία επιχειρήσεις από αυτή σε σχέση με τη δραστηριότητά τους, αλλά σε αισθητά αντικειμενικά πλεονεκτήματα, ικανά να αντισταθμίσουν τα προβλήματα που δημιουργεί η συμφωνία για τον ανταγωνισμό (βλ., για τη συμβολή στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής, προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 363, απόφαση του Πρωτοδικείου της 8ης Ιουνίου 1995, T-7/93, Langnese-Iglo κατά Επιτροπής, Συλλογή 1995, σ. II-1533, σκέψη 180, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 201 απόφαση Van den Bergh Foods κατά Επιτροπής, σκέψη 139· βλ., επίσης, για τη συμβολή στην προώθηση της προόδου, προπαρατεθείσα στη σκέψη 233 απόφαση Matra Hachette κατά Επιτροπής, σκέψεις 108 έως 111).

248 Επομένως, εναπόκειται, πρώτον, στην Επιτροπή να εξετάσει αν τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που της υποβλήθηκαν αποδεικνύουν πειστικώς ότι η επίδικη συμφωνία μπορεί να οδηγήσει σε αισθητά αντικειμενικά πλεονεκτήματα (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 109 απόφαση Metro I, σκέψη 43, προπαρατεθείσα στη σκέψη 58

απόφαση Metro II, σκέψη 55, αποφάσεις του Πρωτοδικείου Μ6 κ.λπ. κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα στη σκέψη 171, σκέψη 143, και της 21ης Μαρτίου 2002, Τ-231/99, Joynson κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. II-2085, σκέψεις 48 και 49), δεδομένου ότι αυτά μπορούν να εμφανιστούν όχι μόνο στην επίδικη αγορά αλλά και σε άλλες αγορές (απόφαση του Πρωτοδικείου της 28ης Φεβρουαρίου 2002, Τ-86/95, Compagnie générale maritime κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002, σ. II-1011, σκέψη 343).

249 Για την ενέργεια αυτή επιβάλλεται ενδεχομένως ανάλυση των προοπτικών εξελίξεως μιας αγοράς, οπότε πρέπει να εξεταστεί αν, ενόψει των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των προσκομισθέντων αποδεικτικών στοιχείων, είναι πιθανότερο είτε η επίδικη συμφωνία να καθιστά δυνατή την επίτευξη αισθητών αντικειμενικών πλεονεκτημάτων είτε αυτό να μη συμβαίνει (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 248 απόφαση Compagnie générale maritime κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 365, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 201 απόφαση Van den Bergh Foods κατά Επιτροπής, σκέψη 143· βλ., επίσης, κατ' αναλογία, προπαρατεθείσα στη σκέψη 242 απόφαση Tetra Laval κατά Επιτροπής, σκέψεις 42 και 43, και προπαρατεθείσα στη σκέψη 242 απόφαση General Electric κατά Επιτροπής, σκέψη 64).

250 Ενδεχομένως, εναπόκειται ακολούθως στην Επιτροπή να εκτιμήσει αν τα αισθητά αντικειμενικά πλεονεκτήματα είναι ικανά να αντισταθμίσουν τα μειονεκτήματα που προκύπτουν για τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της εξετάσεως του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ (βλ., υπ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα στη σκέψη 186 απόφαση Van Landewyck κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψεις 183 έως 185).

251 Εν προκειμένω, η GSK ισχυρίζεται ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως επρόκειτο να καταστήσει δυνατή την επίτευξη πλεονεκτημάτων τόσο εκτός της επίδικης αγοράς, ευνοώντας την καινοτομία, όσο και εντός της αγοράς αυτής, βελτιστοποιώντας τη διανομή των φαρμάκων. Δεδομένου ότι οι αγορές αυτές αντιστοιχούν σε διάφορα στάδια της αλυσίδας καθορισμού της αξίας των προϊόντων, είναι ο τελικός καταναλωτής που μπορεί να επωφεληθεί των πλεονεκτημάτων αυτών.

252 Επομένως, πρέπει να καθοριστεί κατ' αρχάς αν η Επιτροπή μπορούσε να καταλήξει ότι τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η GSK, η εξέταση των οποίων προϋπέθετε

την ανάλυση της προοπτικής εξελίξεως μιας αγοράς, δεν αποδεικνύουν, με επαρκή βεβαιότητα, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως επρόκειτο να καταστήσει δυνατή την επίτευξη αισθητού αντικειμενικού πλεονεκτήματος ικανού να αντισταθμίσει το μειονέκτημα που είχε για τον ανταγωνισμό, ευνοώντας την καινοτομία.

Επί της υπάρξεως αισθητού αντικειμενικού πλεονεκτήματος

253 Δεδομένης της φύσεως των επικρίσεων της GSK, πρέπει κατ' αρχάς να εκτεθούν τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που στηρίζουν την αίτησή της απαλλαγής επ' αυτού και, στη συνέχεια, να ελεγχθεί ο τρόπος εξετάσεώς τους από την Επιτροπή.

254 Πρώτον, οι αιτιολογικές σκέψεις 90, 92 έως 99, 151 και 154 της προσβαλλομένης αποφάσεως, καθώς και οι αιτιολογικές σκέψεις 64 έως 68 της προσβαλλομένης αποφάσεως στις οποίες παραπέμπουν, εκθέτουν συνοπτικά τα επιχειρήματα που προέβαλε η GSK προκειμένου να πείσει την Επιτροπή ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως επρόκειτο να ευνοήσει την καινοτομία.

255 Όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση, τα επιχειρήματα αυτά διαρθρώνονται γύρω από δύο στενά συνδεδεμένους αλλά διαφορετικούς άξονες. Αφενός, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 154 της προσβαλλομένης αποφάσεως, το παράλληλο εμπόριο των φαρμάκων που εμπορεύεται η GW στην Ισπανία καθιστά λιγότερο αποτελεσματικό τον ανταγωνισμό μεταξύ σημάτων, στο μέτρο που αμβλύνει την ικανότητα της GSK να καινοτομήσει. Αφετέρου, όπως προκύπτει από τη δεύτερη και τρίτη περίοδο της ίδιας αιτιολογικής σκέψεως, το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως αυξάνει την αποτελεσματικότητα του ανταγωνισμού μεταξύ σημάτων, στο μέτρο που παρέχει τη δυνατότητα ενισχύσεως της ικανότητας της GSK να καινοτομήσει.

256 Όπως προκύπτει επίσης από την προσβαλλόμενη απόφαση, αυτοί οι δύο άξονες της συλλογιστικής αναπτύσσονται στην κοινοποίηση της GW, στη συμπληρωματική κοινοποίηση της GSK και, κυρίως, σε ορισμένα αποδεικτικά στοιχεία οικονομικής ή οικονομετρικής φύσεως τα οποία προσκόμισε η GSK κατά τη διοικητική διαδικασία, ιδίως ως απάντηση στην ανακοίνωση των αιτιάσεων της Επιτροπής. Τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία προστέθηκαν στη δικογραφία, τα περισσότερα ως παραρτήματα των υπομνημάτων της GSK, των οποίων το περιεχόμενο τεκμηριώνουν και συμπληρώνουν, τα δε υπόλοιπα ως απαντήσεις στα μέτρα οργανώσεως της διαδικασίας. Πρόκειται για τα ακόλουθα έγγραφα:

— τη μελέτη με τίτλο «Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports» της London Economics,

— τη μελέτη με τίτλο «Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements» της Frontier Economics,

— τη μελέτη με τίτλο «The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare» του καθηγητή P. Rey,

— τη μελέτη με τίτλο «The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique» της Frontier Economics,

— τη μελέτη με τίτλο «The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique» του καθηγητή P. Rey,

— την παρουσίαση με τίτλο «Glaxo Wellcome's R&D budgeting process» του A. Baxter.

257 Από την ανάγνωση ολόκληρης της προσβαλλομένης αποφάσεως και από τα λοιπά έγγραφα που παρατίθενται στην προηγούμενη σκέψη προκύπτει ότι τα επιχειρήματα της GSK, μολονότι αυτά κατανέμονται μεταξύ διαφορετικών εγγράφων, η παρουσίασή τους ενδέχεται να ποικίλλει και το περιεχόμενό τους μπορεί να είναι λιγότερο ή περισσότερο ανεπτυγμένο, λαμβανομένης ιδίως υπόψη της πτυχής της ανακοινώσεως των αιτιάσεων την οποία επικρίνει το έγγραφο που τα περιέχει, είναι κατ' ουσίαν τα ακόλουθα.

258 Αφενός, σύμφωνα με τα έγγραφα που προσκόμισε η GSK, το παράλληλο εμπόριο των φαρμάκων που εμπορεύεται η GW στην Ισπανία προκαλεί απώλεια κερδών. Συγκεκριμένα:

— ο τομέας των φαρμάκων για τα οποία υπάρχει δίπλωμα ευρεσιτεχνίας και τα οποία καλύπτονται από εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης χαρακτηρίζεται από το γεγονός ότι η καινοτομία συνιστά την καθοριστική παράμετρο για τον ανταγωνισμό μεταξύ σημάτων·

— η καινοτομία εξασφαλίζεται από ένα επίπεδο δαπανών για Ε & Α που είναι παράλληλα ουσιώδες και ανώτερο από εκείνο που χαρακτηρίζει την πλειονότητα των άλλων βιομηχανιών· στην περίπτωση της GSK, οι δαπάνες αυτές αντιπροσωπεύουν περίπου το 14 % του κύκλου εργασιών, ήτοι περίπου 1,3 δισεκατομμύρια GBP·

— δεδομένου ότι η επένδυση για Ε & Α κοστίζει, έχει κίνδυνο και είναι μακροπρόθεσμη, χρηματοδοτείται κυρίως από ίδια κεφάλαια παρά μέσω δανεισμού· στην περίπτωση της GSK, χρηματοδοτείται αποκλειστικά από ίδια κεφάλαια·

— η χρηματοδότηση της Ε & Α εξαρτάται, αφενός, από τα τρέχοντα κέρδη και, αφετέρου, από τα προσδοκώμενα κέρδη· στην περίπτωση της GSK, ο πολλαπλασιασμός της ικανότητάς της χρηματοδοτήσεως κατά 230 τα έτη 1980 και 1990 κατέστη δυνατός λόγω της υπάρξεως φαρμάκων με μεγάλη επιτυχία, όπως ιδίως το Zantac, που αντιπροσωπεύει το 40 % των παγκόσμιων κερδών της μέχρι το 1994·

— το παράλληλο εμπόριο έχει ως συνέπεια τη μείωση των εσόδων της οικείας φαρμακευτικής εταιρίας (σχηματικά, σε κάθε μονάδα που πωλείται σε μια τιμή 100 εντός της χώρας καταγωγής αντιστοιχεί μια μονάδα που δεν πωλείται σε τιμή 100 + n εντός της χώρας προορισμού) και, κατ' αυτόν τον τρόπο, παρακωλύει τη δυνατότητα επιβολής, για το σύνολο των πωλήσεων που πραγματοποιούνται σε κάθε εθνική αγορά, βέλτιστης τιμής, ήτοι τιμής καθοριζόμενης σε συνάρτηση με τις προτιμήσεις κάθε κράτους μέλους·

— οι συνέπειες αυτές επικεντρώνονται σε ορισμένα προϊόντα και σε ορισμένες γεωγραφικές αγορές· στην περίπτωση της GSK, οι απώλειες αγγίζουν κυρίως ορισμένα φάρμακα που καταναλώνονται στο Ηνωμένο Βασίλειο·

— οι συνέπειες αυτές είναι σημαντικές, λαμβανομένης υπόψη της σημαντικής διαφοροποιήσεως μεταξύ των τιμών που ισχύουν στα διάφορα κράτη μέλη της Κοινότητας· ειδικότερα, η διαφοροποίηση μεταξύ της ισπανικής και της βρετανικής τιμής κινούνταν το 1998, για τα οκτώ κορυφαία φάρμακα (βλ. σκέψη 11 ανωτέρω), μεταξύ ενός ελάχιστου ποσοστού της τάξεως του 21 % και ενός μέγιστου της τάξεως του 132 %·

— συναφώς, η GSK προσκομίζει εμπιστευτικές αριθμητικές εκτιμήσεις σχετικές με το διαφυγόν κέρδος που προκαλεί το παράλληλο εμπόδιο που προέρχεται από όλα τα κράτη μέλη και κατευθύνεται προς το Ηνωμένο Βασίλειο, καθώς και με το διαφυγόν κέρδος που προκαλεί το παράλληλο εμπόριο που ξεκινά από την Ισπανία και κατευθύνεται προς το Ηνωμένο Βασίλειο και αφορά τα οκτώ κορυφαία επίδικα φάρμακα, για τα έτη 1996, 1997 και 1998·

— το παράλληλο εμπόριο οδηγεί επίσης σε μείωση του ποσού που επιτρέπεται στην GSK να αφαιρέσει, δυνάμει των επενδύσεών της για Ε & Α, από το ποσό των κερδών που λαμβάνονται υπόψη για να καθοριστεί αν υπερβαίνει το ανώτατο ποσοστό απόδοσης επενδύσεων που ορίζει η National Health Service· συναφώς, η GSK παρέχει εμπιστευτικές αριθμητικές εκτιμήσεις του ποσού της μειώσεως που προκαλεί, αφενός, το παράλληλο εμπόριο ανεξαρτήτως προελεύσεως και, αφετέρου, το παράλληλο εμπόριο που προήλθε από την Ισπανία το 1998·

— το γεγονός ότι η φαρμακευτική εταιρία εξακολουθεί, εξάλλου, να πραγματοποιεί προφανώς σημαντικά κέρδη δεν καθιστά αλυσιτελή τα επιχειρήματα αυτά, στο μέτρο που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η μέθοδος λογιστικής καταχώρισης των επενδύσεων Ε & Α, η κατανομή τους στο χρόνο, το μέσο κόστος τους και ο βαθμός κινδύνου που παρουσιάζουν·

— το παράλληλο εμπόριο έχει, τέλος, ως αποτέλεσμα τη μείωση της ικανότητας χρηματοδοτήσεως της Ε & Α· συναφώς, η GSK προσκομίζει εμπιστευτικές αριθμητικές εκτιμήσεις σχετικές με το ποσοστό των κερδών της πριν από τη φορολόγησή τους, το οποίο και επανεπενδύει στην Ε & Α, και με τη μείωση του προϋπολογισμού που διαθέτει για Ε & Α, στην οποία αντιστοιχούν οι απώλειες εσόδων που προκαλούνται από το παράλληλο εμπόριο που προέρχεται από την Ισπανία, προορίζεται για το Ηνωμένο Βασίλειο και αφορά τα οκτώ κορυφαία επίδικα φάρμακα, για τα έτη 1996-1998·

— το γεγονός ότι η μείωση αυτή είναι περιορισμένη ποσοτικώς δεν καθιστά το σχετικό επιχείρημα αλυσιτελές, στο μέτρο που πρόκειται απλώς για την επίδραση του παράλληλου εμπορίου που προέρχεται από την Ισπανία, προορίζεται για το Ηνωμένο Βασίλειο και αφορά τα οκτώ κορυφαία επίδικα φάρμακα μεταξύ 1996 και 1998, και καθότι μια ποσοτικώς περιορισμένη μείωση μπορεί, εν πάση περιπτώσει, να έχει σημαντικά από ποιοτικής απόψεως αποτελέσματα, ιδίως αν συνεπάγεται την εγκατάλειψη λιγότερο αποδοτικών ή αυξημένου κινδύνου σχεδίων· η GSK απαριθμεί εννέα σχέδια που εγκαταλείφθηκαν λόγω αυτού·

— σε αντιστάθμισμα, το παράλληλο εμπόριο έχει λίγα θετικά αποτελέσματα, καθότι οι παράλληλοι έμποροι επιδίδονται σε περιορισμένο ανταγωνισμό μέσω τιμών και διατηρούν για τον εαυτό τους σημαντικό μέρος της διαφοροποιήσεως μεταξύ της τιμής που ισχύει στο κράτος μέλος καταγωγής και εκείνης που ισχύει στο κράτος μέλος προορισμού, η πτωτική πίεση επί των τιμών είναι μειωμένη και ο τελικός καταναλωτής επωφελείται τελικώς σε περιορισμένο βαθμό.

259 Αφετέρου, σύμφωνα με τα έγγραφα που προσκόμισε η GSK, το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως οδηγεί σε αύξηση των κερδών. Συγκεκριμένα:

— το κόστος της Ε & Α είναι σφαιρικό και κοινό υπό την έννοια ότι αντιστοιχεί σε δραστηριότητα που ασκείται σε παγκόσμια κλίμακα και δεν αφορά ειδικώς συγκεκριμένο τόπο παραγωγής ή συγκεκριμένο προϊόν·

— οι φαρμακευτικές εταιρίες δεν έχουν τον έλεγχο των τιμών τους στην πλειονότητα των κρατών μελών· δέχονται να εξυπηρετήσουν μια εθνική αγορά, εφόσον η τιμή που καθορίζουν οι δημόσιες αρχές θα τους παράσχει τη δυνατότητα να καλύψουν το οριακό τους κόστος, αλλά θα πρέπει να καταφέρουν να καλύψουν, εφόσον είναι δυνατό, το συνολικό και κοινό κόστος της Ε & Α·

— το σύστημα διαφοροποιημένων τιμών που προβλέπει το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως παρέχει τη δυνατότητα καλύψεως του κόστους Ε & Α, εξασφαλίζοντας τον καθορισμό των τιμών, σε κάθε εθνική αγορά, στο επίπεδο που αντιστοιχεί στις προτιμήσεις του τελικού καταναλωτή, ήτοι τελικώς στο οικείο κράτος μέλος· ειδικότερα, αποκλείει το ενδεχόμενο να εξαχθεί στο Ηνωμένο Βασίλειο η τιμή που ορίζει το Βασίλειο της Ισπανίας·

— η έντονη ανταγωνιστική πίεση λόγω της καινοτομίας που κυριαρχεί στον τομέα εξασφαλίζει ότι η GSK θα συμπεριφερθεί ως λογικός οικονομικός φορέας, μετατρέποντας, στο μέτρο του αναγκαίου, τα πρόσθετα κέρδη της σε επενδύσεις Ε & Α.

260 Δεύτερον, η Επιτροπή έκρινε, με τις αιτιολογικές σκέψεις 151, 154, 155 και 169 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι δεν αποδείχθηκε ότι το παράλληλο εμπόριο είχε αρνητικές συνέπειες για τις δραστηριότητες Ε & Α της GSK, και, εν πάση περιπτώσει, δεν αποδείχθηκε ότι το παράλληλο εμπόριο είχε αισθητή επίπτωση στις δραστηριότητες αυτές.

261 Συναφώς, η Επιτροπή εξέτασε κυρίως, με τις αιτιολογικές σκέψεις 157 έως 168 της προσβαλλομένης αποφάσεως, αν αποδείχθηκε ότι το παράλληλο εμπόριο προκαλούσε απώλεια κερδών, ζήτημα στο οποίο απάντησε αρνητικά. Ως εκ τούτου, δεν έκρινε αναγκαίο να εξετάσει αναλυτικά αν το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως προκαλούσε αποδεδειγμένα αύξηση των κερδών, ζήτημα που εξετάστηκε ειδικώς, με την αιτιολογική σκέψη 156 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

262 Λαμβανομένων όμως υπόψη των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που λυσιτελώς προσκόμισε η GSK, η εξέταση εκ μέρους της Επιτροπής της απώλειας κερδών που συνδέεται με το παράλληλο εμπόριο, της εκτάσεως της απώλειας αυτής και της αυξήσεως των κερδών που συνδέεται με το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως δεν μπορεί να θεωρηθεί επαρκής για να τεκμηριώσει τα συμπεράσματα στα οποία κατέληξε η Επιτροπή επί των σημείων αυτών.

— Επί της λυσιτέλειας των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η GSK

263 Πρέπει να σημειωθεί ότι τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα της GSK και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε προς στήριξή

τους φαίνονται λυσιτελή, αξιόπιστα και αληθοφανή, λαμβανομένου υπόψη του περιεχομένου τους (προπαρατεθείσα στη σκέψη 83 απόφαση Cimenteries CBR κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 1838), το οποίο επίσης ενισχύεται για πολλές σημαντικές πτυχές από έγγραφα της Επιτροπής.

264 Συναφώς, η προπαρατεθείσα στη σκέψη 135 ανακοίνωση COM(1998) 588 τελικό, η οποία αφορά κυρίως την εμβάθυνση της έννοιας της ενιαίας αγοράς στον φαρμακευτικό τομέα, ζήτημα που δεν εξετάζεται εν προκειμένω, εκθέτει επίσης τη σχέση που υφίσταται, κατά την άποψη της Επιτροπής, μεταξύ της καινοτομίας, του παράλληλου εμπορίου και του ανταγωνισμού στον τομέα αυτό. Από την ανάγνωσή της προκύπτει, εκτός από την προπαρατεθείσα στη σκέψη 135 δήλωση σχετικά με το ζήτημα της αμφίβολης επίδρασης του παράλληλου εμπορίου για το όφελος που αποκομίζει ο τελικός καταναλωτής, ότι η Επιτροπή δηλώνει τα εξής:

— η φαρμακευτική βιομηχανία στηρίζεται στην έρευνα (σ. 3 και 11) και είναι σαφές ότι, στον τομέα των φαρμάκων που καλύπτονται από δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, υπάρχει έντονος ανταγωνισμός στον τομέα των καινοτομιών (σ. 16), με αποτέλεσμα να υπάρχει ένα συνεχές ρεύμα νέων προϊόντων στην αγορά (σ. 11)· αντιθέτως, υπάρχει σχετικά χαμηλός δυναμικός ανταγωνισμός των τιμών από τη στιγμή που τα προϊόντα εισάγονται στην αγορά (σ. 16)·

— η φαρμακευτική βιομηχανία πρέπει να πληρώσει τις επενδύσεις για Ε & Α (σ. 14) και χρειάζεται, προς τούτο, να επιτύχει ένα επαρκές επίπεδο απόδοσης ώστε να μπορεί να διαθέσει στην Ε & Α τους αναγκαίους πόρους για την παραγωγή καινοτόμων προϊόντων (σ. 17 και 23)·

— μολονότι η ευρωπαϊκή φαρμακευτική βιομηχανία αποτελεί ισχυρό κλάδο της βιομηχανίας, δεδομένου ότι το ποσό των ευρωπαϊκών επενδύσεων για την Ε & Α τριπλασιάστηκε το 1997 σε σχέση με τα δέκα προηγούμενα έτη,

η ανταγωνιστικότητα δείχνει να εξασθενεί, υπάρχουν όμως ενδείξεις ότι η κατάσταση αυτή έχει αρχίσει να αλλάζει· μία από τις αιτίες της καταστάσεως αυτής είναι ότι η συνολική κερδοφορία και η απόδοση του χρησιμοποιούμενου κεφαλαίου φαίνεται να είναι σημαντικά υψηλότερες στις Ηνωμένες Πολιτείες απ' ό,τι στην Ευρωπαϊκή Ένωση (σ. 4 και 5)·

— για τη χρηματοδότηση των δραστηριοτήτων της για Ε & Α, η φαρμακευτική βιομηχανία προσπαθεί να υλοποιήσει κέρδη σε παγκόσμιο επίπεδο (σ. 3)·

— υπάρχουν σημαντικές διαφορές μεταξύ των κρατών μελών, τόσο από πλευράς γενικών μακροοικονομικών όρων (ιδίως, το κατά κεφαλήν εισόδημα και ο πλούτος) όσο και στα συστήματα υγείας· φαίνεται να υπάρχει εδραιωμένος και θετικά αναλογικός δεσμός μεταξύ των δαπανών υγείας και των εισοδημάτων, αν και η σχέση αυτή δεν είναι τέλεια (σ. 5)·

— υφίστανται επίσης σημαντικές διαφορές μεταξύ των κρατών μελών από πλευράς τιμών, οι οποίες εξηγούνται από ορισμένους παράγοντες· ένας από τους παράγοντες που ευθύνονται για τις διαφορές αυτές φαίνεται να είναι το κατά πόσο τα κράτη μέλη προβαίνουν σε έλεγχο των τιμών, μολονότι υπάρχουν και συγκυριακοί παράγοντες, όπως ο πληθωρισμός και οι διακυμάνσεις των συναλλαγματικών ισοτιμιών (σ. 6)·

— συναφώς, η έλευση του ευρώ θα βοηθούσε στην παροχή σταθερότερου περιβάλλοντος για τα συμμετέχοντα στην Οικονομική και Νομισματική Ένωση (ΟΝΕ) κράτη μέλη. Ωστόσο, θα καταστήσει επίσης ορατότερες τις διαφορές των τιμών στην υφιστάμενη ευρωπαϊκή αγορά, γεγονός το οποίο θα μπορούσε να κινητοποιήσει τους χονδρεμπόρους και τους φαρμακοποιούς να ασχοληθούν με διασυνοριακές εργασίες (σ. 9)·

— θα ήταν εξαιρετικά δύσκολο να καθοριστεί ένα κατάλληλο επίπεδο τιμών σε όλη την έκταση της Κοινότητας. Συγκεκριμένα, τα χαμηλά επίπεδα τιμών ευνοούν άμεσα τους στόχους ελέγχου των δαπανών ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης (τουλάχιστον στα κράτη μέλη όπου οι τιμές είναι επί του παρόντος αυξημένες), αλλά προκαλούν σταθερή μείωση της συμμετοχής της Ευρώπης στις παγκόσμιες επενδυτικές προσπάθειες στην Ε & Α στον φαρμακευτικό τομέα, γεγονός που μπορεί να οδηγήσει στην αποεπένδυση στην ευρωπαϊκή οικονομία. Τα υψηλά επίπεδα τιμών μειώνουν την πρόσβαση στην περίθαλψη για τους καταναλωτές και τους οργανισμούς πληρωμών των χωρών όπου, λόγω των οικονομικών και κοινωνικών συνθηκών, οι τιμές αυτές είναι απρόσιτες (σ. 14)·

— οι φαρμακευτικές εταιρίες εφαρμόζουν διαφορετικές τιμές για να λαμβάνουν υπόψη τις διαφορές ως προς την αγοραστική δύναμη (σ. 6).

265 Ασφαλώς, δεν πρέπει να θεωρηθεί ότι τα ως άνω αποσπάσματα, τα οποία αφορούν τον ρόλο της καινοτομίας και την αντίστοιχη επίπτωση του παράλληλου εμπορίου και της διαφοροποιήσεως των τιμών στην καινοτομία, σημαίνουν ότι τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα της GSK είναι κατ' ανάγκη βάσιμα ή ότι τα αποσπάσματα αυτά παρέχουν πλήρη και οριστική εικόνα της θέσεως της Επιτροπής επί του περίπλοκου αυτού ζητήματος. Εντούτοις, τούτο δεν σημαίνει ότι δεν ενισχύουν μέρος των επιχειρημάτων αυτών και των οικονομικών αναλύσεων που περιέχονται στα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίζονται προς στήριξή τους, βεβαιώνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο της αξιοπιστία τους και την αληθοφάνειά τους.

266 Με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, η Επιτροπή τόνισε ότι η προπαρατεθείσα στη σκέψη 135 ανακοίνωση COM(1998) 588 τελικό ανέφερε επίσης ότι, παρά τις σημαντικές διαφορές των τιμών μεταξύ των κρατών μελών, ήταν αναγκαίο να υιοθετηθεί μια συμπεριφορά σύμφωνη με τις αρχές της ενιαίας αγοράς, γεγονός που καθιστούσε αδύνατη τη δικαιολόγηση της χρήσεως μέτρων που έχουν ως αποτέλεσμα τη διαιώνιση ή την όξυνση του κατακερματισμού της κοινής αγοράς με βάση τα εθνικά σύνορα (σ. 23). Εξήγησε, επιπλέον, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση συνάδει με την προσέγγιση αυτή. Ωστόσο, το επιχείρημα

αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Συγκεκριμένα, εικάζει ότι δεν μπορεί εν πάση περιπτώσει να τύχει απαλλαγής συμφωνία προβλέπουσα ότι φάρμακα για τα οποία έχει χορηγηθεί δίπλωμα ευρεσιτεχνίας και τα οποία καλύπτονται από τα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης θα πωληθούν σε διαφορετικές τιμές σε διαφορετικές γεωγραφικές αγορές, ανάλογα με τις προτιμήσεις του τελικού καταναλωτή που φέρει το κόστος. Το άρθρο 81 ΕΚ όμως ουδόλως προβλέπει κάτι τέτοιο.

267 Στο γενικότερο πλαίσιο της οικονομικής θεωρίας, πρέπει να σημειωθεί ότι η Επιτροπή προσκόμισε, συνημμένη στο υπόμνημά της αντικρούσεως, την «Executive Summary» μελέτης της 8ης Φεβρουαρίου 1999, που είχε πραγματοποιήσει η NERA για λογαριασμό της Γενικής Διευθύνσεως «Εσωτερική αγορά και χρηματοοικονομικές υπηρεσίες» της Επιτροπής, με τίτλο «The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks». Το απόσπασμα αυτό, ειδικότερα οι εκτιμήσεις της σελίδας 5, ενισχύουν ορισμένες από τις αναλύσεις που περιέχονται σε αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η GSK σχετικά με το συμφέρον μιας φαρμακευτικής εταιρίας να διαφοροποιήσει τις τιμές που επιβάλλει με βάση την αγορά στην οποία διατίθενται τα φάρμακά της και τις προτιμήσεις των τελικών καταναλωτών.

268 Υπό τις συνθήκες αυτές, η Επιτροπή, η οποία χαρακτήρισε το σύστημα διαφοροποιημένων τιμών που καθιερώνει το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως ως εισάγον διακρίσεις, λόγω του προορισμού των οικείων φαρμάκων (σκέψη 174 ανωτέρω), δεν μπορεί, στο πλαίσιο της εξετάσεως στην οποία προέβη δυνάμει του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ, να ισχυριστεί, όπως έπραξε με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, ότι το ζήτημα αυτό δεν ασκεί επιρροή στο πλαίσιο της εξετάσεως που πρέπει να διεξάγεται δυνάμει του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ. Δεν μπορεί κατά μείζονα λόγο να υποστηρίξει ότι η GSK δεν το προέβαλε κατά τη διοικητική ή κατά την παρούσα διαδικασία. Αντιθέτως, η GSK, ισχυριζόμενη επανειλημμένως ότι σκοπεύει να εμποδίσει την εξαγωγή των τιμών που της επιβάλλονται στην Ισπανία προς το Ηνωμένο Βασίλειο, αφήνει ιδίως να εννοηθεί ότι επιθυμεί να καθιερώσει διαφοροποιημένες τιμές, προκειμένου να εξασφαλίσει ότι για όλες τις πωλήσεις που θα πραγματοποιήσει στο Ηνωμένο Βασίλειο θα επιβληθεί η τιμή που της επιτρέπει το εν λόγω κράτος μέλος και όχι η τιμή που της επιβάλλει το Βασίλειο της Ισπανίας.

— Επί της απώλειας κερδών λόγω του παράλληλου εμπορίου

269 Πρέπει να σημειωθεί ότι το συμπέρασμα ότι δεν αποδείχθηκε η απώλεια κερδών που προκαλεί το παράλληλο εμπόριο, καθόσον αλλοιώνει την ικανότητα καινοτομίας της GSK, στηρίζεται σε εξέταση, η οποία περιέχεται στις αιτιολογικές σκέψεις 155 έως 161 της προσβαλλομένης αποφάσεως, μη λαμβάνουσα υπόψη το σύνολο των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που λυσιτελώς προσκόμισε η GSK, σε αντίθεση προς τους ισχυρισμούς που προέβαλε η Επιτροπή με τα υπομνήματά της, και δεν τεκμηριώνεται με πειστικά στοιχεία. Ναι μεν η Επιτροπή δεν οφείλει προφανώς να εξετάζει το σύνολο των προβαλλομένων επιχειρημάτων, οφείλει όμως, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα στις σκέψεις 236 και 242 νομολογία, να εξετάζει επαρκώς όλα τα λυσιτελή επιχειρήματα και, εφόσον είναι αναγκαίο, να τα απορρίπτει με στοιχεία πρόσφορα να τεκμηριώσουν το συμπέρασμά της.

270 Σε γενικές γραμμές, από τα εν λόγω επιχειρήματα προέκυπτε ότι το πρόβλημα ανταγωνισμού που αντιμετώπιζε η GSK και η λύση που επιδίωξε να δώσει είχαν, κατά την άποψή της, ως εξής.

271 Πρώτον, ο τομέας των φαρμάκων χαρακτηρίζεται από τη σημασία του ανταγωνισμού που στηρίζεται στην καινοτομία. Η Ε & Α κοστίζει και έχει κίνδυνο από επιχειρηματικής απόψεως. Το κόστος της περιλαμβάνει ταυτόχρονα ένα σταθερό κόστος (που δεν συνδέεται με τον αριθμό των φαρμάκων που πωλούνται), ένα κοινό κόστος (προηγείται της παραγωγής και της διανομής και δεν συνδέεται με συγκεκριμένο φάρμακο) και ένα σφαιρικό κόστος (δεν συνδέεται με συγκεκριμένη χώρα). Η χρηματοδότησή τους γίνεται συνήθως με ίδια κεφάλαια παρά μέσω δανεισμού. Επομένως, απαιτεί μια βέλτιστη ροή εσόδων. Η βελτιστοποίηση των εσόδων μπορεί να εξασφαλιστεί μέσω της προσαρμογής της τιμής των φαρμάκων στις προτιμήσεις των τελικών καταναλωτών, εφόσον αυτές ποικίλλουν. Η διαφοροποίηση των τιμών επιτρέπει, κατ' αυτόν τον τρόπο, την ανάκτηση του κόστους της Ε & Α από τους τελικούς καταναλωτές που είναι πρόθυμοι να το καταβάλουν. Η εν λόγω πρακτική διαφοροποιημένων τιμών, η οποία παρουσιάστηκε εν προκειμένω με απλοποιημένη μορφή, είναι γνωστή στους οικονομολόγους ως «Ramsey Pricing» (τιμή Ramsey).

272 Δεύτερον, η εφαρμογή της πρακτικής αυτής στον τομέα των φαρμάκων χαρακτηρίζεται από ορισμένα ιδιαίτερα στοιχεία. Στην περίπτωση που τα φάρμακα προστατεύονται με δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, η τιμή τους μπορεί να διατηρηθεί, προς το ιδιαίτερο συμφέρον του παραγωγού, σε επίπεδο ανώτερο από το οριακό κόστος κατά τη διάρκεια ισχύος του διπλώματος. Ωστόσο, όταν τα ίδια αυτά φάρμακα καλύπτονται από τα εθνικά συστήματα υγειονομικής ασφάλισης, η τιμή τους πρέπει, άμεσα (έλεγχος των τιμών) ή έμμεσα (έλεγχος των κερδών), να διατηρηθεί, υπέρ του γενικού συμφέροντος, σε επίπεδο που να μην είναι κατά πολύ ανώτερο από το οριακό κόστος. Το μέγεθος της διαφοράς αυτής αντικατοπτρίζει την προτίμηση του τελικού καταναλωτή, ήτοι κυρίως του εθνικού συστήματος υγειονομικής ασφάλισης. Αν αυτό είναι σχετικά ευαίσθητο στην τιμή του φαρμάκου, η διαφορά θα είναι μάλλον περιορισμένη· αν δεν επηρεάζεται γενικώς από την τιμή αυτή, η διαφορά θα είναι σημαντική. Στην πράξη, αυτός ο βαθμός ευαισθησίας είναι συνάρτηση διαφόρων παραμέτρων, όπως το βιοτικό επίπεδο ή η κατάσταση των δημόσιων οικονομικών. Το ποσοστό του κόστους της Ε & Α που ανακτούν οι παρασκευαστές των φαρμάκων ποικίλλει, ως εκ τούτου, από το ένα κράτος μέλος σε άλλο, ανάλογα με τα έσοδα που μπορούν να αντληθούν με βάση τις ισχύουσες τιμές. Εν προκειμένω, η GSK θα μπορούσε, λαμβανομένης υπόψη της ισχύουσας ρυθμίσεως, να ανακτήσει στο Ηνωμένο Βασίλειο το σφαιρικό και κοινό κόστος της δικής της Ε & Α.

273 Τρίτον, το παράλληλο εμπόριο έχει ως συνέπεια τη μείωση των εσόδων αυτών κατά τρόπο αβέβαιο αλλά πραγματικό. Η πρακτική αυτή, η οποία είναι γνωστή στους οικονομολόγους ως «free riding» (ανέξοδη χρήση/παρασιτισμός) χαρακτηρίζεται από το γεγονός ότι ο μεσάζων παύει να έχει τον συνήθη ρόλο στην αλυσίδα του καθορισμού της αξίας και αρχίζει να ασχολείται με το αρμπιτράζ, με αποτέλεσμα να λαμβάνει σημαντικότερο μέρος του κέρδους. Η νομιμότητα αυτής της μεταφοράς κέρδους από τον παραγωγό στον μεσάζοντα δεν ενδιαφέρει, αυτή καθ' εαυτήν, το δίκαιο του ανταγωνισμού, το οποίο ενδιαφέρεται μόνο για τις συνέπειές της στο όφελος που αποκομίζει ο τελικός καταναλωτής. Στο μέτρο που ο μεσάζων συμμετέχει στον ανταγωνισμό μεταξύ προϊόντων του ιδίου εμπορικού σήματος, το παράλληλο εμπόριο μπορεί να έχει ευνοϊκό για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα. Εντούτοις, στον τομέα των φαρμάκων, η δραστηριότητα αυτή έχει ιδιαίτερη μορφή, καθότι δεν έχει σημαντική πρόσθετη αξία για τον τελικό καταναλωτή.

274 Τέταρτον, το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως επιδιώκει τη βελτιστοποίηση των εσόδων και την αντιστάθμιση του παράλληλου εμπορίου. Περιορίζει την προηγούμενη δυνατότητα των χονδρεμπόρων της GW να πωλούν, εκτός Ισπανίας, φάρμακα που είχαν αγοράσει με σταθερή τιμή προκειμένου αυτά να καλυφθούν

από το ισπανικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης. Επομένως, τους παρέχει τη δυνατότητα να πραγματοποιούν πωλήσεις σε άλλα κράτη μέλη με την καθορισμένη τιμή, προκειμένου αυτές να καλυφθούν από το αντίστοιχο εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης. Η διατήρηση του κέρδους του παραγωγού συνεπάγεται κατά πάσα πιθανότητα αύξηση των κερδών σε σύγκριση με την περίπτωση στην οποία μοιράζεται το κέρδος με τον μεσάζοντα, καθότι ο συνετός παραγωγός που μπορεί να εγγυηθεί την αποδοτικότητα των καινοτομιών του και που ενεργεί σε τομέα χαρακτηριζόμενο από έντονο ανταγωνισμό στηριζόμενο στην καινοτομία έχει κάθε συμφέρον να επανεπενδύσει, μέρος τουλάχιστον του πλεονάσματος του κέρδους του, στην καινοτομία.

275 Από τη δομή των αιτιολογικών σκέψεων 155 έως 161 της προσβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει ότι η Επιτροπή, αφού αναγνώρισε τη σημασία του ανταγωνισμού που στηρίζεται στην καινοτομία στον οικείο τομέα, παρέλειψε να προβεί σε αυστηρή εξέταση των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η GSK σχετικά με τη φύση των επενδύσεων στην Ε & Α, τα χαρακτηριστικά της χρηματοδοτήσεως της Ε & Α, την ικανότητα χρηματοδοτήσεως της Ε & Α, την επίδραση του παράλληλου εμπορίου επ' αυτής και την ισχύουσα κανονιστική ρύθμιση, για να περιοριστεί, όπως αναφέρει η αιτιολογική σκέψη 155 της προσβαλλομένης αποφάσεως, σε παρατηρήσεις αν μη τι άλλο αποσπασματικές και, όπως ορθώς παρατηρεί η GSK, όχι ιδιαιτέρως λυσιτελείς ή πειστικές.

276 Μια τέτοια παράλειψη είναι ιδιαιτέρως σοβαρή όταν η Επιτροπή καλείται να καθορίσει αν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, εντός νομικού και οικονομικού πλαισίου όπως αυτό που χαρακτηρίζει τον φαρμακευτικό τομέα, όπου η διαδικασία του ανταγωνισμού νοθεύεται λόγω της ύπαρξης κρατικών ρυθμίσεων. Συγκεκριμένα, η περίσταση αυτή επιβάλλει στην Επιτροπή την υποχρέωση να εξετάσει με ιδιαίτερη προσοχή τα επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προβάλλει το πρόσωπο που επικαλείται το άρθρο 81, παράγραφος 3, ΕΚ.

277 Συναφώς, η πρώτη περίοδος της αιτιολογικής σκέψης 157 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η οποία αφορά τους παράγοντες που επηρεάζουν τις σχετικές με την Ε & Α αποφάσεις, στηρίζεται σε μία από τις οικονομικές μελέτες που περιλαμβάνονται στη δικογραφία, αλλά την παρουσιάζει κατά τρόπο αποσπασματικό και όχι

πειστικό. Ασφαλώς, η μελέτη αυτή αναφέρει πράγματι ότι το παράλληλο εμπόριο δεν αποτελεί τον κύριο παράγοντα στον οποίο στηρίζονται οι σχετικές με την Ε & Α αποφάσεις. Εντούτοις, προσθέτει αμέσως ότι οι αποφάσεις αυτές λαμβάνονται, μεταξύ άλλων, ανάλογα με το γενικό ύψος των τρεχόντων κερδών και την προσδοκώμενη κερδοφορία των προϊόντων που βρίσκονται σε στάδιο ανάπτυξης, όπως επισημαίνεται εξάλλου με τη δεύτερη περίοδο της ίδιας αιτιολογικής σκέψης. Πρόκειται για παράγοντες σε σχέση με τους οποίους η GSK υποστηρίζει ότι το παράλληλο εμπόριο έχει αρνητικές συνέπειες, πράγμα που η Επιτροπή δέχεται με την τρίτη περίοδο της αιτιολογικής σκέψεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, η Επιτροπή όφειλε να εμβαθύνει την εξέτασή της ως προς το σημείο αυτό, λαμβανομένων υπόψη των προς τούτο προσκομισθέντων αποδεικτικών στοιχείων.

278 Η συνέχεια της αιτιολογικής σκέψης 157 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η οποία απλώς αναφέρει τις δυνατότητες της GSK να αντιμετωπίσει την απώλεια κερδών που ενδέχεται να προκαλέσει το παράλληλο εμπόριο, περικόπτοντας άλλες θέσεις του προϋπολογισμού ή χρησιμοποιώντας μέρος των ουσιαστικών κερδών της, δεν αποτελεί απάντηση στα επιχειρήματα κατά τα οποία η GSK έχει κάθε συμφέρον να επενδύσει στην Ε & Α λόγω του έντονου ανταγωνισμού μεταξύ σημάτων που στηρίζεται στην καινοτομία, αλλά βρίσκεται σε πλήρη αδυναμία να ανακτήσει τον καρπό της επενδύσεως αυτής, προκειμένου να επανεπενδύσει στην Ε & Α, λόγω του παράλληλου εμπορίου. Επιπλέον, δεν λαμβάνει υπόψη τα επιχειρήματα της GSK κατά τα οποία το μέγεθος των κερδών της είναι μετριασμένο, λόγω του τρόπου με τον οποίο γίνεται η λογιστική τους καταχώριση.

279 Κατόπιν τούτων, το ζήτημα του βαθμού συσχετισμού μεταξύ του παράλληλου εμπορίου και της Ε & Α έπρεπε να εξεταστεί αναλυτικότερα και δεν μπορούσε να ικανοποιηθεί με ένα λακωνικό συμπέρασμα, ήτοι ότι δεν αποδείχθηκε ότι υφίστατο αιτιώδης σχέση μεταξύ του παράλληλου εμπορίου (ή του περιορισμού του) και της Ε & Α, όπως αναφέρουν οι αιτιολογικές σκέψεις 151, 154, 155 και 159 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

280 Αφού η Επιτροπή εκμεταλλεύτηκε, στα υπομνήματά της, την αμφισημία του κειμένου της αιτιολογικής σκέψεως 169 της προσβαλλομένης αποφάσεως, για να εξηγήσει ότι η GSK δεν απέδειξε την ύπαρξη δεσμού μεταξύ του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως και της προσδοκώμενης αυξήσεως κερδών, αλλά την ύπαρξη άμεσου δεσμού μεταξύ των δύο αυτών στοιχείων, πρέπει να σημειωθεί ότι το επιχείρημα αυτό, το οποίο προβλήθηκε για τελευταία φορά κατά την επ'

ακροατηρίου συζήτηση, δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Συγκεκριμένα, η διάκριση αυτή δεν περιλαμβάνεται στις αιτιολογικές σκέψεις 155 έως 161 της προσβαλλομένης αποφάσεως, στις οποίες παραπέμπει η αιτιολογική σκέψη 169, καθότι αυτές καταλήγουν με βεβαιότητα στην απουσία δεσμού μεταξύ των γενικών όρων πωλήσεως και της συμβολής στην προώθηση της τεχνικής προόδου. Κατά τα λοιπά, η διάκριση αυτή δεν προβλέπεται στο άρθρο 81, παράγραφος 3, ΕΚ, το οποίο παρέχει τη δυνατότητα απαλλαγής των συμφωνιών που οδηγούν σε αύξηση κερδών χωρίς να προβλέπει διάκριση ανάλογα με το αν το αποτέλεσμα είναι άμεσο ή έμμεσο, και δεν μπορεί κατ' αρχήν να εισάγονται διακρίσεις όταν η Συνθήκη δεν το προβλέπει (προπαρατεθείσα στη σκέψη 110 απόφαση Consten και Grundig κατά Επιτροπής, σ. 463). Επομένως, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα στις σκέψεις 247 και 248 νομολογία, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κάθε πλεονέκτημα που ισοδυναμεί με αύξηση κερδών, υπό την προϋπόθεση ότι είναι αντικειμενικό και σημαντικό και η ύπαρξή του αποδεικνύεται με τρόπο πειστικό.

— Επί της εκτάσεως της απώλειας κερδών που συνδέεται με το παράλληλο εμπόριο

281 Πρέπει να σημειωθεί ότι το επικουρικό συμπέρασμα ότι, εν πάση περιπτώσει, δεν αποδείχθηκε ότι το παράλληλο εμπόριο προκαλεί σημαντική απώλεια κερδών, καθόσον αλλοιώνει την ικανότητα καινοτομίας της GSK, δεν τεκμηριώνεται πειστικά και ότι η εξέταση στην οποία στηρίζεται και η οποία εκτίθεται στις αιτιολογικές σκέψεις 159 και 162 έως 168 της προσβαλλομένης αποφάσεως δεν λαμβάνει υπόψη το σύνολο των στοιχείων που λυσιτελώς προβλήθηκαν επ' αυτού. Κατ' ουσίαν, από την εξέταση αυτή προκύπτει ότι η προβαλλόμενη από την GSK απώλεια κερδών είναι περιορισμένη, αφενός, από χρονικής απόψεως, καθότι δεν εξαρτάται τόσο από τις αποκλίσεις των τιμών που συνδέονται με την ύπαρξη διαφορετικών ρυθμίσεων στα κράτη μέλη της Κοινότητας, όπως αναφέρουν οι αιτιολογικές σκέψεις 162 και 163 της προσβαλλομένης αποφάσεως, όσο από τις διακυμάνσεις των συναλλαγματικών ισοτιμιών που συνέβησαν μεταξύ 1996 και 1998, όπως αναφέρουν οι αιτιολογικές σκέψεις 164 έως 166 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Προκύπτει επίσης ότι είναι περιορισμένη από ουσιαστικής απόψεως, όπως αναφέρουν οι αιτιολογικές σκέψεις 167 έως 169 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

282 Συναφώς, ανεξαρτήτως του ότι οι ισπανικές τιμές δεν είναι αισθητά κατώτερες από τον μέσο κοινοτικό όρο, όπως αναφέρεται στις αιτιολογικές σκέψεις 162 και 163 της προσβαλλομένης αποφάσεως, και ότι η σημασία αυτού του μέσου όρου είναι περιορισμένη στο μέτρο που οι εθνικές τιμές κινούνται σε διαφορετικά από διαρθρωτικής απόψεως επίπεδα, λόγω της ρυθμιστικής εξουσίας των κρατών μελών

στον τομέα αυτό, και επειδή δεν φαίνεται προφανώς ικανοποιητική, από οικονομικής απόψεως, η συλλογιστική που στηρίζεται σε έναν υποθετικό κοινοτικό μέσο όρο, πρέπει να σημειωθεί ότι η Επιτροπή κατέληξε τελικώς, χωρίς σοβαρή εξέταση, στον αποσπασματικό και περιορισμένο χαρακτήρα του παράλληλου εμπορίου μεταξύ Ισπανίας και Ηνωμένου Βασιλείου από το 1996 έως το 1998, με τις αιτιολογικές σκέψεις 164 και 165 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

283 Όπως προκύπτει από τα υπομνήματά της, η GSK δεν αρνείται ότι οι διακυμάνσεις των συναλλαγματικών ισοτιμιών, ιδίως οι κερδοσκοπικές κινήσεις σχετικά με τη λίρα στερλίνα (GBP) όταν πλησίαζε το τελικό στάδιο της ΟΝΕ, συνέβαλαν συγκυριακά στο παράλληλο εμπόριο των φαρμάκων που εμπορεύεται η GW στην Ισπανία, μεταξύ του 1996 και του 1998. Εντούτοις, υποστηρίζει ότι αυτή η συγκυρία, όσο σημαντική και αν ήταν, αποτελεί απλώς επιβαρυντικό παράγοντα, εφόσον το παράλληλο εμπόριο συνδέεται, ανεξάρτητα από τις συναλλαγματικές ισοτιμίες, με το γεγονός ότι η συνύπαρξη διαφορετικών εθνικών κανονιστικών ρυθμίσεων εκφράζεται με την επιβολή τιμών που ποικίλλουν από διαρθρωτικής απόψεως μεταξύ των κρατών μελών της Κοινότητας.

284 Η επιχειρηματολογία αυτή όμως είναι λυσιτελής και τα αποδεικτικά στοιχεία στα οποία στηρίζεται ενισχύονται τόσο από τα αποσπάσματα της ανακοινώσεως COM (1998) 588 τελικό που προαναφέρθηκαν στη σκέψη 264 όσο και από την ίδια την προσβαλλόμενη απόφαση. Συγκεκριμένα, οι αιτιολογικές της σκέψεις 31, 32 και 53 αναφέρουν ότι οι διακυμάνσεις των συναλλαγματικών ισοτιμιών, η επίδραση των οποίων επί του παράλληλου εμπορίου έχει, λόγω της φύσεώς τους, κυκλικό χαρακτήρα, συνιστούν απλώς ένα σημαντικό παράγοντα επιπλοκής ενός φαινομένου που εξηγείται λόγω της υπάρξεως, στα διάφορα κράτη μέλη της Κοινότητας, διαφορετικών τιμών για το ίδιο φάρμακο.

285 Ασφαλώς, αυτή καθ' εαυτήν η κατάσταση δεν εμποδίζει την Επιτροπή να θεωρήσει ότι το παράλληλο εμπόριο μεταξύ του Βασιλείου της Ισπανίας και του Ηνωμένου Βασιλείου από το 1996 έως το 1998 αποτελεί ιδιαίτερη περίπτωση που οφείλεται κυρίως στην υπερτίμηση της λίρας στερλίνας (GBP) σε σχέση με την ισπανική πεσέτα (ESP).

286 Ωστόσο, τα αριθμητικά στοιχεία που παραθέτει η Επιτροπή είναι πολύ διφορούμενα για να στηρίξουν το συμπέρασμα αυτό κατά τρόπο πειστικό. Σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση, η GBP αυξήθηκε κατά 30 % σε σχέση με την ESP μεταξύ του Οκτωβρίου του 1996 και του Απριλίου του 1998. Κατά την περίοδο αυτή, το τμήμα των παράλληλων εισαγωγών ισπανικής προελεύσεως επί του συνόλου των παράλληλων εισαγωγών που προορίζονταν για το Ηνωμένο Βασίλειο παρέμεινε σταθερό σε όγκο (περίπου 40 %), ενώ οι παράλληλες εισαγωγές αυξήθηκαν σε αξία (περίπου 20 εκατομμύρια GBP το 1996 και περίπου 42 εκατομμύρια GBP το 1998). Όπως ανέφερε η Επιτροπή, για τελευταία φορά με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, αυτό μαρτυρά το γεγονός ότι η υπερτίμηση της GBP προκάλεσε μια ροή παράλληλων εισαγωγών από άλλα κράτη μέλη. Ωστόσο, αυτό δείχνει επίσης ότι, πριν όπως και έπειτα από την υπερτίμηση της GBP, το μεγαλύτερο μέρος (περίπου 40 %) των παράλληλων εισαγωγών που προορίζονταν για το Ηνωμένο Βασίλειο προερχόταν από την Ισπανία, ενώ το υπόλοιπο κατανεμόταν μεταξύ των λοιπών κρατών μελών καταγωγής. Επομένως, δεν μπορεί να θεωρηθεί ως επαρκής απάντηση στο επιχείρημα της GSK ότι η υπερτίμηση της GBP ναι μεν αύξησε αναμφίβολα το μέγεθος του προβλήματος που προκάλεσε το ισπανικό παράλληλο εμπόριο, ουδόλως όμως αναιρεί τη διαρθρωτική φύση του προβλήματος.

287 Το επιχείρημα που προέβαλε η Επιτροπή με τις απαντήσεις της στις γραπτές ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, ότι η αύξηση του παράλληλου εμπορίου ισπανικής προελεύσεως κατά την περίοδο 1996-1998 εξηγείται λόγω της λήξεως, στις 6 Οκτωβρίου 1995, της μεταβατικής περιόδου που προβλέπουν τα άρθρα 47 και 209 της Πράξεως προσχωρήσεως του Βασιλείου της Ισπανίας, κατά τη διάρκεια της οποίας ο δικαιούχος διπλώματος ευρεσιτεχνίας μπορούσε να ασκήσει τα δικαιώματα που αντλούσε από το δίπλωμα αυτό για να αντιταχθεί στην εισαγωγή φαρμάκων που διετίθεντο στο εμπόριο στην Ισπανία από τον ίδιο ή με τη συγκατάθεσή του, δεν μεταβάλλει το ως άνω συμπέρασμα, στο μέτρο που δεν αφορά προφανώς την περίοδο που έπεται της περιόδου κοινοποιήσεως, στην οποία αναφέρεται η επιχειρηματολογία της GSK.

288 Τέλος, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 15, 18 και 55 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η GSK ανέφερε, κατά τη διοικητική διαδικασία, ότι, παρόλο που οι γενικοί όροι πωλήσεως εφαρμόζονται σε 82 φάρμακα, το παράλληλο εμπόριο αφορούσε κυρίως οκτώ από αυτά. Επιπλέον, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 22 και 35 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η GSK υποστήριξε επίσης ότι οι εν λόγω γενικοί όροι πωλήσεως, μολονότι εφαρμόζονται ανεξαρτήτως του τελικού προορισμού των επίδικων φαρμάκων, αφορούσαν κυρίως το παράλληλο εμπόριο μεταξύ Ισπανίας και Ηνωμένου Βασιλείου. Ως εκ τούτου, προσκόμισε στην Επιτροπή κυρίως, αν και όχι μόνο, αριθμητικά στοιχεία που αφορούσαν, πρώτον, τις

διαφοροποιήσεις των τιμών μεταξύ Ισπανίας και Ηνωμένου Βασιλείου, δεύτερον, το παράλληλο εμπόριο των φαρμάκων Becloforte, Beconase, Becotide, Flixotide, Imigran, Lamictal, Serevent και Ventolín μεταξύ Ισπανίας και Ηνωμένου Βασιλείου, για την περίοδο 1996-1998 και, τρίτον, την επίδραση που θεωρούσε ότι είχε το παράλληλο εμπόριο για τα έσοδά της και για τον προϋπολογισμό της σχετικά με την E & A. Τα εν λόγω αριθμητικά στοιχεία παρατίθενται στις αιτιολογικές σκέψεις 55, 59 έως 67, 70, 83, 92, 98 και 99 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

289 Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 70 και 71 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η GSK διευκρίνισε ότι το παράλληλο εμπόριο πραγματοποιούνταν εκτός των επισήμως ελεγχόμενων διαύλων διανομής και πρόσθεσε ότι τα αριθμητικά στοιχεία που προσκόμισε στην Επιτροπή αποτελούσαν εκτιμήσεις, ενδεχομένως μη αξιόπιστες, αλλά που ήταν αδύνατο να διασαφιστούν. Οι εν λόγω ισχυρισμοί, οι οποίοι επαναλήφθηκαν με το υπόμνημα απαντήσεως, δεν αμφισβητήθηκαν.

290 Ορθώς η GSK υποστηρίζει ότι τα εν λόγω αριθμητικά στοιχεία, εκτός του ότι δεν είναι παράλογα, δεν έπρεπε να θεωρηθούν ως δείγμα που μαρτυρά συγκεκριμένη και περιορισμένη απώλεια κερδών, αλλά γενικότερη απώλεια που έχει την τάση να συνεχιστεί.

291 Όσον αφορά την πρώτη πτυχή, πρέπει να υπομνησθεί ότι η Επιτροπή, όταν εξέτασε αν το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως είχε αρνητικές συνέπειες, μολονότι δέχθηκε να επικεντρωθεί στα οκτώ φάρμακα τα οποία αφορά κυρίως το παράλληλο εμπόριο μεταξύ Ισπανίας και Ηνωμένου Βασιλείου, όπως ανέφερε στις αιτιολογικές σκέψεις 18, 56, 57 και 69 της προσβαλλομένης αποφάσεως, έλαβε επίσης υπόψη το αποτέλεσμα δικτύου που συνδέεται με το παράλληλο εμπόριο άλλων φαρμάκων μεταξύ της Ισπανίας και άλλων κρατών μελών, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 72 έως 75, 117, 126, 140 και 144 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Αυτό ακριβώς το αποτέλεσμα δικτύου κατέστησε σημαντικό έναν περιορισμό του ανταγωνισμού που θα ήταν αμελητέος στην κλίμακα μόνον του Ηνωμένου Βασιλείου, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 133 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Η Επιτροπή όμως ουδόλως εξηγεί τον λόγο για τον οποίο ακολούθησε διαφορετική προσέγγιση στο πλαίσιο της εξετάσεως που αφορά το ζήτημα αν το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως μπορεί να έχει πλεονεκτήματα και

επικεντρώθηκε αποκλειστικά στα αριθμητικά στοιχεία που της προσκόμισε η GSK, λαμβανομένης υπόψη της δυσχέρειας που υφίσταται για τον προσδιορισμό του παράλληλου εμπορίου και του ότι δέχθηκε να θεωρήσει ως δείγμα τα αριθμητικά στοιχεία που της προσκόμισε η GSK.

292 Όσον αφορά τη δεύτερη πτυχή, πρέπει να σημειωθεί ότι το παράλληλο εμπόριο είναι φαινόμενο που μπορεί να παραταθεί πέραν της βραχείας περιόδου την οποία εξέτασε η Επιτροπή, όχι μόνο λόγω του διαρκούς χαρακτήρα των αποκλίσεων των τιμών που το επιτρέπουν, αλλά και λόγω του κυκλικού χαρακτήρα των διακυμάνσεων των συναλλαγματικών ισοτιμιών, εφόσον αυτές εξακολουθούν να υπάρχουν. Η Επιτροπή το αναγνωρίζει με την προπαρατεθείσα στη σκέψη 135 ανακοίνωση COM(1998) 588 τελικό. Αναγνωρίζει, επίσης, με το υπόμνημά της αντικρούσεως, ότι οι διακυμάνσεις των συναλλαγματικών ισοτιμιών εξακολουθούν να υπάρχουν για τα κράτη μέλη που δεν μετέβησαν στο τρίτο στάδιο της ΟΝΕ το 1999, στα οποία καταλέγεται και το Ηνωμένο Βασίλειο.

293 Συναφώς, το δείγμα των αριθμητικών στοιχείων που προσκόμισε η GSK δείχνει την ύπαρξη μιας συγκεκριμένης τάσης. Το γεγονός ότι η Επιτροπή διερωτάται, με την αιτιολογική σκέψη 168 της προσβαλλομένης αποφάσεως, αν τα αριθμητικά στοιχεία που προσκόμισε η GSK σχετικά με τις απώλειες ακαθάριστων εσόδων το 1998 είναι ενδεχομένως υπερεκτιμημένα, δεν θέτει υπό αμφισβήτηση το συμπέρασμα αυτό. Συγκεκριμένα, τα αριθμητικά στοιχεία που προσκομίστηκαν σχετικά στις 14 Δεκεμβρίου 1998 και στις 14 Φεβρουαρίου 2000 παραμένουν μεγαλύτερα από αυτά των δύο προηγούμενων ετών, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 67 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Επιπλέον, ήταν επαρκώς πειστική ώστε να αξίζει σοβαρή εξέταση η εξήγηση της GSK ότι τα προηγούμενα αριθμητικά στοιχεία που προσκομίστηκαν στις 28 Ιουλίου 1998 αποτελούσαν απλώς εκτιμήσεις, ενώ αυτά που προσκομίστηκαν τον Δεκέμβριο του 1998 και τον Φεβρουάριο του 2000 ήταν πραγματικά και οφειλόταν στο γεγονός ότι οι γενικοί όροι πωλήσεως είχαν εφαρμοστεί μεταξύ της άνοιξης και του φθινοπώρου του 1998, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 19, 23, 26, 64, 67 και 168 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

— Επί της αυξήσεως των κερδών που συνδέεται με το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως

294 Πρέπει να σημειωθεί ότι, όπως ορθώς υποστηρίζει η GSK, η Επιτροπή δεν προέβη σε καμία σοβαρή εξέταση των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων της και των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων, που αφορούσαν όχι τα μειονεκτήματα του παράλληλου εμπορίου, αλλά τα πλεονεκτήματα του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως.

295 Λαμβανομένης υπόψη της δομής των επιχειρημάτων της GSK, αφενός, και της συζητήσεως που διεξάχθηκε επ' αυτού κατά τη διοικητική διαδικασία, αφετέρου, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν μπορούσε να μην εξετάσει, αρχικώς, αν το παράλληλο εμπόριο προκαλεί απώλεια κερδών για τη φαρμακευτική βιομηχανία γενικώς και για την GSK ειδικώς. Συγκεκριμένα, μόνον αν δεν υπήρχε καμία αμφισβήτηση για το ζήτημα αυτό, μπορούσε η Επιτροπή βασίμως να παραλείψει την εξέταση αυτή (βλ., κατ' αναλογία, προπαρατεθείσα στη σκέψη 248 απόφαση Compagnie générale maritime κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 345).

296 Εντούτοις, από τη σύγκριση των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η GSK και από τα άλλα αποδεικτικά στοιχεία που επικαλέστηκε η Επιτροπή με την προσβαλλόμενη απόφαση προέκυψε σαφώς ότι, στον τομέα των φαρμάκων, οι συνέπειες του παράλληλου εμπορίου επί του ανταγωνισμού είναι αμφίβολες, στο μέτρο που η αύξηση των κερδών που ενδέχεται να προκύψει για τον ανταγωνισμό μεταξύ προϊόντων του ίδιου σήματος, ο ρόλος του οποίου περιορίζεται από το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, πρέπει να σχετιστεί με την απώλεια κερδών που ενδέχεται να προκύψει για τον ανταγωνισμό μεταξύ σημάτων, ο ρόλος του οποίου είναι κεντρικός.

297 Υπό τις συνθήκες αυτές, η Επιτροπή όφειλε να εξετάσει, στη συνέχεια, αν το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως μπορούσε να καταστήσει δυνατή την αποκατάσταση της ικανότητας καινοτομίας της GSK και να συνεπάγεται, λόγω αυτού, αύξηση κερδών για τον ανταγωνισμό μεταξύ σημάτων.

298 Αυτό ήταν εξάλλου το κεντρικό σημείο της αναλύσεως της προοπτικής εξέλιξης στην οποία η Επιτροπή όφειλε να προβεί για να απαντήσει στην αίτηση απαλλαγής της GSK. Πράγματι, κατά την πάγια νομολογία που παρατέθηκε στη σκέψη 247 ανωτέρω, πρέπει να διαπιστώνεται αν η συμφωνία που απαγορεύεται λόγω του μειονεκτήματος που συνεπάγεται για τον ανταγωνισμό (άρθρο 81, παράγραφος 1, ΕΚ) παρουσιάζει πλεονέκτημα ικανό να το αντισταθμίσει (άρθρο 81, παράγραφος 3, ΕΚ).

299 Επομένως, εξακολουθεί να εναπόκειται στην Επιτροπή να εξετάσει τα επιχειρήματα της GSK σχετικά με τα προσδοκώμενα από το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως πλεονεκτήματα. Συναφώς, η αιτιολογική σκέψη 156 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η οποία είναι η μοναδική αιτιολογική σκέψη που μαρτυρά μια τέτοιου είδους εξέταση, αναφέρει κυρίως τα εξής:

«Οι φαρμακευτικές εταιρείες έχουν την ευχέρεια να αποφασίσουν το ύψος των επενδύσεων που θα πραγματοποιήσουν για την Ε&Α. Συνεπώς, τα τυχόν επιπλέον έσοδα που θα αποκόμιζαν [θεωρητικά] από την παρεμπόδιση του παράλληλου εμπορίου δεν θα οδηγούσαν κατ' ανάγκη στην αύξηση των επενδύσεων στον τομέα της Ε&Α. Τα έσοδα αυτά θα μπορούσαν να προστεθούν απλώς στα κέρδη των εταιρειών. Είναι φανερό ότι η αύξηση των εσόδων δεν μπορεί να δικαιολογήσει τη χορήγηση απαλλαγής. Σημειώνεται σχετικά ότι το επιχείρημα της [GSK] θα συνεπαγόταν ότι η πρώτη προϋπόθεση [εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ] θα πληρούτο για κάθε συμφωνία η οποία θα συνέβαλλε στην αύξηση των εσόδων μιας επιχείρησης που ασκεί δραστηριότητες Ε&Α. Σε κάθε περίπτωση η προϋπόθεση θα στερείτο νοήματος [...]»

300 Η GSK όμως δεν ισχυρίστηκε ότι η αποκόμιση πρόσθετων κερδών αρκούσε αφ' εαυτής για να δικαιολογήσει την απαλλαγή. Αντιθέτως, υποστήριξε ότι το παράλληλο εμπόριο την εμπόδιζε να αποκομίσει τα αναγκαία για τη βέλτιστη χρηματοδότηση της Ε & Α κέρδη, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως της παρείχε τη δυνατότητα αυξήσεως των κερδών της και ότι είχε κάθε όφελος, λαμβανομένης υπόψη της εντάσεως του ανταγωνισμού μεταξύ σημάτων, του κεντρικού ρόλου της καινοτομίας για τον ανταγωνισμό αυτό και των τρόπων χρηματοδοτήσεως της Ε & Α, να επενδύσει μέρος του πλεονάσματος αυτού στην Ε & Α για να ξεπεράσει τους ανταγωνιστές της ή για να μην αφήσει να την ξεπεράσουν εκείνοι. Άλλως ειπείν, ισχυρίστηκε ότι έπρεπε να χορηγηθεί απαλλαγή για τους γενικούς όρους πωλήσεως που επέβαλε, καθότι αυτοί δεν θα είχαν απλώς ως άμεσο αποτέλεσμα την αύξηση των εσόδων της, αλλά κυρίως ως παράγωγο αποτέλεσμα την αύξηση της ικανότητάς της καινοτομίας. Περαιτέρω, υποστήριξε ότι το πλεονέκτημα αυτό έπρεπε να συγκριθεί με το γεγονός ότι, όταν το εν λόγω πλεόνασμα προέρχεται από τους παράλληλους εμπόρους, τούτο δεν αποτελεί πλεονέκτημα, καθότι οι παράλληλοι έμποροι, δεδομένου ότι δεν επιδίδονται σε πραγματικό ανταγωνισμό μεταξύ τους, μειώνουν αποκλειστικά τις τιμές στο μέτρο που είναι αναγκαίο για να ελκύσουν τους λιανοπωλητές και κρατούν, ως εκ τούτου, το μεγαλύτερο μέρος του πλεονάσματος αυτού για τον εαυτό τους, όπως ισχυρίστηκε επίσης κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

301 Η Επιτροπή δεν μπορούσε να περιοριστεί να απορρίψει εκ προοιμίου τα επιχειρήματα αυτά όπως έπραξε με την αιτιολογική σκέψη 156 της προσβαλλομένης αποφάσεως, με το σκεπτικό ότι το πλεονέκτημα που περιγράφει η GSK δεν ήταν βέβαιο, αλλά όφειλε, κατά τη νομολογία, να εξετάσει με όσο το δυνατόν μεγαλύτερη ακρίβεια, στο πλαίσιο της αναλύσεως των προοπτικών εξελίξεως, αν, υπό τις συνθήκες της υπό κρίση υποθέσεως και βάσει των αποδεικτικών στοιχείων που της προσκομίστηκαν, ήταν πιθανότερο να υλοποιηθούν τα περιγραφέντα από την GSK πλεονεκτήματα ή όχι (προπαρατεθείσα στη σκέψη 248 απόφαση Compagnie générale maritime κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 365). Δεν μπορούσε να θεωρήσει, κατά τρόπο κατηγορηματικό και μη τεκμηριωμένο, ότι τα αντλούμενα από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρήματα και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η GSK ήταν υποθετικά, όπως υποστήριξε τελικά κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

302 Κατά τα λοιπά, η Επιτροπή, ερωτηθείσα επ' αυτού κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, δέχθηκε επανειλημμένως ότι η συλλογιστική πρέπει να λαμβάνει υπόψη τις πιθανότητες, προσθέτοντας ότι τούτο πρέπει να τηρείται αυστηρά και ισχυριζόμενη κατ' ουσίαν ότι, εν προκειμένω, λαμβανομένων υπόψη των προσκομισθέντων αποδεικτικών στοιχείων, και ειδικότερα των αριθμητικών στοιχείων που συγκέντρωσε η GSK, ήταν πιθανότερο το προβαλλόμενο πλεονέκτημα να μην υλοποιηθεί. Εντούτοις, δεν είναι αυτή η συλλογιστική της προσβαλλομένης αποφάσεως.

303 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει από ελλιπή εξέταση, καθότι η Επιτροπή δεν έλαβε υπόψη το σύνολο των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων που λυσιτελώς προσκόμισε η GSK, απέρριψε ορισμένα από τα επιχειρήματα αυτά χωρίς προηγούμενη εξέταση, μολονότι αυτά ήταν επαρκώς λυσιτελή και τεκμηριωμένα για να χρήζουν απαντήσεως, και δεν τεκμηρίωσε επαρκώς κατά νόμο το συμπέρασμά της ότι δεν αποδείχθηκε, αφενός, ότι το παράλληλο εμπόριο ήταν ικανό να προκαλέσει απώλεια κερδών, αλλοιώνοντας αισθητά την ικανότητα καινοτομίας της GSK και, αφετέρου, ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως μπορούσε να οδηγήσει σε αύξηση των κερδών βελτιώνοντας την ικανότητα αυτή.

Επί της σταθμίσεως μειονεκτημάτων και πλεονεκτημάτων

304 Η Επιτροπή, αφού ολοκλήρωσε την εξέταση των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η

GSK, κρίνοντας ότι δεν αποδείκνυαν την ύπαρξη αισθητού αντικειμενικού πλεονεκτήματος, δεν προέβη στην περίπλοκη εκτίμηση (βλ. σκέψη 241 ανωτέρω) που θα συνεπαγόταν η στάθμιση του πλεονεκτήματος αυτού, αφενός, και του μειονεκτήματος για τον ανταγωνισμό που εντοπίζεται στο τμήμα της προσβαλλομένης αποφάσεως που συνιστά εφαρμογή του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ, αφετέρου, όπως τόνισε επανειλημμένως κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

305 Συγκεκριμένα, έκρινε, με την αιτιολογική σκέψη 151 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι η GSK δεν απέδειξε ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως συνεπάγεται πλεονεκτήματα και, με την αιτιολογική σκέψη 152 της προσβαλλομένης αποφάσεως, ότι, υπό αυτές τις συνθήκες, καμία στάθμιση δεν ήταν αναγκαία, προσθέτοντας ότι, εν πάση περιπτώσει, ακόμη και αν όφειλε να προβεί σε μια τέτοια στάθμιση, τα μειονεκτήματα της διατάξεως αυτής ήταν σαφώς περισσότερα από τα πλεονεκτήματά της.

306 Όπως προκύπτει από τα προεκτεθέντα, το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι δεν αποδείχθηκε η ύπαρξη αισθητού οικονομικού πλεονεκτήματος πάσχει από ελλιπή εξέταση (σκέψη 303 ανωτέρω). Το συμπέρασμα ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως περιορίζει τον ανταγωνισμό δεν είναι βάσιμο, παρά μόνο στο μέτρο που θεωρεί ότι η διάταξη αυτή έχει ως αποτέλεσμα να στερεί τους τελικούς καταναλωτές των φαρμάκων που καλύπτει ένα εθνικό σύστημα υγειονομικής ασφάλισης από το πλεονέκτημα που θα αντλούσαν, όσον αφορά τις τιμές και το κόστος, από τη συμμετοχή των Ισπανών χονδρεμπόρων στον ανταγωνισμό μεταξύ προϊόντων του ίδιου σήματος εντός των αγορών για τις οποίες προορίζεται το παράλληλο εμπόριο που προέρχεται από την Ισπανία (σκέψεις 147, 190 και 194 ανωτέρω).

307 Επομένως, το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι παρέλκει η στάθμιση, η οποία θα αποδείκνυε εν πάση περιπτώσει ότι το πλεονέκτημα που συνδέεται με το άρθρο 4 δεν αντισταθμίζει το μειονέκτημα που συνεπάγεται για τον ανταγωνισμό, δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Η Επιτροπή όφειλε να προβεί αρχικώς σε επαρκή εξέταση των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η GSK, προκειμένου να είναι σε θέση να πραγματοποιήσει στη συνέχεια την περίπλοκη εκτίμηση που απαιτούσε η στάθμιση του μειονεκτήματος και του πλεονεκτήματος που συνδέονται με το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως.

Συμπέρασμα

308 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι η Επιτροπή δεν μπορούσε νομίμως να συμπεράνει ότι, όσον αφορά τη συμβολή στην προώθηση της τεχνικής προόδου, η GSK δεν απέδειξε ότι πληρούνταν η πρώτη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ. Υπό τις συνθήκες αυτές, παρέλκει η εξέταση των επιχειρημάτων της GSK που αφορούν τη συμβολή στη βελτίωση της διανομής των φαρμάκων.

Επί της αποδείξεως της υπάρξεως συνεπειών για τον καταναλωτή, του αναγκαίου χαρακτήρα του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως και της απουσίας καταργήσεως του ανταγωνισμού

309 Όπως αναφέρθηκε προηγουμένως (σκέψεις 237 έως 239 ανωτέρω), από την προσβαλλόμενη απόφαση και από τη δικογραφία προκύπτει ότι τα συνοπτικά συμπεράσματα στα οποία κατέληξε η Επιτροπή σχετικά με την ύπαρξη συνεπειών για τον καταναλωτή, τον αναγκαίο χαρακτήρα του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως και την απουσία καταργήσεως του ανταγωνισμού στηρίζονται στο συμπέρασμα που αφορά την επίτευξη αυξήσεως των κερδών.

310 Στο μέτρο που το τελευταίο αυτό συμπέρασμα δεν ισχύει, καθόσον αφορά τη συμβολή στην προώθηση της τεχνικής προόδου, τα ως άνω συμπεράσματα είναι ανίσχυρα.

311 Εφόσον η Επιτροπή, κατά την εξέταση του ζητήματος αν το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως καταργεί ή όχι τον ανταγωνισμό επί σημαντικού τμήματος των προϊόντων, πρόσθεσε, με την αιτιολογική σκέψη 188 της προσβαλλομένης

αποφάσεως, ότι, εν πάση περιπτώσει, για αρκετά από τα κύρια προϊόντα που επηρεάζουν οι γενικοί όροι πωλήσεως που επέβαλε, η GSK κατείχε σημαντικά μερίδια της αγοράς (για παράδειγμα για το Zofran, το Flixonase, το Zovirax, το Imigran) σε ένα ή περισσότερα κράτη μέλη, πρέπει να ελεγχθεί η εκτίμηση αυτή.

312 Συναφώς, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Επιτροπή αναγνώρισε ότι δεν είχε πράγματι επιλύσει το ζήτημα του μεριδίου της αγοράς που κατείχε η GSK και πρόσθεσε ότι ήταν αναγκαία η συνέχιση της αναλύσεως για να αποφασίσει επ' αυτού.

313 Πράγματι, λαμβανομένου υπόψη του νομικού και οικονομικού πλαισίου που χαρακτηρίζει τον υπό εξέταση τομέα και της κατοχής σημαντικών μεριδίων της αγοράς, η οποία περιορίζεται εξάλλου σε ορισμένα από τα επίδικα προϊόντα, η Επιτροπή, προβάλλοντας απλώς τέσσερα παραδείγματα, δεν οδηγεί σε ασφαλές συμπέρασμα ως προς την κατάργηση του ανταγωνισμού επί σημαντικού τμήματος των επίδικων προϊόντων.

314 Συγκεκριμένα, ανεξάρτητα από το ζήτημα του καθορισμού της αγοράς των οικείων προϊόντων, επί του οποίου συζήτησαν οι διάδικοι, πολλά στοιχεία που επικαλέστηκε η GSK κατά τη διοικητική διαδικασία και στη συνέχεια με τα υπομνήματά της ενδέχεται να επηρεάσουν τον αυτοματισμό του συμπεράσματος αυτού.

315 Ειδικότερα, το επιχείρημα της GSK στο οποίο αναφέρεται η αιτιολογική σκέψη 188 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η οποία παραπέμπει στην αιτιολογική σκέψη 104 της προσβαλλομένης αποφάσεως, δεν στερείται λυσιτέλειας σε τέτοιο βαθμό ώστε να μπορεί η Επιτροπή να παραλείψει να προβεί σε ειδική εκτίμηση ως προς την τέταρτη προϋπόθεση εφαρμογής του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ. Συγκεκριμένα, το γεγονός ότι το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως εμποδίζει την περιορισμένη πίεση που θα μπορούσε να υπάρξει, λόγω του παράλληλου εμπορίου ισπανικής προελεύσεως, όσον αφορά τις τιμές και το κόστος των φαρμάκων στις γεωγραφικές αγορές για τις οποίες προορίζονται, πρέπει να αξιολογηθεί σε σχέση με τα

πραγματικά περιστατικά, τα οποία προέβαλε η GSK και δεν αμφισβήτησε η Επιτροπή, ήτοι ότι ο ανταγωνισμός που στηρίζεται στην καινοτομία είναι πολύ έντονος στον οικείο τομέα και ότι ο ανταγωνισμός που στηρίζεται στις τιμές υφίσταται υπό άλλη μορφή, μολονότι δεν μπορεί να εκδηλωθεί, σύμφωνα με τον νόμο, παρά μόνον αφού η λήξη ισχύος του διπλώματος ευρεσιτεχνίας επιτρέψει την είσοδο στην αγορά των παρασκευαστών φαρμάκων κοινόχρηστης ονομασίας. Υπό τις συνθήκες αυτές, έπρεπε επίσης, σύμφωνα με την προπαρατεθείσα στη σκέψη 109 νομολογία, να εξακριβωθεί σε ποια μορφή ανταγωνισμού έπρεπε να δοθεί προτεραιότητα προκειμένου να εξασφαλιστεί η διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού, όπως επιδιώκει το άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο ζ', ΕΚ και το άρθρο 81 ΕΚ.

4. Συμπέρασμα

316 Από τα προεκτεθέντα προκύπτει ότι πρέπει να γίνει δεκτός ο λόγος ακυρώσεως που αντλείται από παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ και, κατά συνέπεια, ότι πρέπει να γίνουν δεκτά τα αιτήματα της GSK, στο μέτρο που αφορούν την ακύρωση του άρθρου 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως, χωρίς να χρειάζεται να εξεταστεί ο λόγος ακυρώσεως που αντλείται από παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

317 Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί, στο μέτρο που απορρίπτει, με το άρθρο της 2, την αίτηση απαλλαγής που υπέβαλε η GSK.

318 Δεδομένου ότι δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο οι διατάξεις του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ να μην έχουν εφαρμογή για το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως της GSK, δυνάμει του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ, πρέπει, κατ' επέκταση, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, στο μέτρο που διατάσσει την GSK, με το άρθρο της 3, να θέσει αμέσως τέρμα στην παράβαση αυτή αν δεν το έχει ήδη πράξει και, με το άρθρο της 4, να γνωστοποιήσει στην Επιτροπή τα μέτρα που θα λάβει για τον σκοπό αυτό.

319 Σύμφωνα με το άρθρο 233, πρώτο εδάφιο, ΕΚ, η Επιτροπή οφείλει να λάβει τα μέτρα που συνεπάγεται η εκτέλεση της παρούσας αποφάσεως.

320 Προς τούτο, μολονότι η προβλεπόμενη από τον κανονισμό 17 διαδικασία κοινοποιήσεως δεν υφίσταται πλέον στο πλαίσιο του κανονισμού (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης (ΕΕ 2003, L 1, σ. 1), η Επιτροπή οφείλει, δεδομένης της μερικής ακυρώσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως και του αναδρομικού αποτέλεσματός της, να αποφανθεί επί της αιτήσεως χορηγήσεως απαλλαγής που υπέβαλε η GSK, αναγόμενης στον χρόνο υποβολής της [βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση του Πρωτοδικείου της 2ας Μαΐου 2006, Τ-328/03, O2 (Γερμανία) κατά Επιτροπής, Συλλογή 2006, σ. II-1231, σκέψεις 47 και 48], καθό μέρος δεν τη θίγει η ακυρωτική απόφαση.

Επί των δικαστικών εξόδων

321 Το άρθρο 87, παράγραφος 2, πρώτο εδάφιο, του Κανονισμού Διαδικασίας ορίζει ότι ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα δικαστικά έξοδα, εφόσον υπάρχει σχετικό αίτημα του αντιδίκου.

322 Το άρθρο 87, παράγραφος 3, πρώτο εδάφιο, του Κανονισμού Διαδικασίας προβλέπει, μεταξύ άλλων, ότι το Πρωτοδικείο μπορεί να κατανείμει τα έξοδα ή να αποφασίσει ότι κάθε διάδικος θα φέρει τα δικαστικά του έξοδα σε περίπτωση μερικής ήττας των διαδίκων.

323 Εν προκειμένω, η GSK ηττήθηκε ως προς τα αιτήματα που αφορούσαν την ακύρωση του άρθρου 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως. Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τις παρεμβαίνουσες, ηττήθηκε όσον αφορά τα αιτήματα που απέβλεπαν στην απόρριψη της προσφυγής στο σύνολό της.

324 Υπό τις συνθήκες αυτές, τα δικαστικά έξοδα πρέπει να κατανεμηθούν. Η GSK θα φέρει το ήμισυ των δικαστικών της εξόδων και το ήμισυ των εξόδων της Επιτροπής, περιλαμβανομένων των εξόδων των παρεμβάσεων. Η Επιτροπή θα φέρει το ήμισυ των δικαστικών της εξόδων και το ήμισυ των εξόδων της GSK, περιλαμβανομένων των εξόδων των παρεμβάσεων. Οι παρεμβαίνουσες θα φέρουν τα δικαστικά τους έξοδα.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ (τέταρτο πενταμελές τμήμα)

αποφασίζει:

1) **Ακυρώνει τα άρθρα 2, 3 και 4 της αποφάσεως 2001/791/ΕΚ της Επιτροπής, της 8ης Μαΐου 2001, σχετικά με διαδικασία βάσει του άρθρου 81 της Συνθήκης ΕΚ [Υποθέσεις: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (κοινοποίηση), IV/36.997/F3 — Aseprofar και Fedifar (καταγγελία), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (καταγγελία), IV/37.138/F3 — BAI (καταγγελία), και IV/37.380/F3 — EAEPC (καταγγελία)].**

2) **Απορρίπτει την προσφυγή κατά τα λοιπά.**

3) **Η GlaxoSmithKline Services Unlimited φέρει το ήμισυ των δικαστικών της εξόδων και το ήμισυ των εξόδων της Επιτροπής, περιλαμβανομένων των εξόδων των παρεμβάσεων.**

4) **Η Επιτροπή φέρει το ήμισυ των δικαστικών της εξόδων και το ήμισυ των εξόδων της GlaxoSmithKline Services, περιλαμβανομένων των εξόδων των παρεμβάσεων.**

5) **Η Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), η Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, η European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) και η Spain Pharma, SA, φέρουν τα δικαστικά τους έξοδα.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 27 Σεπτεμβρίου 2006.

Ο Γραμματέας

E. Coulon

Ο Πρόεδρος

H. Legal

Πίνακας περιεχομένων

Νομικό πλαίσιο και πραγματικά περιστατικά ..... II - 2984

Κοινοτικό δίκαιο ..... II - 2984

Ισπανικό δίκαιο ..... II - 2985

Ιστορικό της διαφοράς ..... II - 2986

Διαδικασία ..... II - 2990

Αιτήματα των διαδίκων ..... II - 2993

Σκεπτικό ..... II - 2995

I — Επί των λόγων ακυρώσεως που αποβλέπουν στην ακύρωση του άρθρου 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως ..... II - 2996

A — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από ανεπαρκή αιτιολογία .. II - 2996

1. Επιχειρήματα των διαδίκων ..... II - 2996

2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου ..... II - 2997

B — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 1, ΕΚ ..... II - 2998

1. Προκαταρκτικές εκτιμήσεις ..... II - 2998

2. Επί της υπάρξεως συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων ..... II - 3000

α) Περιεχόμενο της προσβαλλομένης αποφάσεως ..... II - 3000

β) Επιχειρήματα των διαδίκων ..... II - 3000

γ) Εκτίμηση του Πρωτοδικείου ..... II - 3001

Επί της υπάρξεως ανεξάρτητων βουλήσεων ..... II - 3001

Επί της υπάρξεως συμπτώσεως βουλήσεων ..... II - 3003

3. Επί της υπάρξεως περιορισμού του ανταγωνισμού ..... II - 3007

α) Περιεχόμενο της προσβαλλομένης αποφάσεως ..... II - 3007

β) Επιχειρήματα των διαδίκων ..... II - 3009

γ) Εκτίμηση του Πρωτοδικείου ..... II - 3010

Επί της καταστάσεως που επικρατούσε στον ανταγωνισμό πριν από τη θέσπιση του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως ..... II - 3010

Επί του περιορισμού του ανταγωνισμού που οφείλεται στο άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως ..... II - 3012

— Επί της υπάρξεως αντικειμένου αντίθετου προς τον ανταγωνισμό ..... II - 3013

— Επί της υπάρξεως αποτελέσματος αντίθετου προς τον ανταγωνισμό ..... II - 3023

4. Συμπέρασμα ..... II - 3036

Γ — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από κατάχρηση εξουσίας, παραβίαση της αρχής της επικουρικότητας και παράβαση του άρθρου 43 ΕΚ ..... II - 3037

1. Επιχειρήματα των διαδίκων ..... II - 3037

2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου ..... II - 3037

II — Επί των λόγων ακυρώσεως που αφορούν την ακύρωση του άρθρου 2 της προσβαλλομένης αποφάσεως ..... II - 3040

Α — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από την έλλειψη επαρκούς αιτιολογίας ..... II - 3040

1. Επιχειρήματα των διαδίκων ..... II - 3040

2. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου ..... II - 3041

Β — Επί του λόγου ακυρώσεως που αντλείται από παράβαση του άρθρου 81, παράγραφος 3, ΕΚ ..... II - 3042

1. Περιεχόμενο της προσβαλλομένης αποφάσεως ..... II - 3042

2. Επιχειρήματα των διαδίκων ..... II - 3043

3. Εκτίμηση του Πρωτοδικείου ..... II - 3046

α) Προκαταρκτικές εκτιμήσεις ..... II - 3046

β) Επί της αποδείξεως αυξήσεως του οφέλους ..... II - 3050

Επί της υπάρξεως αισθητού αντικειμενικού πλεονεκτήματος ..... II - 3052

— Επί της λυσιτέλειας των αντλούμενων από τα πραγματικά περιστατικά επιχειρημάτων και των αποδεικτικών στοιχείων που προσκόμισε η GSK ..... II - 3058

— Επί της απώλειας κερδών λόγω του παράλληλου εμπορίου II - 3063

— Επί της εκτάσεως της απώλειας κερδών που συνδέεται με το παράλληλο εμπόριο ..... II - 3067

— Επί της αυξήσεως των κερδών που συνδέεται με το άρθρο 4 των γενικών όρων πωλήσεως ..... II - 3071

Επί της σταθμίσεως μειονεκτημάτων και πλεονεκτημάτων ..... II - 3074

Συμπέρασμα ..... II - 3076

γ) Επί της αποδείξεως της υπάρξεως συνεπειών για τον καταναλωτή, του αναγκαίου χαρακτήρα του άρθρου 4 των γενικών όρων πωλήσεως και της απουσίας καταργήσεως του ανταγωνισμού ..... II - 3076

4. Συμπέρασμα ..... II - 3078

Επί των δικαστικών εξόδων ..... II - 3079