ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Quarta Secção Alargada)

27 de Setembro de 2006 *

No processo T-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, ex-Glaxo Wellcome plc, com sede em Brentford, Middlesex (Reino Unido), representada por S. Martínez Lage, advogado, I. Forrester, QC, F. Depoortere, A. Schulz, T. Louko e I. Vandenborre, advogados,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada inicialmente por P. Oliver, e, em seguida, por É. Gippini Fournier, na qualidade de agentes,

recorrida,

* Língua do processo: inglês.

apoiada por

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), com sede em Bruxelas (Bélgica), representada inicialmente por U. Zinsmeister e M. Lienemeyer, e, em seguida, por A. Martin-Ehlers, e, por último, por M. Hartmann-Rüppel, advogados,

por

Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, com sede em Mülheim an der Ruhr (Alemanha), representada inicialmente por M. Epping e W. Rehmann, e, em seguida, por Rehmann, advogados,

por

Spain Pharma, SA, com sede em Madrid, representada por P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza e R. Gutiérrez Sánchez, advogados,

e por

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), com sede em Madrid (Espanha), representada inicialmente por M. Araujo Boyd e R. Sanz, e, em seguida, por Araujo Boyd e J. L. Buendia Sierra, advogados,

intervenientes,

que tem por objecto a anulação da Decisão 2001/791/CE da Comissão, de 8 de Maio de 2001, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º do Tratado CE [Processos: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (Notificação), IV/36.997/F3 Aseprofar e Fedifar (Denúncia), IV/37.121/F3 Spain Pharma (Denúncia), IV/37.138/F3 BAI (Denúncia) e IV/37.380/F3 EAEPC (Denúncia)] (JO L 302, p. 1),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Quarta Secção Alargada),

composto por: H. Legal, presidente, P. Lindh e I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas e E. Moavero Milanesi, juízes,
secretário: C. Kristensen, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 7 de Junho de 2006,

profere o presente

Acórdão

Quadro jurídico e factual do litígio

Direito comunitário

1 O artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE, prevê que a acção da Comunidade implica um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno.

2 O artigo 81.º, n.º 1, CE, prevê que são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

3 O artigo 81.º, n.º 3, CE estabelece que as disposições do artigo 81.º, n.º 1, podem ser declaradas inaplicáveis, designadamente, a qualquer acordo entre empresas que contribua para melhorar a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante e não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

4 Em 21 de Dezembro de 1998, o Conselho adoptou, com base no artigo 100.º-A do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 95.º CE) a Directiva 89/105/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, relativa à transparência das medidas que regulamentam a formação do preço das especialidades farmacêuticas para uso humano e a sua inclusão nos sistemas nacionais de seguro de saúde (JO 1989, L 40, p. 8). Esta directiva tem como objectivo obter um quadro geral das medidas de fixação e de controlo directo e indirecto dos preços dos medicamentos adoptadas pelos Estados-Membros a fim de controlarem as despesas de saúde pública que suportam com esses produtos e eliminar as disparidades entre estas medidas, que podem constituir entraves ou falsear as trocas intracomunitárias de medicamentos e ter, por esse facto, influência directa sobre o funcionamento do mercado comum dos medicamentos. Para este efeito, a directiva estabelece, num primeiro momento, uma série de exigências destinadas a permitir aos interessados verificar se as medidas nacionais em questão não constituem restrições quantitativas às importações ou às exportações, ou medidas de efeito equivalente. Contudo, estas exigências não afectam nem a política dos Estados-Membros nem as políticas nacionais em matéria de fixação dos preços e de instauração de sistemas de segurança social, excepto na medida em que isso seja necessário para efeitos de transparência. O prazo fixado aos Estados-Membros para darem cumprimento a esta directiva expirou em 31 de Dezembro de 1989.

Direito espanhol

5 Em 20 de Dezembro de 1990, o Reino de Espanha aprovou a Lei 25/1990 sobre Medicamentos (Ley 25/1990 del Medicamento, BOE n.º 306, de 22 de Dezembro de 1990, p. 2643, a seguir «lei 25/1990»). Esta lei foi alterada, entre outras, pela Lei 66/1997, de 30 de Dezembro de 1997 (Ley 66/1997, BOE n.º 313, de 31 de Dezembro de 1997, p. 38517) e durante o processo administrativo que conduziu à Decisão impugnada no presente processo, pela Lei 55/99, de 30 de Dezembro de 1999 (Ley 55/1999, BOE n.º 312, de 30 de Dezembro de 1997, p. 46095).

6 Em 23 de Fevereiro de 1990, o Reino de Espanha aprovou o Real Decreto 271/1990 de reorganização da intervenção nos preços das especialidades farmacêuticas para

uso humano (Real Decrecto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano, BOE n.º 53, de 2 de Março de 1990, p. 6086, a seguir «decreto 271/1990»). Este decreto visa dar cumprimento, por parte do Reino de Espanha, à Directiva 89/105.

7 As disposições do título VIII da lei 25/1990 e do decreto 271/1990 prevêem, em especial, um regime de intervenção por parte do Ministério Espanhol da Saúde e do Consumo e por parte da Comisión interministerial de precios de los medicamentos (Comissão interministerial dos preços dos medicamentos), que lhe está adjunta (a seguir, em conjunto, «administração espanhola»), sobre o preço máximo por grosso dos medicamentos comparticipados pelo sistema espanhol de seguro de saúde.

Antecedentes do litígio

8 A recorrente, GlaxoSmithKline Services Unlimited, ex-Glaxo Wellcome plc (a seguir «GSK»), é uma sociedade de direito britânico com sede em Brentford (Reino Unido). O grupo GlaxoSmithKline, a que a recorrente pertence, é um dos principais produtores mundiais de produtos farmacêuticos. Foi constituído na sequência de uma operação de concentração entre a Glaxo Wellcome plc e a Smithkline Beecham plc, operação a que a Comissão declarou não se opor, por Decisão de 8 de Maio de 2000 (processo N IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham).

9 A Glaxo Wellcome, SA (a seguir «GW»), sociedade de direito espanhol com sede em Madrid (Espanha), é uma das filiais espanholas do grupo GlaxoSmithKline. Tem como actividades principais, directamente e por intermédio das suas filiais, o desenvolvimento, a produção e a comercialização de medicamentos em Espanha.

10 Por carta de 6 de Março de 1998, a GW notificou à Comissão um documento intitulado «Condições gerais de venda de especialidades farmacêuticas pertencentes à [GW] e à suas filiais nos armazéns grossistas autorizados» (a seguir «condições gerais de venda») a fim de obter uma certidão negativa ou uma isenção ao abrigo do Regulamento n.º 17: Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 1204; EE 08 F1 p. 22). Por carta de 28 de Julho de 1998, a GSK dirigiu uma notificação complementar à Comissão.

11 As condições gerais de venda aplicam-se a 82 medicamentos destinados a ser vendidos a grossistas espanhóis com os quais a GW estabelece relações comerciais fora de qualquer rede de distribuição. Estes podem destiná-los a revenda a hospitais ou a farmácias espanhóis, que os fornecem aos pacientes mediante receita médica. Podem destiná-los igualmente a revenda noutros Estados-Membros através do comércio paralelo a que se dedicam devido à existência de diferenciais de preços. Entre os 82 medicamentos a que são aplicáveis as condições gerais de venda figuram oito medicamentos apresentados pela GSK como particularmente susceptíveis de ser objecto de comércio paralelo, principalmente entre a Espanha e o Reino Unido. Esses medicamentos são os seguintes:

— um anti-alérgico, denominado Beconase;

— cinco anti-asmáticos, denominados Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent e Ventolín;

— um anti-epiléptico, denominado Lamictal;

— um anti-enxaqueca, denominado Imigran.

12 Para o conjunto destes 82 medicamentos, o artigo 4.º das condições gerais de venda prevê dois preços diferentes (a seguir «preço 4 A» e «preço 4 B»). Este artigo tem a seguinte redacção:

«A) Nos termos do disposto nas subsecções 1 (primeiro parágrafo) e 2 do artigo 100.º da [Lei 25/1990], os preços dos produtos farmacêuticos da [GW] e das suas filiais não ultrapassará, em qualquer caso, os preços industriais máximos estabelecidos pelas autoridades sanitárias espanholas quando estejam presentes os dois factores que permitem a aplicação das referidas regras jurídicas, nomeadamente:

— que os produtos farmacêuticos supramencionados são financiados pelos fundos da Segurança Social espanhola ou por fundos públicos espanhóis,

— que os produtos farmacêuticos adquiridos são posteriormente comercializados a nível nacional, isto é, através de farmácias ou de hospitais espanhóis.

B) Na ausência de um destes factores (ou seja, de qualquer modo quando a legislação espanhola dá plena liberdade aos laboratórios para fixarem os preços dos seus próprios produtos farmacêuticos), [a GW] e as suas filiais fixarão o preços dos seus produtos farmacêuticos segundo critérios económicos reais, objectivos e não discriminatórios e de uma forma completamente independente do destino a dar aos produtos pelo comprador. Em especial, [a GW] e as suas filiais aplicarão aos seus produtos farmacêuticos os preços que, com base nos seus estudos económicos internos, tiverem sido inicialmente propostas às autoridades sanitárias espanholas e objectivamente actualizados tomando em consideração o aumento do custo de vida de acordo com as disposições das subsecções 1 (primeiro parágrafo) e 2 do artigo 100.º da [Lei 25/1990] e outra legislação espanhola anterior relativamente à fixação de preços de medicamentos.»

13 Por cartas de 6 de Março de 1998, a GW enviou as condições gerais de venda a 89 grossistas estabelecidos em Espanha. Estas cartas incluíam a menção seguinte:

«Importante: solicitamos que nos comuniquem o vosso acordo remetendo-nos uma cópia assinada do documento anexo até 13 de Março de 1998.»

14 75 grossistas, representado mais de 90% das vendas totais da GW em Espanha em 1998, agiram em conformidade.

15 As condições gerais de venda entraram em vigor em 9 de Março de 1998.

16 Em seguida, a sua legalidade foi contestada pela autoridade espanhola da concorrência e nos tribunais espanhóis por duas associações profissionais espanholas, a Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) e a Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas, e ainda por um grossista espanhol, Spain Pharma, SA.

17 Além disso, a Aseprofar, apoiada por outra associação profissional espanhola, a Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de espacialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (Fedifar), a Spain Pharma e duas outras associações profissionais europeias, a Bundesverband der Arzneimittel--Importeure eV (a seguir «BAI») e a European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) queixaram-se à Comissão das condições de gerais venda com a alegação de que elas infringiam o artigo 81.º, n.º 1, CE.

18 Em 8 de Maio de 2001, a Comissão aprovou a Decisão 2001/791/CE, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º do Tratado CE [Processos: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (Notificação), IV/36.997/F3 Aseprofar and Fedifar (Denúncia), IV/37.121/F3 Spain Pharma (Denúncia), IV/37.138/F3 BAI (Denúncia) e IV/37.380/ /F3 EAEPC (Denúncia)] (JO L 302, p. 1, a seguir «Decisão»).

19 O artigo 1.º da Decisão estabelece: «A Glaxo Wellcome SA infringiu o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado [CE] ao concluir um acordo com os grossistas espanhóis que estabelece uma distinção entre preços cobrados a grossistas válidos para a revenda interna de medicamentos reembolsáveis a farmácias ou hospitais e preços mais elevados cobrados pelas exportações para quaisquer outros Estados-Membros».

20 O artigo 2.º da Decisão indefere o pedido de isenção deste acordo.

21 Os artigos 3.º e 4.º da Decisão ordenam à GW que pusesse imediatamente termo à infracção identificada no artigo 1.º, não o tendo ainda feito, e que informasse a Comissão das medidas que viesse a tomar para o efeito.

Tramitação processual

22 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no dia 23 de Julho de 2001, a GSK interpôs o presente recurso.

23 Por requerimentos entrados na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância nos dias 8, 12 e 16 de Novembro de 2001, a EAEPC, a BAI, a Spain Pharma e a Aseprofar requereram a sua intervenção no processo em apoio da Comissão, nos termos do artigo 40.º, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça e do artigo 115.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

24 Por requerimentos entrados na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 28 de Novembro de 2001, 14 de Dezembro de 2001 e 21 de Março de 2002, a GSK solicitou que determinados documentos e informações secretas ou confidenciais fossem excluídas da comunicação dos actos notificados aos intervenientes no litígio nos termos do artigo 116.º, n.º 2, do Regulamento de Processo.

25 Por despacho de 27 de Novembro de 2002, o presidente da Primeira Secção deferiu os pedidos de intervenção e deixou para momento posterior a Decisão sobre os pedidos de confidencialidade.

26 Por despacho de 5 de Agosto de 2003, o presidente da Primeira Secção deferiu parcialmente os pedidos de confidencialidade e indeferiu-os na parte restante.

27 Tendo o juiz relator sido afectado à Quarta Secção devido à modificação da composição das secções do Tribunal ocorrida em 1 de Outubro de 2003, o processo foi reatribuído a esta Secção.

28 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 de Março de 2004, a GSK pediu que determinadas informações secretas ou confidenciais fossem excluídas da comunicação aos intervenientes das suas observações sobre os requerimentos de intervenção. Este pedido foi deferido.

29 Por notificação de 16 de Abril de 2004, o Tribunal de Primeira Instância solicitou à GSK e à Comissão a junção de documentos e a resposta a uma questão escrita, nos termos dos artigos 49.º e 64.º do Regulamento de Processo. Estas medidas de organização do processo foram cumpridas no prazo indicado para esse efeito.

30 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 7 de Maio de 2004, a Spain Pharma requereu ao Tribunal autorização para utilizar a língua espanhola na fase oral do processo, nos termos do artigo 35.º, n.º 2, do Regulamento de Processo. Ouvidas as partes, o pedido foi deferido.

31 Por requerimentos entrados na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 27 de Maio e 22 de Junho de 2004, a GSK pediu que determinadas informações secretas ou confidenciais ficassem excluídas da comunicação aos intervenientes das suas respostas e das respostas da Comissão às perguntas do Tribunal de 16 de Abril de 2004. Este pedido foi deferido.

32 Em 7 de Março de 2006, o Tribunal decidiu, nos termos do artigo 14.º do Regulamento de Processo e mediante proposta da Quarta Secção, ouvidas as partes, atribuir o processo à Grande Secção.

33 Em 15 de Março de 2006, o Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção), mediante relatório do juiz relator, abriu a fase oral.

34 Por notificações de 7 e 20 de Março de 2006, o Tribunal de Primeira Instância, nos termos dos artigos 49.º e 64.º do Regulamento de Processo, pediu à GKS, à Comissão e às intervenientes que respondessem a questões escritas e que juntassem um documento. Estas medidas de organização do processo foram cumpridas no prazo fixado para o efeito, com excepção de uma questão a que a GSK respondeu por documento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 6 de Junho

de 2006. Não tendo havido oposição das partes, ouvidas a este respeito na audiência, esse documento foi junto aos autos.

35 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 28 de Abril de 2006, a GSK requereu que determinadas informações secretas ou confidenciais fossem excluídas da comunicação às intervenientes das respostas dadas pela recorrente às questões do Tribunal de Primeira Instância de 7 e de 20 de Março de 2006. O pedido foi deferido.

36 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 16 de Maio de 2006, a Aseprofar pediu para ser autorizada a utilizar a língua espanhola durante a fase oral do processo, nos termos do artigo 35.º, n.º 2, do Regulamento de Processo. Ouvidas as partes, o pedido foi deferido.

37 Foram ouvidas as alegações das partes bem como as suas respostas às questões que lhes foram colocadas pelo Tribunal na audiência de 7 de Junho de 2006.

Pedidos das partes

38 GSK conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a Decisão;

— condenar a Comissão nas despesas.

39 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a GSK nas despesas.

40 A Aseprofar conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a GSK nas despesas, incluindo as por si efectuadas.

41 A BAI conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a GSK nas despesas, incluindo as por si efectuadas.

42 A EAEPC conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a GSK nas despesas, incluindo as por si efectuadas.

43 A Spain Pharma conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a GSK nas despesas, incluindo as por si efectuadas.

Questão de direito

44 Em apoio dos seus pedidos, a GSK invoca, em resumo, seis fundamentos que podem ser agrupados consoante visam obter a anulação total ou a anulação parcial da Decisão.

45 Em apoio dos seus pedidos principais de anulação do artigo 1.º da Decisão, que declara a existência de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, a GSK invoca três fundamentos baseados respectivamente:

— na insuficiente fundamentação;

— na violação do artigo 81.º, n.º 1, CE;

— em desvio de poder, na violação do princípio da subsidiariedade e na violação do artigo 43.º CE.

46 Em apoio dos seus pedidos subsidiários de anulação do artigo 2.º da Decisão, que indeferiu o seu pedido de isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE, a GSK invoca três fundamentos, baseados, respectivamente:

— na insuficiente fundamentação;

— na violação do artigo 81.º, n.º 3, CE;

— na violação do princípio da proporcionalidade.

I — *Quanto aos fundamentos relativos ao pedido de anulação do artigo 1.º da Decisão*

A — *Quanto ao fundamento baseado na insuficiente fundamentação*

1. Argumentos das partes

47 A GSK alega, em resumo, que a falta de referência ao acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Outubro de 2000, Bayer/Comissão (T-41/96, Colect., p. II-3383), vicia a Decisão por insuficiência de fundamentação.

48 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, contesta a procedência deste fundamento.

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

49 O artigo 253.º CE estabelece que as decisões da Comissão devem ser fundamentadas.

50 A fundamentação de um acto deve ser adaptada à natureza do mesmo e deve deixar transparecer claramente o raciocínio da instituição sua autora, de modo a permitir aos interessados entenderem as razões da medida adoptada e ao Tribunal exercer a fiscalização da sua justeza. Ao invés, não é exigido que especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se dá cumprimento ao artigo 253.º CE deve ser apreciada tendo em conta tanto a redacção desse acto como o seu contexto jurídico e factual (acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1957, Geitling/Alta Autoridade, 2/56, Colect. 1954/1961, pp. 121 e 128, e do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Junho de 2005, Regione Autonoma della Sardegna/Comissão, T-171/02, Colect., p. II-2123, n.º 73).

51 O dever de fundamentação das decisões não impõe, portanto, à Comissão uma obrigação genérica de fazer referência a decisões judiciais específicas nas decisões que adopte.

52 Ora, *in casu*, a GSK limita-se a alegar que a Decisão está viciada por insuficiente fundamentação por não se referir a uma decisão judicial.

53 Assim, improcede o fundamento baseado na insuficiência de fundamentação, pelo facto de a Decisão não fazer referência ao acórdão Bayer/Comissão, já referido no n.º 47 *supra*.

54 Na medida em que a GSK, com este fundamento, pretende, na realidade, contestar o conteúdo da Decisão, deve salientar-se que a apreciação da existência e extensão da

fundamentação de uma Decisão da Comissão é uma questão que diz respeito à fiscalização das suas formalidades essenciais, e, portanto, à legalidade formal da Decisão. Este fundamento deve portanto ser distinguido da apreciação da correcção dos fundamentos da Decisão, que é abrangido pela fiscalização da legalidade material (acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 67, e do Tribunal de Primeira Instância, de 18 de Janeiro de 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/ /Comissão, T-93/02, Colect., p. II-143, n.º 67). Nesta medida, este fundamento está ligado ao que se baseia na violação do artigo 81.º, n.º 1, CE, que a seguir se analisa.

B — *Quanto ao fundamento baseado na violação do artigo 81.º, n.º 1, CE*

1. Considerações preliminares

55 A aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, depende da verificação de um conjunto de condições distintas (acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1966, Société technique minière, 56/65, Colect., 1965-1968, p. 381, e acórdão Bayer/Comissão, já referido no n.º 47 *supra*, n.º 174), cuja prova incumbe à pessoa que invoque aquela disposição (acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 78). É necessário provar, em primeiro lugar, que existe um acordo entre empresas, uma prática concertada ou uma decisão de associação de empresas; em segundo lugar, que eles têm por objectivo ou por efeito uma restrição sensível da concorrência; e, em terceiro lugar, que o comércio entre os Estados-Membros pode ser afectado, visando este último requisito apenas determinar o campo de aplicação do direito comunitário (acórdão Société technique minière, já referido, p. 387; acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colect., p. I-1307, n.º 176; acórdão Bayer/Comissão, n.º 47 *supra*, n.º 174).

56 No caso em apreço, uma vez que a GSK sustenta que a Comissão aplica o artigo 81.°, n.° 1, CE a um comportamento que não constitui um acordo na acepção dessa disposição, ou seja, um acordo restritivo da concorrência, deve recordar-se que a questão da existência de um acordo entre empresas e a do carácter restritivo desse acordo são distintas e devem portanto ser apreciadas separadamente (v., neste sentido, acórdão Société technique minière, já referido no n.° 55 *supra*).

57 A este respeito, quando lhe é submetido um pedido de anulação de uma decisão de aplicação do artigo 81.°, n.° 1, CE, o Tribunal deve exercer um controlo completo sobre a análise efectuada pela Comissão (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão, 42/84, Recueil, p. 2545, n.° 34, e acórdão Bayer/ /Comissão, já referido no n.° 47 *supra*, n.° 62), a menos que essa análise implique uma apreciação económica complexa, caso em que a fiscalização é restringida à verificação da inexistência de desvio de poder, do cumprimento das regras processuais e de fundamentação, da exactidão material dos factos e da inexistência de erro manifesto na apreciação desses factos (acórdão Remia e o./Comissão, já referido, n.° 34, e acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.° 55 *supra*, n.° 279).

58 Além disso, esse controlo exerce-se exclusivamente face aos elementos de facto e de direito existentes à data da adopção da decisão atacada (acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1979, França/Comissão, 15/76 e 16/76, Colect., p. 145, n.° 7, e do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Fevereiro de 2002, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-395/94, Colect., p. II-875, n.° 252), sem prejuízo da possibilidade de as partes, no exercício dos seus direitos de defesa, os completarem com meios de prova posteriores a essa data, mas apresentados especificamente com o objectivo de atacarem ou defenderem essa decisão (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005, EDP/Comissão, T-87/05, Colect., p. II-3745, n.° 158; v. igualmente, neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1986, Metro/Comissão, 75/84, Colect., p. 3021, a seguir «acórdão Metro II», n.^{os} 75 e 78, e acórdão Atlantic Container Lines e o./Comissão, já referido, n.° 254).

59 Daqui resulta, neste caso concreto, que os elementos de facto não existentes à data de adopção da Decisão, em particular as informações secretas relativa ao período 2001/2005, e os meios de prova que não existiam nessa data e que não foram

apresentados especificamente com o objectivo de atacar ou defender a Decisão na parte em que esta conclui pela existência de uma infracção, e, em especial, os estudos que analisam de uma forma genérica os efeitos do comércio paralelo dos medicamentos na Comunidade, diferentes dos que foram apresentados no decurso do processo administrativo, devem ser, desde já, excluídos do debate.

2. Quanto à existência de um acordo entre empresas

a) Conteúdo da Decisão

60 A Comissão concluiu, no considerando 109 da Decisão, que as condições gerais de venda constituíam um acordo concluído entre a GW e o conjunto dos grossistas espanhóis que as subscreveram.

b) Argumentos das partes

61 A GSK alega que as condições gerais de venda não constituíam um acordo.

62 Com efeito, a GW e os grossistas espanhóis signatários das condições gerais de venda não manifestaram uma vontade independente, na medida em que o preço por grosso dos medicamentos assumido pelo sistema espanhol de seguro de saúde lhes é imposto pela regulamentação espanhola desse sector.

63 Além disso, não manifestaram um acordo de vontades no sentido de restringir a concorrência, mas, tão somente, um acordo de vontades no sentido de venderem e comprarem medicamentos segundo os termos estipulados nas condições gerais de venda.

64 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, contesta estes argumentos.

c) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

65 Os argumentos da GSK conduzem a analisar em primeiro lugar se a GW e os grossistas espanhóis manifestaram uma vontade independente da regulamentação espanhola do preço por grosso dos medicamentos assumido pelo sistema espanhol de seguro de saúde, e, portanto, se a Comissão se encontrava realmente perante um comportamento de empresas e não perante um comportamento do Estado. Eventualmente, aqueles argumentos levar-nos-ão a analisar, em segundo lugar, se a GW e os grossistas manifestaram um acordo de vontades e, portanto, se a Comissão estava realmente perante um comportamento bilateral e não perante comportamentos unilaterais.

Quanto à independência das vontades

66 O artigo 81.°, n.° 1, CE aplica-se unicamente aos comportamentos, contrários à concorrência que as empresas adoptem por sua própria iniciativa (acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke, 267/86, Colect., p. 4769, n.° 16; de 11 de Novembro de 1997, Comissão e França/Ladbroke Racing, C-359/95 P e C-379/95 P, Colect., p. I-6265, n.° 33, e de 9 de Setembro de 2003, CIF, C-198/01, Colect., p. I-8055, n.° 45).

67 Quando, para decidir da aplicabilidade desta disposição, for necessário avaliar previamente a eventual relevância de uma regulamentação estatal, deve determinar-se se esta deixa subsistir a possibilidade de concorrência que possa ser impedida, restringida ou falseada por um comportamento autónomo das empresas (acórdão Comissão e França/Ladbroke Racing, n.º 66, n.ºs 32 e 35, e acórdão CIF, já referido no n.º 66 *supra*, n.º 66).

68 Quando, no final dessa avaliação, se verifica que a regulamentação em causa impõe um comportamento contrário à concorrência às empresas ou elimina toda e qualquer possibilidade de comportamento contrário à concorrência, o artigo 81.º, n.º 1, não é aplicável (acórdão Comissão e France/Ladbroke Racing, já referido no n.º 66 *supra*, n.º 33, e acórdão CIF, já referido no n.º 66 *supra*, n.º 67).

69 Quando, pelo contrário, se verificar que essa regulamentação deixa subsistir a possibilidade de existência de concorrência susceptível de ser entravada, limitada ou falseada por um comportamento autónomo das empresas, o artigo 81.º, n.º 1, CE continua a ser aplicável (acórdão Comissão e França/Ladbroke Racing, já referido no n.º 66 *supra*, n.º 34, e acórdão CIF, já referido no n.º 66 *supra*, n.º 56).

70 A possibilidade de excluir um determinado comportamento do âmbito de aplicação desta disposição pelo facto de ele ser devido a uma regulamentação estatal foi aplicada de forma restritiva pelo juiz comunitário (acórdão CIF, já referido no n.º 66 *supra*, n.º 67, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Março de 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comissão, T-513/93, Colect., p. II-1807, n.º 60).

71 Deve-se portanto esclarecer se a regulamentação espanhola impõe à GW que estabeleça nos contratos que celebra com os grossistas espanhóis preços diferenciados consoante os medicamentos que lhes vende sejam comparticipados ou não pelo sistema de seguro de saúde espanhol, como sustenta a GSK.

72 Ora, é manifesto que a regulamentação espanhola, que resulta, por um lado, das disposições combinadas do título VIII da lei 25/1990 e, por outro, do decreto 271/1990, em nada determina o preço por grosso dos medicamentos não comparticipados pelo sistema espanhol de seguro de saúde. Aliás, a GSK admitiu, quer nos seus articulados quer na audiência, que esta conclusão, que decorria implícita mas necessariamente do silêncio da lei 25/1990, na versão aplicável no momento da entrada em vigor das condições gerais de venda, relativamente a esses produtos, foi expressamente confirmada pelas alterações posteriormente introduzidas naquela lei, tal como indicam os considerandos 37 e 139 da Decisão.

73 Assim, mesmo admitindo a correcção do argumento da GSK de que o preço por grosso dos medicamentos comparticipados pelo referido sistema é fixado de forma totalmente independente pela administração espanhola e é imposto à GW e aos grossistas espanhóis, contrariamente ao que sustentam as intervenientes, não é menos certo que o comportamento que consiste em aplicar, por via contratual, um sistema de preços diferenciados que impede os grossistas espanhóis que contratam com a GW de comprar a esse preço (preço 4 A) os medicamentos que irão revender noutros Estados-Membros, e que os obriga a comprar estes produtos a um preço superior (preço 4 B) não é de forma nenhuma imposto pela regulamentação espanhola. Instada sobre este ponto, a GSK teve de o admitir na audiência.

74 Assim, não pode concluir-se que a regulamentação nacional em causa impôs à GW a fixação, nos contratos que celebrou com os grossistas espanhóis, de preços diferenciados consoante os medicamentos que lhes vende sejam ou não comparticipados pelo sistema espanhol de seguro de saúde.

Quanto ao acordo de vontades

75 O artigo 81.°, n.° 1, CE apenas se aplica aos comportamentos de carácter bilateral ou multilateral das empresas (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999,

Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.os 79 e 112), sejam acordos, práticas concertadas ou decisões de associações.

76 Para que haja acordo, na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, basta que duas ou mais empresas tenham expressado a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, 41/69, Colect., 1969-1970, p. 447, n.° 112, e de 11 de Janeiro de 1990, Sandoz Prodotti Frarmaceutici/Comissão, C-277/87, Colect., p. I-45, publicação sumária, n.° 13; acórdão Bayer/Comissão, já referido no n.° 47 *supra*, n.os 67 e 173).

77 Por consequência, embora seja imperativo que as decisões em que a Comissão aplica o artigo 81.°, n.° 1, CE provem a existência de uma vontade comum de agir no mercado de uma forma determinada, não se exige, contrariamente ao que sustenta a GSK, que elas provem a existência de uma vontade comum de prosseguir um objectivo anticoncorrencial.

78 No caso concreto, a Decisão conclui pela existência de uma vontade comum expressa pela GW e pelos grossistas espanhóis que subscreveram as condições gerais de venda de agirem no mercado da forma estipulada no artigo 4.° das mesmas, ou seja, no sentido de comprarem e venderem qualquer dos 82 medicamentos a que elas se aplicam ao preço 4 A ou ao preço 4 B, consoante se verifiquem ou não as condições estabelecidas no ponto A dessa estipulação.

79 Manifestamente, esta conclusão é confirmada pelos autos, de que resulta, em primeiro lugar, que a GW adoptou condições gerais de venda que prevêem um sistema de preços diferenciados. Seguidamente, a GW transmitiu estas condições gerais de venda a 89 grossistas com os quais mantém relações comerciais em Espanha. Nesse momento, pediu-lhes, salientando a importância que atribuía a esse pedido, que lhe devolvessem uma cópia assinada, «como prova da aceitação», num

prazo imperativo. Estes elementos de facto revelam a vontade expressa da GW de obter o acordo dos grossistas sobre as condições gerais de venda e, portanto, de lhes fazer uma proposta a esse respeito. Finalmente, 75 dos 89 grossistas destinatários dessa proposta efectuaram as operações pedidas pela GW, assinando as condições gerais de venda e remetendo-lhas dentro do prazo fixado. Estes elementos de facto revelam a vontade manifestada por estes grossistas de aceitar a proposta da GW e de celebrarem um acordo com ela, como, de resto, a GSK reconheceu na audiência.

80 Nenhum dos argumentos avançados pela GSK parece ser susceptível de pôr em causa esta conclusão.

81 A GSK não pode, em especial, argumentar com o facto de a Comissão não ter feito prova nem da existência de uma proibição formal de exportação imposta pela GW aos grossistas espanhóis nem da existência de um comportamento revelador da aceitação tácita dessa proibição por parte dos mesmos grossistas.

82 Com efeito, incumbe à Comissão fazer a prova das infracções que considera existirem, indicando nas suas decisões de aplicação das regras da concorrência os elementos precisos e concordantes que provam de forma convincente a existência dos factos constitutivos dessas infracções (acórdãos do Tribunal de Justiça de 28 de Março de 1984, CRAM e Rheinzink/Comissão, 29/83 e 30/83, Recueil, p. 1679, n.º 20, e de 6 de Janeiro de 2004, BAI e Comissão/Bayer, C-2/01 P e C-3/01 P, Colect., p. I-23, n.º 62).

83 Estes elementos podem consistir em provas directas, por exemplo sob a forma de um documento escrito (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a

T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Colect., p. II-491, n.º 862, e o acórdão, proferido em recurso interposto de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 55 *supra*, n.º 237), ou, na sua falta, em provas indirectas, materializadas, por exemplo, num comportamento (acórdão Bayer/Comissão, já referido no n.º 47 *supra*, n.º 73, e o acórdão, proferido em recurso interposto de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância, BAI e Comissão/Bayer, já referido no n.º 82 *supra*, n.º 100).

84 No caso em apreço, foi anteriormente salientado que a Comissão se baseara numa troca de correspondência que demonstrava, sem margem para qualquer dúvida, que a GW propôs aos grossistas espanhóis que agissem no mercado pela forma estipulada nas condições gerais de venda e que a maior parte deles aceitaram essa proposta. Era portanto inútil, como voltou a salientar na audiência, procurar outros elementos, como os relativos ao comportamento da GW e desses grossistas.

85 Da mesma forma, a GSK não pode sustentar, em substância, que os grossistas a que a GW se dirigiu estavam, em definitivo, em desacordo com ela.

86 Com efeito, quando, como neste caso, a Comissão prova a existência de um acordo, incumbe à empresa que nele tomou parte provar que dele se distanciou, prova essa que deve demonstrar uma vontade clara e levada ao conhecimento das outras empresas participantes de se subtrair ao acordo (v., neste sentido, acórdão BAI e Comissão/Bayer, já referido no n.º 82 *supra*, n.º 63; acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, n.º 55 *supra*, n.^{os} 81 a 84, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Dezembro de 2003, Adriatica di Navigazione/Comissão, T-61/99, Colect., p. II-5349, n.^{os} 135 a 138).

87 No caso vertente, embora alguns dos grossistas espanhóis que subscreveram as condições gerais de venda tenham posto em dúvida a sua legalidade, como salienta o considerando 12 da Decisão, não resulta dos autos que eles o tenham feito pela forma exigida na jurisprudência. Aliás, alguns deles exportaram medicamentos comprados à GW pelo preço 4 A. Relativamente a estes, resulta igualmente dos autos que eles acabaram por aceitar pagar as facturas correspondentes à diferença

entre este preço e o preço 4 B, a pedido da GSK. De todo o modo, estes factos dizem respeito apenas a alguns grossistas e não permitem concluir que todos eles se distanciaram do acordo que anteriormente tinham celebrado com a GW.

88 Além disso, é exacto que três associações profissionais, a Aseprofar, a Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas e a Fedifar, apresentaram queixas à Comissão e ao Servicio de defensa de competencia (Instituto de defesa da concorrência), como destaca o terceiro considerando da Decisão, e que as associações contam entre os seus membros, directamente no caso das duas primeiras, e indirectamente, no caso da terceira, alguns dos grossistas signatários das condições gerais de venda. Contudo, a simples circunstância de as associações profissionais que agrupam, entre outros, alguns dos signatários das condições gerais de venda, terem apresentado essas queixas não é suficiente para provar que os grossistas, na sua totalidade, não quiseram realmente, ou deixaram de querer a partir da data da apresentação dessas queixas, entender-se com a GW.

89 Destarte, não pode concluir-se que a GW e os grossistas que subscreveram as condições gerais de venda não manifestaram um acordo de vontades.

90 Resulta de quanto precede que não pode concluir-se, relativamente aos argumentos da GSK, que a Comissão tenha concluído erradamente pela existência de um acordo.

3. Quanto à existência de uma restrição da concorrência

a) Conteúdo da Decisão

91 A Comissão concluiu nos considerandos 116 a 143 e 189 da Decisão que o artigo 4.º das condições gerais de venda tinha simultaneamente por objecto e por efeito restringir a concorrência.

92 Analisando, num primeiro momento, o objecto dessa estipulação, a Comissão salientou, no considerando 116 da Decisão, que ela visava limitar o comércio paralelo de medicamentos comercializados pela GW entre a Espanha e outros Estados-Membros. A Comissão constatou igualmente no considerando 117 da Decisão que a comparação entre o preço 4 A, aplicável aos medicamentos destinados a revenda e comparticipados em Espanha, e o preço 4 B, aplicável aos medicamentos destinados a revenda ou a comparticipação noutros Estados-Membros, revelava que a sua aplicação teria por efeito, consoante os casos, excluir ou entravar o comércio paralelo.

93 A Comissão considerou depois, nos considerandos 117 a 119 da Decisão, que o artigo 4.º das condições gerais de venda produzia efeitos equiparáveis aos de uma proibição de exportar num número considerável de casos, noutros casos impedia o comércio paralelo da mesma forma que um sistema de preços duplos. E considerou igualmente, nos considerandos 120 a 123 da Decisão, que a existência em Espanha de uma regulamentação estatal relativa às modalidades de fixação do preço por grosso dos medicamentos comparticipados pelo sistema nacional de seguro de saúde não era susceptível de modificar esta análise.

94 A Comissão concluiu finalmente, nos considerandos 124 e 125 da Decisão, que o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância têm sempre qualificado os acordos que incluem a proibição de exportar, os sistemas de preço duplo ou outras limitações do comércio paralelo como acordos restritivos da concorrência por «objecto», de forma que o artigo 4.º das condições gerais de venda deveria ser considerado como tendo por objecto restringir a concorrência.

95 Analisando, num segundo momento, o efeito do artigo 4.º das condições gerais de venda, a Comissão considerou, em primeiro lugar, no considerando 126 da Decisão, que o facto de aplicar um preço por grosso mais elevado em caso de exportação, ao qual acresciam os custos de transacção associados a essa operação (expedição, embalagem, etc.) tendia a limitar o comércio paralelo que seria possível se esse preço não existisse.

96 A Comissão considerou depois nos considerandos 127 a 135 da Decisão que esta estipulação não se limitava a neutralizar uma distorção da concorrência imputável ao Reino de Espanha e não era justificada pela existência de um enquadramento regulamentar específico.

97 A Comissão considerou ainda, nos considerandos 136 a 140 da Decisão, que os preços diferenciados estipulados no artigo 4.º das condições gerais de venda tinham por efeito, por um lado, restringir a liberdade de acção dos grossistas que operam no Estado-Membro de origem do comércio paralelo e, por outro, restringir a concorrência entre estes grossistas e os distribuidores que operam no Estado-Membro de destino do comércio paralelo.

98 Por fim, a Comissão invoca, nos considerandos 141 a 143 da Decisão, a medida em que as flutuações monetárias contribuíram, entre 1996 e 1998, para o comércio paralelo de medicamentos, em especial entre a Espanha e o Reino Unido.

b) Argumentos das partes

99 A GSK alega, em substância, que o artigo 4.º das condições gerais de venda não constitui uma restrição da concorrência.

100 Em primeiro lugar, sustenta que a concorrência está falseada à partida no sector dos medicamentos comparticipados pelos sistemas nacionais de seguro de saúde e que o artigo 4.º das condições gerais de venda apenas pretende neutralizar essa situação decorrente da existência de regulamentações dos Estados relativas ao preço dos referidos medicamentos e da falta de regulamentação comunitária que as harmonizem.

101 Em segundo lugar, a GSK alega que o artigo 4.º das condições gerais de venda não tem como objecto a restrição da concorrência e que a Comissão não provou que tivesse esse efeito, tendo em conta as especificidades do mercado em causa e, mais genericamente, o contexto jurídico e económico em que essa estipulação se inscreve.

102 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, contesta estes argumentos. Considera ter correctamente concluído que o artigo 4.º das condições gerais de venda, que era susceptível de excluir ou entravar o comércio paralelo, tinha por objecto ou por efeito a restrição da concorrência.

c) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

103 A GSK não contesta a exactidão material dos factos em que se baseou a Comissão para aplicar o artigo 81.º, n.º 1, CE mas apenas a apreciação que deles fez essa instituição. As suas críticas reportam-se, em substância, às consequências a tirar, para a apreciação da existência de uma restrição da concorrência, do contexto jurídico e económico específico do sector dos medicamentos. Mais concretamente, as suas críticas referem-se, em primeiro lugar, à situação da concorrência que precedeu o artigo 4.º das condições gerais de venda e, em segundo lugar, à restrição da concorrência imputada a esse artigo.

Quanto à situação da concorrência que precedeu o artigo 4.º das condições gerais de venda

104 Tal como a GSK alega com razão, o sector dos medicamentos comparticipados pelo sistema nacional de seguro de saúde continua a ser caracterizado, em muitos Estados-Membros, pela existência de uma regulamentação que vai para além da

simples fiscalização de uma actividade económica, em especial em matéria de preços (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Novembro de 1983, Roussel e o., 181/82, Recueil, p. 3849, n.º 8). A coexistência destas diferentes regulamentações estatais é susceptível de falsear a concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 1996, Merck e Beecham, C-267/95 e C-268/95, Colect., p. I-6285, n.º 47). E tende, além disso, a criar uma certa compartimentação dos mercados nacionais nesta matéria (v., por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.º 24).

105 Contudo, de acordo com a jurisprudência citada nos n.^{os} 67 a 70 *supra*, só quando o sector a que se aplica o acordo estiver sujeito a uma regulamentação que exclua a possibilidade de existir concorrência susceptível de ser impedida, falseada ou restringida por esse acordo o artigo 81.º, n.º 1, CE é inaplicável.

106 Ora, como salientou a GSK nos seus articulados e na audiência, no caso em apreço existe concorrência entre produtores de medicamentos, que vigora principalmente para parâmetros diferentes do preço, em especial a inovação (acórdão Roussel, já referido no n.º 104 *supra*, n.º 9).

107 Além disso, pode existir concorrência entre um produtor e os seus distribuidores ou entre comerciantes paralelos e distribuidores nacionais, que tira precisamente partido das diferenças significativas de preços para as quais contribuem as regulamentações estatais em causa, quando os medicamentos são protegidos por uma patente que confere um monopólio temporário ao seu titular e que, até à caducidade daquela, é a única forma de concorrência de preços possível para esses medicamentos, como a GSK também salientou nos seus articulados.

108 Assim, sendo a situação regulamentar descrita pela GSK passível de limitar a concorrência, mas não de a eliminar, ela não tem como consequência tornar o artigo 81.º, n.º 1, CE inaplicável.

Quanto à restrição da concorrência imputada ao artigo 4.º das condições gerais de venda.

109 Tendo a GSK alegado que a Comissão não teve correctamente em conta o contexto jurídico e económico pertinente quando apreciou a existência de uma restrição da concorrência, deve salientar-se, desde logo, que a concorrência referida no artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE e no artigo 81.º CE é uma concorrência eficaz, ou seja, um grau de concorrência necessário para serem alcançados os objectivos do Tratado. A sua intensidade pode variar em função da natureza do produto e da estrutura do mercado em causa. Além disso, os seus parâmetros podem ter uma importância desigual, uma vez que a concorrência de preços não constitui a única forma de concorrência eficaz nem aquela a que se deve, em qualquer circunstância, conceder uma prioridade absoluta (acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, 26/76, Colect., p. 659, a seguir «acórdão Metro I», n.^{os} 20 e 21, e acórdão CIF, já referido no n.º 66 *supra*, n.º 68).

110 Por consequência, a caracterização de uma restrição da concorrência na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, deve ter em conta o quadro real e, portanto, o contexto jurídico e económico em que actua o acordo a que essa restrição é imputada. Essa obrigação impõe-se para compreender quer o seu objecto quer o seu efeito (acórdão Société technique minière, já referido no n.º 55 *supra*; acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423, e de 12 de Dezembro de 1995, Oude Luttikhuis e o., C-399/93, Colect., p. I-4515, n.º 20).

111 Assim, quando a análise das cláusulas de um acordo, efectuada no seu contexto jurídico e económico revela em si mesma a existência de uma alteração da concorrência pode presumir-se que esse acordo tem por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência (acórdão Société technique minière, já referido no n.º 55 *supra*, e acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*), de forma que não é necessário analisar o seu efeito (acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*, e acórdão Comissão/Anic Participazioni, já referido no n.º 75 *supra*, n.º 99).

112 Quando não for esse o caso, há que examinar o efeito do acordo e provar, em termos juridicamente bastantes, que ele impede restringe ou falseia, actual ou potencialmente, a concorrência (acórdão Société technique minière, já referido no n.º 55 *supra*, e acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, Deere/Comissão, C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.os 75 e 77).

113 No caso em apreço, há que analisar sucessivamente os argumentos da GSK relativos ao objecto e aos efeitos do artigo 4.º das condições gerais de venda.

— Quanto à existência de um objecto contrário à concorrência

114 A GSK não contesta que o artigo 4.º das condições gerais de venda foi criado com a intenção de limitar o comércio paralelo de 82 medicamentos comercializados pela GW entre a Espanha e outros Estados-Membros, principalmente o Reino Unido.

115 Resulta da jurisprudência que os acordos que visam proibir, em absoluto, o comércio paralelo devem, em princípio, ser considerados como tendo por objecto restringir a concorrência (acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*; acórdãos do Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 1978, Miller International/ /Comissão, 19/77, Colect., p. 45, n.os 7 e 18; de 12 de Julho de 1979, BMW Belgium/ /Comissão, 32/78, 36/78 e 82/78, Recueil, p. 2435, n.os 20 a 28 e 31, e Sandoz Prodotti Farmaceutici/Comissão, já referido no n.º 76 *supra*, n.º 16).

116 Da jurisprudência resulta igualmente que os acordos que pretendem claramente dar um tratamento desfavorável ao comércio paralelo devem em princípio ser considerados como tendo por objecto restringir a concorrência (acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 1983, IAZ e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.os 23 a 25, e de 6 de Abril de 2006, General Motors/Comissão, C-551/03 P, Colect., p. I-3173, n.os 67 e 68).

117 Contudo, a GSK sustenta com acerto que, tendo em conta o contexto jurídico e económico, a Comissão não podia basear-se apenas na circunstância de o artigo 4.º das condições gerais de venda instituir um sistema de preços diferenciados com o objectivo de limitar o comércio paralelo e concluir daí que essa cláusula tinha por objectivo restringir a concorrência.

118 Com efeito, o objectivo conferido ao artigo 81.º, n.º 1, CE, que constitui uma disposição fundamental indispensável ao cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, ao funcionamento do mercado interno (acórdãos do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1999, Eco Swiss, C-126/97, Colect., p. I-3055, n.º 36, e de 20 de Setembro de 2001, Courage e Crehan, C-453/99, Colect., p. I-6297, n.º 20), é o de evitar que as empresas, ao restringirem a concorrência entre elas ou com terceiros, reduzam o bem-estar dos consumidores dos produtos em causa (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Junho de 2006, Österreichische Postsparkasse e Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comissão, T-213/01 e T-214/01, Colect., p. II-1601, n.º 115; neste sentido, v. igualmente o acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*, e o acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Junho de 1978, Tepea/Comissão, 28/77, Recueil, p. 1391, Colect., p. 483, n.º 56). Na audiência, a Comissão salientou por várias vezes que tinha sido nesta perspectiva que conduzira a sua análise, concluindo, num primeiro momento, que as condições gerais de venda restringiam, com toda a evidência, o bem-estar dos consumidores, e, num segundo momento, interrogando-se sobre se esta restrição seria compensada por um acréscimo de eficiência que beneficiasse os consumidores.

119 Por consequência, a aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE ao caso concreto não pode depender unicamente do facto de o acordo em causa visar limitar o comércio paralelo de medicamentos ou compartimentar o mercado comum, elementos que permitem concluir que ele afecta as trocas entre Estados-Membros, mas exige ainda uma análise destinada a determinar se o mesmo acordo tem por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado em causa em detrimento do consumidor final. Como resulta da jurisprudência citada nos n.os 111 e 112 *supra*, esta análise, que pode ser abreviada quando as cláusulas do acordo demonstram por si mesmas a existência de uma alteração da concorrência, como a Comissão salientou na audiência, deve, em contrapartida, ser completada, segundo as circunstâncias do caso concreto, sempre que não seja esse o caso (acórdãos Société technique minière, n.º 55 *supra*, e Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*).

120 Em especial, no acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 10 *supra*, que deu origem à jurisprudência citada nos n.os 15 e 116 *supra*, o Tribunal de Justiça não declarou, ao contrário do que sustentou a Comissão nos seus articulados, que um acordo que visa limitar o comércio paralelo deve ser considerado, pela sua própria natureza, independentemente de qualquer análise da concorrência, como tendo por objecto restringir a concorrência. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça limitou-se, num primeiro momento, a considerar que um acordo entre um produtor e um distribuidor que pretende reconstituir o isolamento dos mercados nacionais no comércio entre os Estados-Membros pode ser susceptível de contrariar os objectivos mais fundamentais da Comunidade (p. 431); consideração que o levou a rejeitar a alegação da inaplicabilidade do artigo 81.º, n.º 1, CE aos acordos verticais (pp. 432 a 434). Num segundo momento, procedeu a uma análise da concorrência, abreviada mas efectiva, no decurso da qual salientou que o acordo em causa visava eliminar qualquer possibilidade de concorrência ao nível do comércio por grosso a fim de praticar preços subtraídos a uma concorrência eficaz; considerações que levaram o Tribunal de Justiça a considerar improcedentes os argumentos baseados na inexistência de restrição da concorrência (pp. 435 a 437).

121 Embora a partir daí tenha ficado adquirido que o comércio paralelo beneficia de uma certa protecção, não é em si mesmo, mas, como declarou o Tribunal de Justiça, na medida em que favorece o desenvolvimento das trocas comerciais e o reforço da

concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Janeiro de 1992, X, C-373/92, Colect., p. I-131, n.º 12), isto é, nesta segunda perspectiva, na medida em que proporciona aos consumidores finais as vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços (acórdão Tepea/Comissão, referido no n.º 118 *supra*, n.ºs 43 e 56). Assim, se se demonstrar que um acordo que visa limitar o comércio paralelo deve, em princípio, ser considerado como tendo por objecto restringir a concorrência é porque se pode presumir que priva os consumidores finais dessas vantagens.

122 Ora, tendo em conta o contexto jurídico e económico em que se desenvolvem as condições gerais de venda da GSK, não se pode presumir que elas privem os consumidores finais de medicamentos dessas vantagens. Com efeito, os grossistas, cuja função é, como declarou o Tribunal de Justiça, garantir ao comércio a retalho um abastecimento que beneficie da concorrência entre produtores (acórdão Metro I, já referido no n.º 109 *supra*, n.º 40), são agentes económicos que operam num estádio intermédio da cadeia de valor e são susceptíveis de conservar a vantagem que o comércio paralelo pode comportar em termos de preço, caso em que esta não será repercutida para os consumidores finais.

123 Uma descrição deste contexto figura na Secção I da Decisão, consagrada aos factos, e mais particularmente na subsecção F, intitulada «Comércio paralelo no sector dos produtos farmacêuticos na Comunidade — impacto de enquadramentos regulamentares nacionais e flutuações cambiais», e G, intitulada «Comércio paralelo a nível dos produtos da GW na Comunidade — impacto das condições de venda da GW».

124 A leitura desta descrição faz ressaltar que as principais características do contexto jurídico e económico são as seguintes, de acordo com o que a GSK admitiu tanto nos seus articulados como na audiência.

125 Em primeiro lugar, segundo os considerandos 31, 36 e 50 da Decisão, o preço dos medicamentos comparticipados pelos sistemas nacionais de seguro de saúde não é determinado mediante um processo de concorrência em toda a Comunidade, mas, na maior parte dos Estados-Membros, directamente fixado no termo de um processo administrativo e indirectamente controlado nos outros Estados-Membros.

126 Em segundo lugar, de acordo com o considerando 31 da Decisão, a harmonização das disposições nacionais aplicáveis na matéria, é, neste estádio, limitado. De facto, a Directiva 89/105 limita-se a estabelecer que a fixação dos preços destes medicamentos, quando está prevista no direito nacional, deve ser feita no final de um processo transparente e basear-se em critérios objectivos e verificáveis. Quanto ao mais, segundo o considerando 50 da Decisão, o direito nacional pode prever a utilização de diversos critérios, em função da política prosseguida pelo Estado-Membro em causa em matéria de saúde pública e de financiamento do sistema nacional de seguro de saúde, como igualmente expõe a Directiva 89/105. É o caso do direito espanhol, que, segundo os considerandos 37 e 38 da Decisão, prevê a fixação directa de um preço máximo por grosso e a fixação indirecta de um preço máximo para o retalho. Por seu lado, a lei do Reino Unido não prevê a fixação de preços, mas, segundo os considerandos 44 a 46 da Decisão, prevê o controlo dos lucros das sociedades farmacêuticas.

127 Em terceiro lugar, segundo os considerandos 29 a 31 da Decisão, as diferenças que existem entre as disposições nacionais aplicáveis são uma causa estrutural da existência de significativas diferenças de preços entre Estados-Membros.

128 Em quarto lugar, segundo os considerandos 30, 32 e 53 da Decisão, a flutuação das taxas de câmbio é uma causa conjuntural da existência destas diferenças de preços. Este fenómeno, que dizia potencialmente respeito a todos os Estados-Membros da Comunidade em 3 de Março de 1998, data em que a GSK notificou as condições gerais de venda à Comissão, dizia também respeito ao Reino Unido, à Dinamarca e à Suécia em 8 de Maio de 2001, data em que a Comissão adoptou a Decisão, tal como resulta do considerando 53 da Decisão.

129 Em quinto lugar, estas diferenças de preços são, elas próprias, a causa do comércio paralelo de medicamentos na Comunidade, nos termos do considerando 29 da Decisão. Os principais Estados-Membros de destino deste comércio paralelo são, como precisam os considerandos 33 e 34 da Decisão, a Dinamarca, os Países Baixos e o Reino Unido.

130 Em sexto lugar, alguns Estados-Membros adoptaram disposições que, independentemente da questão de saber se têm por objecto encorajar o comércio paralelo — o que a Comissão expõe nos considerandos 31, 33, 34, 36 e 52 da Decisão, mas que a GSK contesta — podem ter esse efeito. É esse o caso especialmente do Reino Unido, onde, como indica o considerando 49 da Decisão, o National Health Service reembolsa automaticamente os farmacêuticos de um montante igual ao preço a que o fabricante comercializa o seu medicamento no mercado britânico; reduzido de um montante fixo de 4 a 5% que se presume corresponder às economias realizadas pelos farmacêuticos em virtude de se fornecerem noutros mercados a preços mais baixos.

131 Em sétimo lugar, tal como resulta dos considerandos 31 e 51 da Decisão, regra geral, o paciente só suporta uma parte limitada, embora variável de Estado-Membro para Estado-Membro, do preço dos medicamentos que adquira e que sejam comparticipados pelo Sistema Nacional de Saúde. O sistema nacional de seguro de saúde suporta a parte substancial dos custos. É o caso do Reino Unido, onde o paciente, segundo o considerando 48 da Decisão, paga 6 libras esterlinas (GBP) por medicamento, a menos que pertença a uma categoria de pessoas isentas desse pagamento.

132 A Comissão remete para certos aspectos desta descrição no quadro da análise dedicada ao objecto do artigo 4.º das condições gerais de venda. Refere-se-lhe no considerado 117 da Decisão, para avaliar o impacto desta estipulação no comércio paralelo, que não é contestado. E refere-se-lhe igualmente no considerando 121 da Decisão para explicar que, contrariamente ao que sustenta a GSK, as sociedades farmacêuticas dispõem de poder de negociação no quadro do processo espanhol de fixação do preço por grosso dos medicamentos.

133 Contudo, em nenhum momento a Comissão analisou a característica específica e essencial do sector, que consiste no facto de os preços dos produtos em causa, submetidos ao controlo dos Estados-Membros, que os fixam directa ou indirectamente ao nível que consideram adequado, se estabelecerem a níveis estruturalmente diferentes na Comunidade e, contrariamente aos preços de outros bens de consumo a que a Comissão se referiu nos seus articulados e na audiência, como os artigos para desporto ou os motociclos, permanecerem em qualquer caso subtraídos, em grande medida, ao livre jogo da oferta e da procura.

134 Esta circunstância obsta a que se possa presumir que o comércio paralelo tem efeito sobre os preços praticados ao consumidor final de medicamentos comparticipados pelos sistemas nacionais de saúde e que lhe traga, a este título, uma vantagem sensível análoga à que teria se estes preços fossem fixados pelo jogo da oferta e da procura.

135 Entretanto, a própria Comissão admite o efeito à primeira vista ambíguo do comércio paralelo dos medicamentos sobre o bem-estar dos consumidores finais, pois indica, na sua Comunicação COM(1998) 588 final, de 25 de Novembro de 1999, relativa ao mercado único dos produtos farmacêuticos, que é citada no considerando 161 da Decisão e invocada pelas partes nos seus articulados e nas suas respostas às questões escritas do Tribunal, que, a menos que consiga agir dinamicamente sobre os preços, o comércio paralelo cria ineficácia, porquanto a maior parte, se não a totalidade do benefício financeiro reverte a favor do comerciante paralelo e não do sistema de saúde ou do paciente (p. 6).

136 Assim, não pode considerar-se que a análise do artigo 4.º das condições gerais de venda, destinado, segundo a GSK, a garantir que o preço por grosso fixado pelo Reino de Espanha seja efectivamente aplicado apenas aos medicamentos para os quais foi efectivamente previsto, revele por si mesmo que a concorrência é impedida, restringida ou falseada.

137 Nenhum dos argumentos da Comissão e dos intervenientes parece ser apto a pôr em causa esta conclusão.

138 Em especial, a Comissão não pode limitar-se, como fez nos considerandos 118 e 119 da Decisão e nos seus articulados, a estabelecer paralelos com os acordos que teve a ocasião de analisar na sua prática decisional anterior, considerando o artigo 4.º das condições gerais de venda parecido com esses acordos ou a eles assimilável. Com efeito, tal maneira de proceder abstrai totalmente dos elementos do contexto jurídico e económico acima descritos, inexistentes nas decisões de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE a que a Comissão se reportou.

139 Por outro lado, a Comissão não pode sustentar que a existência da regulamentação espanhola relativa à fixação do preço por grosso dos medicamentos não é determinante por conceder o poder de negociação que ela concede às sociedades farmacêuticas, como sustenta nos considerandos 120 a 123 da Decisão e nos seus articulados. Também não pode sustentar que a coexistência de regulamentações estatais diferentes a este respeito não é determinante, tendo em conta a jurisprudência (acórdão BMW Bélgica/Comissão, referido no n.º 115 *supra*, n.º 5, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Maio de 1999, BASF/ /Comissão, T-175/95, Colect., p. II-1581, n.^{os} 121 a 123 e 136), como igualmente sustenta nos seus articulados.

140 Com efeito, mesmo supondo que a regulamentação espanhola concede um poder de negociação às sociedades farmacêuticas, como sustentaram a Comissão e as intervenientes na audiência, nem por isso a existência dessa regulamentação e a sua coexistência com a de outros Estados-Membros deixa de ter uma influência significativa sobre um parâmetro essencial do jogo da concorrência (v., por analogia, o acórdão Suiker Unie e o./Comissão, n.º 104, referido nos n.^{os} 17 e 71), elemento de contexto de que não pode abstrair-se na análise da concorrência.

141 Não pode portanto ser estabelecido qualquer paralelo entre os processos invocados pela Comissão, os quais, como esta instituição salientou na audiência, se referiam a medidas de congelamento dos preços de automóveis novos (acórdão BMW Belgium/Comissão, referido no n.º 115 *supra*, n.º 5) ou de produtos para repintura de automóveis (acórdão BASF/Comissão, referido no n.º 139 *supra*, n.º 123) em vigor num único Estado-Membro da Comunidade, e o presente processo, caracterizado pelo facto de o preço dos produtos em causa ser fixado, em absoluto, pelos Estados-Membros, escapando por natureza ao jogo da oferta e da procura e fixando-se a níveis estruturalmente diferentes no conjunto da Comunidade, apesar de uma concorrência residual que pode manifestar-se pelo jogo do comércio paralelo.

142 Finalmente, não se pode inferir do n.º 75 do acórdão General Motors/Comissão, já referido no n.º 116 *supra*, invocado pela Comissão nas suas respostas às questões escritas do Tribunal de Primeira Instância e na audiência, que se deva abstrair totalmente da situação de facto recordada no número anterior.

143 Com efeito, resulta do n.º 75 deste acórdão que, a falta de harmonização fiscal não impede a conclusão de que um acordo destinado a limitar o comércio paralelo de veículos automóveis tem por objecto restringir a concorrência, embora tenha, como salientou a Comissão na audiência, um efeito sobre a concorrência no sector. Em contrapartida, dele não resulta de modo algum que as regulamentações estatais em causa neste processo sejam indiferentes para a análise da concorrência quando têm por objecto subtrair a formação do preço dos medicamentos comparticipados pelos sistemas nacionais de saúde ao jogo da concorrência.

144 Por seu lado, as intervenientes não podem invocar o facto de que, na realidade, as regulamentações estatais em causa não visam subtrair a formação dos preços destes medicamentos ao jogo da oferta e da procura, mas paliar a falta de concorrência devida ao peso das sociedades farmacêuticas no mercado e garantir a existência de preços justos, como alegaram na audiência.

145 Com efeito, o juiz comunitário, quando tenha de apreciar um recurso de anulação de uma decisão da Comissão que aplica regras de concorrência, exerce, nos termos do artigo 230.º CE, e sem prejuízo do artigo 229.º CE, um controlo sobre a legalidade dessa decisão. Ora, os argumentos das intervenientes baseiam-se em factos que não foram nem mencionados nem, por maioria de razão, apreciados pela Comissão na sua decisão. Não cabe ao Tribunal substituir-se à Comissão e passar a analisá-los imediatamente.

146 Além disso, estes argumentos devem ser confrontados com os argumentos da GSK, nos termos dos quais as regulamentações estatais em matéria de patentes visam permitir às sociedades farmacêuticas recuperar os seus custos de investigação e de desenvolvimento (a seguir «I&D»), concedendo-lhes um monopólio temporário, no termo do qual os fabricantes de medicamentos genéricos restauram a concorrência pelos preços, de forma que os comerciantes paralelos, que operam no mercado durante o período de validade das patentes, são vectores de uma concorrência artificial e não de uma concorrência eficaz, no sentido do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE e do artigo 81.º CE.

147 Por consequência, a conclusão principal da Comissão, de que o artigo 4.º das condições gerais de venda se deve considerar proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE por ter por objecto restringir o comércio paralelo não pode ser acolhida. Estando os preços dos medicamentos em causa, em larga medida, subtraídos ao livre jogo da oferta e da procura devido à regulamentação aplicável, e sendo fixados ou controlados pelos poderes públicos, não se pode sem mais dar por adquirido que o comércio paralelo visa baixar os preços e, assim, aumentar o bem-estar dos consumidores finais. A análise do teor do artigo 4.º das condições gerais de venda, efectuada neste contexto, não permite portanto presumir que esta estipulação, que visa limitar o comércio paralelo, visa reduzir o bem-estar dos consumidores finais. Nesta situação, em grande medida inédita, o carácter restritivo da concorrência deste acordo não pode ser deduzido da mera leitura dos seus termos, efectuada no seu contexto, tendo de ser necessariamente considerados os seus efeitos, quanto mais não seja para verificar o que essa leitura permitiu à autoridade reguladora detectar.

— Quanto à existência de um efeito contrário à concorrência

148 A análise do efeito de um acordo sobre a concorrência requer, em primeiro lugar, a delimitação do ou dos mercados em causa, do ponto de vista quer material quer geográfico (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., p. I-935, n.os 15, 16 e 18).

149 No caso em apreço, no que se refere ao mercado dos produtos em causa, a Comissão observou, nos considerandos 112 e 113 da Decisão, que, tendo em conta as observações da GSK segundo as quais a natureza e alcance do comércio paralelo e das condições gerais de venda podiam atestar a existência de um mercado de produtos abrangendo a totalidade dos medicamentos vendidos mediante receita médica, não era necessário determinar com precisão as quotas de mercado da GW para cada um dos 82 medicamentos em causa. Na medida em que a Comissão pôs em dúvida, na audiência, a existência das observações da GSK em que se baseiam esses considerandos, tem de constatar-se que a leitura da notificação complementar permite concluir que a Decisão não está viciada por erro de facto relativamente a este ponto.

150 No que se refere ao mercado geográfico em causa, a Comissão concluiu, em definitivo, no considerando 114 da Decisão, que ele devia ser considerado nacional, em função, designadamente, do facto de existirem nos Estados-Membros da Comunidade diferenças entre as regulamentações nacionais relativas aos preços e ao reembolso, bem como de estratégias de marca e de acondicionamento, de sistemas de distribuição e de hábitos de prescrição.

151 Por seu lado, os mercados afectados pelo acordo não foram explicitamente enumerados pela Comissão. Infere-se todavia dos considerandos 112 a 114, 117 e 126 da Decisão, como a Comissão confirmou nas suas respostas às questões escritas do Tribunal, que se trata, por um lado, do mercado espanhol, onde os grossistas

espanhóis podem comprar medicamentos GW e, por outro, de todos os mercados nacionais da Comunidade, em que eles são passíveis de os revender, ou seja, dos mercados em que o diferencial existente entre o preço espanhol e o preço doméstico é suficiente para tornar lucrativo o comércio paralelo.

152 A GSK não contesta a abordagem seguida pela Comissão relativamente ao mercado geográfico em causa, como confirmou na audiência. É portanto facto assente que este mercado, entendido como o território em que todos os operadores económicos, relativamente ao produto em questão, se encontram em condições objectivas de concorrência, se não similares, pelo menos suficientemente homogéneas (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão, 27/76, Colect., p. 77, n.^{os} 44 e 53, e do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão, T-83/91, Colect., p. II-755, n.º 91), pode ser considerado, *in casu*, como nacional, tendo em conta, nomeadamente, as diferenças das regulamentações relativas aos preços e ao reembolso dos medicamentos.

153 Pelo contrário, a GSK contesta a abordagem seguida pela Comissão relativamente ao mercado dos produtos em causa. Sustenta que, tendo em conta a regulamentação espanhola a esse respeito, a Comissão devia ter estabelecido uma distinção entre um mercado regulamentado, que abrange os medicamentos destinados a ser revendidos e comparticipados em Espanha e um mercado livre, que abrange os medicamentos destinados a ser revendidos e comparticipados em qualquer outro Estado-Membro. No entanto, esta crítica não é procedente.

154 Resulta dos considerandos 112 e 113 da Decisão que a Comissão não aprofundou a questão da definição do mercado dos produtos em causa. Interrogada sobre qual o quadro em que raciocinou na prática, a Comissão indicou nas suas respostas às questões escritas do Tribunal que, tendo considerado não ser necessário definir o mercado dos produtos em causa, na medida em que tinha já concluído pela existência de um objecto contrário à concorrência, tinha procedido a uma definição sumária do mesmo.

155 Explicou igualmente nas suas respostas na audiência que, não tendo procedido a uma abordagem muito elaborada a esse respeito, ateve-se estritamente à definição tradicionalmente utilizada nessa matéria, ou seja, uma definição baseada no terceiro nível da classificação terapêutica anatómica (ATC) estabelecida pela European Pharmaceutical Medical Research Association (EphMRA). Esta corresponde, como indicam os considerandos 16 e 110 da Decisão, a subgrupos definidos em função da indicação terapêutica e das propriedades farmacológicas dos medicamentos em causa.

156 Quando o Tribunal de Primeira Instância decide um recurso de anulação de um acto comunitário, cabe-lhe interpretar esse acto, designadamente quando a instituição autora do mesmo fornece explicações quanto à maneira como é conveniente interpretá-lo (acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão, C-194/99 P, Colect., p. I-10821, n.os 55 e 56). No caso em apreço, uma leitura de conjunto da Decisão permite entender que a Comissão raciocinou, implícita mas necessariamente, no quadro de um mercado apreendido como sendo o da distribuição de medicamentos comparticipados pelo sistema nacional de seguro de saúde espanhol, na medida em que são susceptíveis de ser objecto de comércio paralelo para outros Estados-Membros da Comunidade. Assim, a Comissão descreveu de forma global, nos considerandos 64 a 71 da Decisão, o comércio paralelo de medicamentos comercializados em Espanha pela GW e, nos considerandos 72 a 75 da Decisão, os efeitos das condições gerais de venda nesse negócio. Da mesma forma analisou o efeito restritivo do artigo 4.º das mesmas nos considerandos 117, 126, 137, 139 e 140 da Decisão, focalizando a sua atenção sobre uma amostragem de oito medicamentos particularmente susceptíveis de ser objecto de comércio paralelo e acerca dos quais a GSK lhe fornecera informações. Foi também da mesma forma que apreendeu o carácter apreciável deste efeito contrário à concorrência no considerado 144 da Decisão, bem como a afectação do comércio entre os Estados-Membros no considerando 146 da Decisão.

157 Como resulta dos n.os 13 e 14 da Comunicação 97/C 372/03 da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO 1997, C 372, p. 5, n.os 13 e 14), esta instituição obrigou-se a definir o mercado dos produtos em causa tendo principalmente em conta a substituibilidade do lado da procura e do lado da oferta.

158 No que respeita ao primeiro aspecto, resulta do artigo 1.º, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 336, p. 21), que é necessário averiguar, no quadro de um acordo como o que está em causa no presente processo, quais os produtos que o comprador considera permutáveis ou substituíveis devido às suas características, preço e utilização pretendida.

159 Ora, não parece manifestamente errado considerar que o comprador, ou seja, o grossista espanhol, passível de se dedicar ao comércio paralelo, esteja interessado nesse comércio menos pela indicação terapêutica e pelas propriedades farmacológicas de cada um dos medicamentos que compra à GW do que pelo facto de todos esses medicamentos serem comparticipados pelo sistema nacional de seguro de saúde espanhol, sendo o seu preço, por consequência, fixado pela administração espanhola. De igual modo, não parece ser manifestamente errado considerar que este comprador está menos interessado no preço de cada um destes medicamentos enquanto tal do que no facto de existir um diferencial de preço suficiente para tornar o comércio paralelo lucrativo, relativamente a esses medicamentos, entre a Espanha e o Estado-Membro de destino. Nestas condições, não é manifestamente errado considerar que o conjunto dos medicamentos comparticipados pelo sistema nacional de seguro de saúde espanhol, cuja revenda proporciona um lucro devido ao diferencial de preço existente entre a Espanha e o Estado-Membro de destino, constitui um mercado de produtos.

160 No que respeita ao segundo aspecto, pode constatar-se que, como decorre das observações da GSK em que a Comissão se baseou nos considerandos 112 e 113 da Decisão, o artigo 4.º das condições gerais de venda foi concebido para apreender, de maneira geral, a questão do comércio paralelo de medicamentos comercializados pela GW entre a Espanha e os Estados-Membros em relação aos quais esta actividade pode ser lucrativa para os grossistas espanhóis.

161 Assim, a existência da regulamentação espanhola apresenta-se, tanto do ponto de vista dos compradores como da GSK, mais como o factor que confere unidade ao mercado dos produtos em causa, do que como um elemento que deva conduzir a

distinguir um mercado da distribuição de medicamentos destinados ao consumo doméstico, mercado este regulamentado, e um mercado da distribuição de medicamentos destinados à exportação, que seria um mercado livre. Na realidade, a distinção proposta pela GSK liga-se mais ao carácter evidentemente territorial da regulamentação espanhola e à dimensão nacional do mercado geográfico em causa, como, de resto, aquela admitiu na audiência.

162 Em segundo lugar, há que analisar os efeitos actuais ou potenciais do acordo sobre a concorrência. Esta análise implica uma comparação entre a situação da concorrência decorrente do acordo com aquela que ocorreria se o acordo não existisse (acórdãos Société technique minière, já referido no n.º 55 *supra*, Colect., p. 388, e. Deere/ /Comissão, já referido no n.º 112 *supra*, n.º 76).

163 No caso em apreço, deve salientar-se, desde já, que resulta dos considerandos 26 e 28 da Decisão que a aplicação das condições gerais de venda, entradas em vigor em 9 de Março de 1998, foi suspensa em 6 de Outubro de 1998 e assim permaneceu até à data de adopção da Decisão, como as partes recordaram na audiência. Por consequência, a análise efectuada pela Comissão deve ser interpretada como sendo principalmente consagrada aos efeitos potenciais das condições gerais sobre a concorrência, como admitiram as partes na audiência.

164 A este respeito, a GSK admite que o artigo 4.º das condições gerais de venda tem ou pode ter como efeito limitar o comércio paralelo, mas contesta que tenha ou possa ter por objecto restringir a concorrência. Os principais argumentos que a GSK avança dizem respeito, em substância, a quatro aspectos do raciocínio desenvolvido pela Comissão na Decisão. Em primeiro lugar, o facto de o artigo 4.º das condições gerais de venda limitar o comércio paralelo e prejudicar a liberdade de acção dos grossistas espanhóis não implica, por si mesmo, que tenha por efeito restringir a concorrência. Em segundo lugar, tendo em conta o contexto jurídico e económico em que esta estipulação se aplica, o facto de ela instituir um sistema de preços diferenciados não implica que tenha por si mesma um efeito restritivo da concorrência. Em terceiro lugar, a Comissão limitou-se a concluir que esta

estipulação limita o comércio paralelo, afecta a liberdade de acção dos grossistas espanhóis e impõe preços diferenciados, de forma que não demonstrou, de forma juridicamente convincente, que tivesse por efeito restringir a concorrência. Em quarto lugar, a Comissão não terá tido em conta, em qualquer caso, o facto de o artigo 4.º das condições gerais de venda se limitar a neutralizar uma distorção da concorrência imputável ao Reino de Espanha.

165 Há que determinar se estas diferentes críticas demonstram que a Decisão considerou erradamente que o artigo 4.º das condições gerais de venda tinha por efeito restringir a concorrência.

166 Em primeiro lugar, é facto assente que, tal como se observa no considerando 126 da Decisão, esta estipulação tem por efeito limitar o comércio paralelo de medicamentos comercializados pela GW em Espanha. Com efeito, em muitos casos, substitui ao preço 4 A, significativamente inferior ao preço em vigor em alguns Estados-Membros diferentes da Espanha, um preço 4 B, para o qual o diferencial é menor ou inexistente. Nesta medida, suprime ou reduz o lucro que os grossistas espanhóis poderiam obter por se dedicarem a uma actividade de exportação.

167 Contudo, há que recordar que, considerado em si mesmo, o facto de um acordo ter ou poder ter como efeito limitar o comércio paralelo produz sem dúvida uma afectação do comércio entre os Estados-Membros, mas não necessariamente uma restrição da concorrência. São as repercussões que esta limitação do comércio paralelo tem ou pode ter sobre um dos parâmetros da concorrência, tais como a quantidade em que um produto é fornecido ou o preço a que é vendido, que atestam a existência dessa restrição (v., neste sentido, acórdão Tepea/Comissão, já referido no n.º 118 *supra*, n.os 41, 43 e 56).

168 Assim, o facto de, na falta do artigo 4.º das condições gerais de venda, os grossistas espanhóis estarem em condições de comprar medicamentos ao preço por grosso fixado pela administração espanhola independentemente do Estado-Membro em

que esses medicamentos se destinem a ser revendidos e do sistema nacional de saúde em que os mesmos serão comparticipados, e depois os revenderem em qualquer outro Estado-Membro em que o preço seja suficientemente superior ao preço espanhol para lhes permitir realizar um lucro, tendo em conta os custos da transacção, e independentemente da análise da questão de saber em que medida o comércio paralelo contribui para a concorrência pelos preços, devido ao papel desempenhado pelos Estados-Membros nesta matéria, não permite concluir pela existência de um efeito restritivo da concorrência.

169 Por consequência, a GSK sustenta com acerto que, após ter invocado o efeito do artigo 4.º das condições gerais de venda sobre o comércio paralelo, a Comissão tinha ainda de demonstrar o efeito sobre a concorrência.

170 Em segundo lugar, não se contesta que, como se afirma nos considerandos 137 a 139 da Decisão, o artigo 4.º das condições gerais de venda tem por efeito restringir a liberdade de acção dos grossistas espanhóis, designadamente a de escolherem os seus clientes.

171 Todavia, nem todo o acordo que restrinja a liberdade de acção da empresa ou das empresas que nele participam fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 81.º, n.º 1, CE (v., neste sentido, acórdão de 12 de Dezembro de 1996, Reisebüro Broede, C-3/95, Colect., p. I-6511, n.º 38). Importa ainda examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos (acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, C-309/99 e o., Colect., p. I-1577, n.º 97, e do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 2001, M6 e o., Comissão, T-112/99, Colect., p. II-2459, n.º 76). Em especial, qualquer contrato celebrado entre agentes económicos que operam em estádios diferentes do circuito de produção e de distribuição tem como consequência a sua vinculação e, por conseguinte, a limitação, segundo os termos estipulados, da sua liberdade de acção. No caso em apreço, qualquer que seja o preço a que os grossistas espanhóis acordem comprar um medicamento à GW no mercado espanhol (preço 4 A ou preço 4 B), estão limitados na sua liberdade de acção na medida em que, do ponto de vista económico, não estão duravelmente em condições de os venderem a um preço

inferior nos outros mercados nacionais da Comunidade. Todavia, sendo o objectivo das regras comunitárias da concorrência o de evitar que as empresas, ao restringirem a concorrência entre elas ou relativamente a terceiros, reduzam o bem-estar do consumidor final dos produtos em causa (n.º 118 *supra*), impõe-se ainda demonstrar que a limitação em causa restringe a concorrência em detrimento daquele. Entretanto, a própria Comissão explicou na audiência que a limitação da liberdade de acção dos grossistas espanhóis dificilmente seria encarável isoladamente e apenas constituía o ponto de partida da sua análise.

172 Por consequência, a GSK sustenta a justo título que, depois de ter invocado o efeito do artigo 4.º das condições gerais de venda sobre a liberdade de acção dos grossistas espanhóis, a Comissão tinha ainda de demonstrar em que é que essa estipulação tinha por efeito restringir a concorrência em detrimento do consumidor final.

173 Em terceiro lugar, não se contesta que o artigo 4.º das condições gerais de venda estabelece um sistema de preços diferenciados consoante cada um dos 82 medicamentos em causa seja destinado a revenda e comparticipação em Espanha ou em qualquer outro Estado-Membro.

174 Embora o considerando 139 da Decisão possa, à primeira leitura, parecer ambíguo sobre este ponto, verifica-se, depois de melhor análise, que a Comissão considerou que esse sistema tinha um efeito discriminatório em função do destino dos produtos em causa (mercado espanhol, por um lado, os outros mercados nacionais, por outro). A leitura dos articulados da Comissão confirma esta interpretação. Por um lado, o sistema de preços diferenciados implantado pela GW é aí comparado a uma discriminação de preços proibitiva em função do país de destino, concluindo a Comissão que ele leva a aplicar condições desiguais a prestações equivalentes, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, alínea d), CE. Por outro lado, a Comissão refere-se nesse número à jurisprudência relativa ao artigo 82.º, alínea c), CE, cujo teor é idêntico ao daquela disposição.

175 O artigo 81.º, n.º 1, alínea d), CE proíbe os acordos que consistem em aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.

176 No caso em apreço, não há dúvida de que os grossistas espanhóis são parceiros comerciais da GW e que esta os submete a condições desiguais consoante eles revendam esses medicamentos em Espanha ou noutros Estados-Membros da Comunidade. Em contrapartida, não está demonstrado que estas vendas constituam prestações equivalentes e que, portanto, os elementos constitutivos do artigo 81.º, n.º 1, alínea d), CE estejam reunidos.

177 Com efeito, resulta da jurisprudência a que se reporta a Comissão que o artigo 82.º, alínea c), CE não se opõe a que uma empresa em posição dominante fixe preços diferentes em diferentes Estados-Membros, nomeadamente quando as diferenças de preços se justificam por variações nas condições de comercialização e de intensidade da concorrência, mas proíbe-a de praticar diferenças artificiais de preços nos diversos Estados-Membros susceptíveis de criar desvantagens para os seus clientes e de falsear a concorrência no contexto de uma compartimentação artificial dos mercados nacionais (acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido no n.º 152 *supra*, n.º 160, e jurisprudência citada). Mais genericamente, dela resulta que, se o facto de uma empresa em posição dominante praticar preços diferentes pode, na falta de uma justificação objectiva, constituir um indício da existência de uma discriminação quando esses preços sejam aplicados num mercado geográfico determinado, caracterizado por condições de concorrência suficientemente homogéneas, não é esse o caso quando eles são aplicados em mercados geográficos distintos, caracterizados por condições de concorrência insuficientemente homogéneas, tendo designadamente em conta o quadro regulamentar pertinente (v., neste sentido, acórdão United Brands/Comissão, já referido no n.º 152 *supra*, n.ºs 44 a 56 e 207, 208, 225, 228 e 233, e acórdão Tetra Pak/Comissão, n.º 152 *supra*, n.ºs 92 a 96 e 161, 164, 165, 167 e 170).

178 Estas considerações podem ser transpostas para o caso em apreço, em que um produtor e os seus grossistas se põem de acordo para praticarem preços diferentes em função do Estado-Membro em que os produtos se destinam a ser revendidos e comparticipados. Ora, é ponto assente que cada um desses Estados-Membros constitui um mercado distinto, na medida em que o mercado geográfico em causa é nacional, em virtude, designadamente, das diferenças de regulamentações de preços e à comparticipação dos medicamentos em causa. Portanto, a própria Comissão considerou, na Decisão, que o grossista espanhol, quando fornecia estes diferentes

mercados nacionais, operava, tendo designadamente em conta o quadro regulamentar pertinente, em condições de concorrência que, no que se refere aos preços, parâmetro a que se refere precisamente o artigo 4.º das condições gerais de venda, eram heterogéneas.

179 Por consequência, a GSK sustenta com razão que a constatação da existência de uma diferença de preços não é suficiente para concluir pela existência de uma discriminação. Com efeito, é possível que ela pratique preços diferentes porque existem mercados diferentes e não para que existam mercados diferentes.

180 Essa explicação é aliás proposta pela própria Comissão, que indica na Comunicação COM(1998) 588 final, referida no n.º 135 *supra*, que há discriminação de preços por parte das empresas farmacêuticas, reflectindo as diferenças na capacidade de pagamento (p. 6) e acrescenta, de forma geral, que estabelecer um nível adequado de preços para toda a Comunidade se revelaria extremamente difícil, sendo que níveis baixos beneficiariam os objectivos imediatos despesas com os cuidados de saúde, mas provocariam uma diminuição paulatina do contributo europeu para o investimento em I&D no domínio farmacêutico e tendo a escolha de níveis elevados o efeito de prejudicar o acesso dos consumidores e das instituições pagadoras nos países onde as condições económicas e sociais tornam tais preços incomportáveis (p. 14).

181 Em quarto lugar, a GSK sustenta, em substância, que a Comissão não demonstrou de nenhuma outra maneira que o artigo 4.º das condições gerais de venda tem por efeito restringir a concorrência.

182 Porém, não é esse o caso. Pelo contrário, a Comissão concluiu, no final de uma análise relativamente sumária, como admitiu nas suas respostas às questões escritas deste Tribunal, mas suficientemente completa, levando em conta os factos do caso

concreto (v. n.º 119 *supra*) e os argumentos da GSK, que esta estipulação tinha igualmente por efeito reduzir o bem-estar dos consumidores finais, impedindo-os de retirar vantagens, sob a forma de uma descida dos preços e dos custos, da participação dos grossistas espanhóis na concorrência intramarca nos mercados de destino do comércio paralelo de origem espanhola.

183 Assim, a Comissão constatou, nos considerandos 72 a 75 da Decisão, que o artigo 4.º das condições gerais de venda impunha aos grossistas espanhóis que compram medicamentos comercializados em Espanha pela GW que lhe pagassem um preço (preço 4 B) superior ao preço fixado pela administração espanhola, preço que não pagariam se não existissem as condições gerais de venda (preço 4 A). Esta estipulação tem assim por efeito reduzir ou suprimir, em muitos casos, o diferencial existente até então entre o preço em vigor em Espanha, por um lado, e noutros Estados-Membros da Comunidade, por outro. O número de casos envolvido é significativo, quer se abstraia dos custos incorridos pelos grossistas espanhóis quando se dedicam ao comércio paralelo (transporte, reembalagem, etc.) quer não. A GSK não contesta estas constatações de facto.

184 Em seguida, a Comissão, nos considerandos 48 e 51 da Decisão, constatou que uma parte, embora limitada, do preço dos medicamentos abrangidos pelas condições gerais de venda continuava, em muitos Estados-Membros, a cargo do paciente, que constitui, nesta medida, um consumidor final, no sentido económico do termo, dos produtos em causa. A Comissão constatou igualmente, nos considerandos 49 e 51 da Decisão, que a parte restante do preço dos medicamentos é reembolsada pelo sistema nacional de seguro de saúde, que constitui, ele próprio, um consumidor final dos produtos em causa, na medida em que mutualiza os riscos económicos com a saúde suportados pelos seus beneficiários. O Tribunal de Justiça já salientou a especificidade, sob este ponto de vista, do comércio dos produtos farmacêuticos, caracterizados pela substituição das instituições de segurança social aos consumidores para efeitos de pagamento das despesas de saúde (acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1984, Duphar e o., 238/82, Recueil, p. 523, n.º 20). A GSK não contesta estas constatações de facto, cuja importância, no quadro da argumentação que desenvolveu na Decisão, a Comissão recordou na audiência.

185 Mesmo admitindo que a concorrência entre os grossistas espanhóis que se dedicam ao comércio paralelo, ou entre estes grossistas e os distribuidores implantados no mercado do Estado-Membro de destino do comércio paralelo, é limitada ao ponto de lhes permitir praticar preços de revenda que apenas sejam inferiores aos praticados por estes últimos na estrita medida necessária para atrair os retalhistas, como explicam, de forma convincente, alguns documentos apresentados pela GSK, a Comissão podia, como fez no considerando 140 da Decisão, deduzir das constatações de facto recordadas nos números anteriores que o artigo 4.º das condições gerais de venda obstava a essa concorrência e, em substância, à pressão que se exerceria, se esse artigo não existisse, sobre o preço unitário dos medicamentos em causa, em detrimento do consumidor final, entendido, simultaneamente, enquanto paciente e enquanto sistema nacional de seguro de saúde, este agindo por conta dos seus beneficiários.

186 É certo que, como salientou a Comissão no considerando 133 da Decisão, e, depois, nas suas respostas às questões escritas do Tribunal e na audiência, esta pressão, considerada à escala individual de um dos mercados nacionais afectados pelo artigo 4.º das condições gerais de venda, como o mercado britânico, pode ser considerada marginal. Todavia, a Comissão salientou igualmente, no considerando 140 da Decisão, que o facto de constituir um obstáculo à concorrência, por meio de um acordo celebrado com um número significativo de grossistas espanhóis e que afecta um conjunto significativo de produtos e de mercados nacionais na Comunidade, contribuía ou podia contribuir, por um efeito de rede, para reforçar a rigidez pré-existente dos preços no mercado. Ora, tal reforço infringe o artigo 81.º, n.º 1, CE (v., neste sentido, acórdão Metro I, já referido no n.º 109 *supra*, n.º 22, acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./ /Comissão, 209/78, Recueil, p. 3125, n.º 139).

187 A GSK não fez prova da existência de um erro a este respeito. Pelo contrário, admitiu na audiência que o artigo 4.º das condições gerais de venda, embora destinado a impedir a transferência de excedentes para os grossistas, podia ter como efeito a redução dos benefícios, embora restritos, que a sua participação na concorrência intramarca traz para o consumidor final nesta matéria nos mercados de destino do comércio paralelo.

188 Finalmente, a Comissão constatou, nos considerandos 33, 34, 52 e 134 da Decisão, que alguns sistemas nacionais de seguro de saúde tiravam partido, em graus e segundo modalidades diferentes, do comércio paralelo para reduzirem o custo dos medicamentos que comparticipam. Embora a GSK conteste que as medidas nacionais a que se refere a Comissão tenham por objecto encorajar o comércio paralelo, não contesta que elas possam induzir esse efeito, como a Comissão salientou na audiência, sem que tenha sido contestada. Pelo contrário, alguns dos documentos apresentados sublinham, de maneira convincente, que pode ser esse o caso. A GSK admite igualmente, em último lugar, nas suas respostas às questões escritas e na audiência, a existência de medidas tomadas por alguns Estados-Membros com vista a recuperar uma parte das economias realizadas pelas farmácias através do comércio paralelo.

189 Ao centrar-se no exemplo do Reino Unido, que constituía, segundo a GSK, o principal mercado-alvo do comércio paralelo de medicamentos comercializados em Espanha pela GW, a Comissão podia daí inferir, no considerando 134 da Decisão, que o artigo 4.º das condições gerais de venda tinha por efeito privar os sistemas nacionais de saúde da vantagem que obteriam, sob a forma de redução de custos e independentemente mesmo de qualquer redução de preços de retalho, da participação dos grossistas espanhóis na concorrência intramarca. Embora sublinhando o carácter reduzido desse efeito, a GSK, na audiência, admitiu a sua existência. Admitiu igualmente que esse efeito poderia produzir-se noutros Estados-Membros para além do Reino Unido.

190 Assim, deve concluir-se que a Comissão podia considerar, em face de elementos cuja pertinência não foi validamente posta em causa pela GSK, que o artigo 4.º das condições gerais de venda tinha por efeito reduzir o bem-estar dos consumidores finais, impedindo-os de tirar vantagens, sob a forma de baixa de preços e de custos, da participação dos grossistas espanhóis na concorrência intramarca nos mercados nacionais de destino do comércio paralelo de origem espanhola.

191 Nenhum dos argumentos da GSK é apto a pôr em questão esta conclusão.

192 Em particular, o seu argumento fundamental, segundo o qual o artigo 4.º das condições gerais de venda é justificado por neutralizar uma distorção da concorrência imputável ao Reino de Espanha não é fundamentado. Com efeito, o facto de o contexto jurídico e económico em que operam as empresas contribuir para restringir a concorrência não pode levar a admitir que essas empresas, ao impedirem ou restringirem a concorrência que esse contexto deixa subsistir ou cria, infringe, por seu turno, as regras da concorrência (acórdão Suiker Unie e o./Comissão, já referido no n.º 104 *supra*, n.º 620, e acórdão CIF, já referido no n.º 66 *supra*, n.º 57).

4. Conclusão

193 Resulta do que precede que a GSK não conseguiu pôr em causa a conclusão da Comissão segundo a qual as condições gerais de venda constituem um acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE.

194 Resulta igualmente do que precede que, embora a conclusão principal da Comissão, segundo a qual o artigo 4.º das condições gerais de venda tem por objecto restringir a concorrência seja errada, a GSK não conseguir pôr em causa a sua conclusão subsidiária de que essa estipulação tinha por efeito privar os consumidores finais da vantagem que teriam, em termos de preços e de custos, da participação dos grossistas espanhóis na concorrência intramarca nos mercados nacionais de destino do comércio paralelo de origem espanhola.

195 Por consequência, o fundamento baseado na violação do artigo 81.º, n.º 1, CE deve ser julgado improcedente.

C — *Quanto ao fundamento baseado em desvio de poder, violação do princípio da subsidiariedade e da violação do artigo 43.º CE*

1. Argumentos das partes

196 A GSK alega, em substância, que proibindo-a de prever preços diferenciados, a Decisão lhe impõe, em definitivo, que pratique os preços fixados pela administração espanhola para efeitos de venda por grosso de medicamentos destinados a revenda em Espanha e comparticipados pelo sistema nacional de seguro de saúde espanhol no quadro da venda por grosso de medicamentos destinados a revenda noutros Estados-Membros ou a ser comparticipados por outros sistemas nacionais de seguro de saúde que dispõem do seu próprio sistema de controlo de preços. Ao fazê-lo, ignorou o princípio da subsidiariedade. Além disso, violou a liberdade de estabelecimento prevista no artigo 43.º CE. Por fim, a Comissão, na medida em que tenha por objectivo favorecer a convergência do preço dos medicamentos na Comunidade, incorre em desvio de poder.

197 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, contesta a procedência deste fundamento.

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

198 Há que salientar, em primeiro lugar, que uma decisão só enferma de desvio de poder caso se revele, com base em indícios objectivos, pertinentes e concordantes, ter sido adoptada com a finalidade exclusiva, ou pelo menos determinante, de atingir fins diversos dos invocados (acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1958, Groupement des Hauts Fourneaux et Aciéries Belges/Alta Autoridade, 8/57, Recueil, pp. 223, 245, Colect. 1954-1961, p. 259, e de 11 de Novembro de 2004, Ramondín e o./Comissão, C-186/02 P e C-188/02 P, Colect., p. I-10653, n.º 44).

199 Ora, no caso concreto, resulta dos articulados da GSK que esta especula quanto ao objectivo que atribui à Comissão, mas não alega indícios que permitam demonstrar com suficiência de provas que a Decisão tenha sido tomada com a finalidade exclusiva ou determinante de favorecer a convergência do preço dos medicamentos na Comunidade.

200 Em segundo lugar, o artigo 5.º, segundo parágrafo CE, prevê que nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e possam, portanto, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

201 No quadro do artigo 81.º, n.º 1, CE, o princípio da subsidiariedade é concretizado pela limitação da proibição nele prevista aos acordos entre empresas, às decisões de associações de empresas e às práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros. Assim, quando um conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto permitir considerar, com um grau de probabilidade suficiente, que tais comportamentos podem exercer uma influência, directa ou indirecta, actual ou potencial, nas correntes de trocas comerciais entre Estados-Membros, esses comportamentos devem ser considerados como susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros (acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*, e acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2004, British Sugar/ /Comissão, C-359/01 P, Colect., p. I-4933, n.º 27), de tal forma que é adequado que a Comunidade intervenha devido à dimensão e aos efeitos da sua intervenção (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Outubro de 2003, Van den Bergh Foods/Comissão, T-65/98, Colect., p. II-4653, n.^{os} 197 e 198).

202 Quando esta intervenção assume a forma de uma decisão da Comissão, esta será conforme com o princípio da subsidiariedade quando fizer prova bastante de que o comércio entre Estados-Membros pode ser afectado pelo acordo entre as empresas, a decisão da associação de empresas ou a prática concertada cuja legalidade é examinada por essa decisão.

203 Ora, no caso em apreço, a Comissão constatou, em substância, nos considerandos 145 e 146 da Decisão, que o artigo 4.º das condições gerais de venda era susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na medida em que aplicava preços diferenciados consoante os grossistas com os quais a GW estabelecia relações comerciais em Espanha destinassem os medicamentos que lhe compravam à revenda em Espanha ou em outros Estados-Membros da Comunidade, o que a GSK não contesta.

204 Em terceiro e último lugar, o artigo 43.º CE confere aos nacionais dos Estados-Membros, a que o artigo 48.º CE equipara as sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade, a liberdade fundamental (acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 1981, Broekmeulen, 246/80, Recueil. p. 2311, n.º 20, e de 31 de Março de 1993, Kraus, C-19/92, Colect., p. I-1663, n.os 28 e 29) de se estabelecerem em qualquer outro Estado-Membro nas mesmas condições que os nacionais do Estado-Membro do estabelecimento e proíbe a manutenção ou a introdução de restrições a essa liberdade.

205 São restrições desse tipo quaisquer medidas nacionais, mesmo que aplicáveis sem discriminação quanto à nacionalidade, que sejam susceptíveis de colocar os nacionais de outros Estados-Membros numa situação, de facto ou de direito desvantajosa em relação aos nacionais do Estado-Membro de estabelecimento e, assim, afectar ou tornar menos atractivo o exercício desta liberdade fundamental, sem prejuízo das excepções previstas pelo Tratado e das reconhecidas pelo Tribunal de Justiça (acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Maio de 1999, Pfeiffer, C-255/97, Colect., p. I-2835, n.os 18 e 19, e de 21 de Abril de 2005, Comissão/Grécia, C-140/03, Colect., p. I-3177, n.º 27).

206 Ora, no caso em apreço, a GSK pede a anulação de uma decisão de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, adoptada pela Comissão no exercício da competência que lhe conferem as regras comunitárias da concorrência. Por natureza, essa decisão não

constitui nem contém nenhuma medida nacional susceptível de constituir uma restrição proibida pelo artigo 43.º CE. É portanto inoperante invocar contra ela a violação desta disposição (v., por analogia, relativamente ao artigo 49.º CE, o despacho do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 2006, Piau/Comissão, C-171/05 P, ainda não publicado na Colectânea, n.º 58).

207 Assim, o fundamento baseado em desvio de poder, na ignorância do princípio da subsidiariedade e na violação do artigo 43.º CE deve ser julgado improcedente na sua totalidade, bem como os pedidos da GSK no sentido da anulação do artigo 1.º da Decisão.

II — *Quanto aos fundamentos relativos à anulação do artigo 2.º da Decisão*

A — *O fundamento de insuficiente fundamentação*

1. Argumentos das partes

208 A GSK alega, em substância, que a Decisão está viciada por insuficiência de fundamentação, na medida em que a Comissão não efectuou uma análise adequada dos argumentos de facto e dos meios de prova que lhe foram apresentados durante o processo administrativo a respeito das vantagens e dos inconvenientes respectivos do comércio paralelo e do artigo 4.º das condições gerais de venda para a concorrência no sector dos medicamentos, como deveria ter feito tendo em conta o acórdão Bayer/Comissão, já referido no n.º 47 *supra*).

209 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, contesta este fundamento.

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

210 A questão do carácter adequado da análise efectuada pela Comissão numa decisão de aplicação das regras da concorrência não se integra na fiscalização da existência ou extensão da fundamentação dessa decisão, mas na fiscalização da procedência da sua fundamentação (acórdão Comissão/Sytraval e Brink's France, já referido no n.º 54 *supra*, n.º 67, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Janeiro de 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e o./Comissão, T-158/99, Colect., p. II-1, n.º 97).

211 Ora, no caso em apreço, a GSK alega que a Decisão está viciada por insuficiência de fundamentação, na medida em que a apreciação dos argumentos de facto e dos meios de prova apresentados com o seu pedido de isenção é inadequada. A GSK contesta portanto menos a insuficiência da fundamentação da Decisão do que a procedência dos motivos consagrados à apreciação desse pedido ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE.

212 Assim, o presente fundamento está, na realidade, ligado ao fundamento baseado na violação desta disposição que será adiante analisado.

213 Na medida em que a GSK pretende igualmente alegar que a Decisão está insuficientemente fundamentada no que se refere ao indeferimento do seu pedido de isenção, essa crítica não é procedente. Com efeito, nos considerandos 147 a 188 da Decisão, a Comissão expõe, de uma forma suficientemente desenvolvida que permite à GSK compreender a sua argumentação e ao juiz exercer a sua fiscalização, que este pedido deve, segundo a Comissão, ser indeferido pelo facto de não ter sido feita prova bastante da verificação dos requisitos necessários para a concessão de uma isenção e, em primeiro lugar, da existência de um ganho de eficiência.

B — *Quanto ao fundamento baseado na violação do artigo 81.º, n.º 3, CE*

1. Conteúdo da Decisão

214 A Comissão constatou, nos considerandos 147 a 189 da Decisão, que a GSK não provou que os requisitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE se verificavam no caso concreto.

215 Relativamente ao primeiro requisito de aplicação desta disposição, a Comissão constatou, nos considerandos 151 e 154 a 176 da Decisão, que a GSK não fez prova bastante de que as condições gerais de venda contribuíssem para promover o progresso técnico ou para melhorar a distribuição de medicamentos.

216 Relativamente ao segundo requisito de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE, a Comissão constatou, nos considerandos 177 a 186 da Decisão, que a GSK não fez prova bastante de que uma parte equitativa do lucro susceptível de resultar das condições gerais de venda seria reservado para os utilizadores.

217 A Comissão acrescentou, nos considerandos 187 e 188 da Decisão, não estar provado que as condições gerais de venda não impusessem restrições não indispensáveis nem eliminassem a concorrência numa parte substancial dos medicamentos em causa.

2. Argumentos das partes

218 A GSK sustenta que a conclusão da Comissão segundo a qual não foi demonstrado que os requisitos de concessão de uma isenção estivessem preenchidos está viciada por erros que justificam a anulação do artigo 2.º da Decisão.

219 De forma geral, a GSK alega, em substância, que a Comissão não analisou seriamente os argumentos de facto e os meios de prova que apoiam o seu pedido de isenção. Invoca em seguida argumentos relativos a cada um dos requisitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE.

220 Em primeiro lugar, quanto ao primeiro destes requisitos, a GSK alega, por um lado, que a Comissão não apreciou seriamente os seus argumentos de facto e os seus meios de prova segundo os quais o comércio paralelo criava uma perda de eficiência, ao reduzir a sua capacidade de inovação, ao passo que o artigo 4.º das condições gerais de venda gerava um ganho de eficiência, permitindo-lhe aumentar a sua capacidade de inovação. A GSK considera que a Comissão concluiu erradamente não estar demonstrado que o comércio paralelo tinha uma ligação com a inovação e, em qualquer caso, tinha um efeito sensível sobre a inovação. A GSK considera ter demonstrado a existência de um contributo para a promoção do progresso técnico.

221 A GSK sustenta, por outro lado, que a Comissão concluiu erradamente não estar demonstrado que o artigo 4.º das condições gerais de venda contribui para a melhoria da distribuição de medicamentos, limitando o comércio paralelo que, nalguns Estados-Membros, origina atrasos na colocação no mercado e uma distribuição não óptima dos medicamentos que a GSK comercializa.

222 No que se refere ao segundo requisito de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE, a GSK alega que a Comissão concluiu erradamente não se ter demonstrado que uma parte equitativa do lucro decorrente do artigo 4.° das condições gerais era reservada para os utilizadores. Com efeito, a Comissão identificou mal os utilizadores ao incluir os grossistas e não levando plenamente em conta o papel desempenhado pelos Estados-Membros no sector em causa. Além disso, a Comissão avaliou manifestamente mal o conjunto das vantagens que os utilizadores poderiam esperar do seu sistema de preços diferenciados, em comparação com a situação em que se encontram devido ao comércio paralelo.

223 Além disso, a GSK considera ter claramente demonstrado que o artigo 4.° das condições gerais de venda era indispensável, na acepção do terceiro requisito de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE, para a realização das vantagens para os utilizadores que dele eram esperados.

224 Por fim, a GSK considera ter demonstrado que esta estipulação não conduziria à eliminação de uma parte substancial da concorrência, tendo em conta a natureza e intensidade desta, em conformidade com o quarto requisito de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE.

225 A Comissão, apoiada pelos intervenientes, contesta estes argumentos.

226 Alega, em primeiro lugar, que procedeu a uma análise séria e adequada de todos os argumentos de facto e dos meios de prova apresentados pela GSK como fundamento do seu pedido de isenção.

227 Em segundo lugar, alega que podia concluir que a prova da verificação dos requisitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, não tinha sido feita pela GSK.

228 A este respeito, a Comissão considera, em primeiro lugar, que a GSK não podia limitar-se a alegar que o acordo que celebrou com a intenção ou com o efeito de entravar o comércio paralelo lhe permitirá maximizar os seus ganhos comerciais e de afectar uma parte destes ao financiamento das suas actividades de I&D. Pelo contrário, cabia-lhe demonstrar, através de meios suficientes para permitir formar uma convicção, a existência de um nexo de causalidade objectivo, específico e directo entre a restrição da concorrência provocada por esse acordo e os ganhos de eficiência aptos a compensá-la. Ora, no caso em apreço, a Comissão podia concluir que não foi demonstrado esse nexo de causalidade.

229 Em segundo lugar, a Comissão considera que, mesmo admitindo que os argumentos da GSK eram suficientemente detalhados para poderem ser tidos em consideração, os argumentos segundo os quais o comércio paralelo perturba a distribuição de medicamentos e provoca atrasos de colocação no mercado, dificuldades que seriam remediadas pelo artigo 4.º das condições gerais de venda, não foram juridicamente demonstrados em nenhum momento do processo administrativo.

230 Em terceiro lugar, a Comissão é de opinião, em substância, que os grossistas devem ser considerados utilizadores e que beneficiam do comércio paralelo, tal como os doentes e os sistemas nacionais de seguro de saúde. E acrescenta que nunca foi juridicamente demonstrado que os utilizadores beneficiariam igualmente do artigo 4.º das condições gerais de venda.

231 Em quarto lugar, a Comissão alega que os argumentos da GSK não demonstram, em contradição com o que concluiu na sua Decisão, que o carácter indispensável do artigo 4.º das condições gerais de venda tenha sido provado.

232 Em quinto lugar, a Comissão, alega, de igual forma, que os argumentos da GSK não colocam seriamente em causa a apreciação segundo a qual não se demonstrou que o artigo 4.º das condições gerais de venda não levaria a eliminar a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa.

3. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

a) Observações preliminares

233 Todo e qualquer acordo que restrinja a concorrência, seja devido aos seus efeitos seja devido ao seu objecto, pode, em princípio, beneficiar de uma isenção (acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Julho de 1994, Matra Hachette/Comissão, T-17/93, Colect., p. II-595, n.º 85), como, de resto, a Comissão salientou no considerando 53 da Decisão e na audiência.

234 A aplicação desta disposição está sujeita a determinadas condições, cuja verificação é simultaneamente necessária e suficiente (acórdão Remia e o./Comissão, já referido no n.º 57 *supra*, n.º 38, e acórdão Matra Hachette/Comissão, já referido no n.º 233 *supra*, n.º 104). É necessário, em primeiro lugar, que o acordo em causa contribua para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos em causa ou para promover o progresso técnico e económico, em segundo lugar, que uma parte equitativa do lucro que dele resulte seja reservado para os utilizadores, em terceiro lugar, que ele não imponha qualquer restrição não indispensável às empresas participantes e, em quarto lugar, que não dê a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa.

235 Por consequência, a pessoa que invoca o artigo 81.º, n.º 3, CE deve demonstrar que essas condições estão preenchidas, através de argumentos e meios de prova convincentes (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, Colect., p. 19, n.º 52, e acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido no n.º 55 *supra*, n.º 78).

236 Por seu lado, a Comissão deve analisar adequadamente estes argumentos e meios de prova (acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*), ou seja, deve determinar se eles demonstram que estão reunidas as condições de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE. Nalguns casos, estes argumentos e meios de prova podem ser de natureza a obrigar a outra parte a fornecer uma explicação ou uma justificação, sob pena de se poder concluir que o ónus da prova a cargo da pessoa que invoca o artigo 81.º, n.º 3, CE foi respeitado (acórdão Aalborg Portland e o./ /Comissão, já referido no n.º 55 *supra*, n.º 79). Tal como reconhece nos seus articulados, a Comissão, nesse caso, tem de refutar esses argumentos e meios de prova.

237 No caso em apreço, a Comissão concentrou a sua análise na primeira condição de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE, como aliás salientou nos seus articulados e depois na audiência. Nos considerandos 151 e 154 a 176 da Decisão, a Comissão considerou que os argumentos de facto e os meios de prova apresentados pela GSK durante o processo administrativo não demonstravam que se verificava aquela condição.

238 Os argumentos de facto e os meios de prova apresentados pela GSK para demonstrar que uma parte equitativa do lucro resultante das suas condições gerais de venda seria reservada para os utilizadores e que, por consequência, a segunda condição de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE estava preenchida, foram afastados por via de consequência, como confirmou a Comissão na audiência. Com efeito, a Comissão concluiu, no considerando 179 da Decisão, que não tendo a GSK demonstrado que a restrição do comércio paralelo permitia efectivamente obter qualquer dos benefícios exigidos no âmbito da primeira condição, a segunda condição podia também não ser preenchida e, por conseguinte, não era necessário

analisá-la subsequentemente. Só ulteriormente, e apenas por dever de exaustividade, é que a Comissão respondeu, nos considerandos 180 a 186 da Decisão, a alguns dos argumentos avançados pela GSK para demonstrar que o comércio paralelo não dava origem a um lucro de que uma parte equitativa seria reservada para os utilizadores.

239 Quanto à terceira e quarta condições de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE, como assinalou a Comissão nos seus articulados e depois na audiência, foram apreciadas de forma sumária e igualmente afastadas, no essencial, consequencialmente. Assim, a terceira condição foi afastada no considerando 187 da Decisão, com a justificação de que, nada provando que as condições gerais de venda davam origem a vantagens, daí decorria não existir qualquer contributo cujo carácter indispensável pudesse ser analisado. A quarta condição foi afastada no considerando 188 da Decisão porque a GSK não avançou a esse respeito nenhum argumento que não tivesse já anteriormente invocado e que não tivesse sido já rejeitado.

240 Nestas circunstâncias, cabe ao Tribunal de Primeira Instância determinar antes de mais se a Comissão podia concluir que os argumentos de facto e os meios de prova que fundamentam o pedido de isenção da GSK não demonstravam que a primeira condição de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, estava preenchida. Só em caso de resposta negativa é que lhe caberá determinar se a Comissão podia concluir que não estava igualmente demonstrado que as outras três condições de aplicação desta disposição estavam preenchidas.

241 A este respeito, o juiz que deva apreciar um pedido de anulação de uma decisão de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE, na medida em que está perante apreciações económicas complexas, exerce um controlo limitado, quanto ao mérito, à verificação da exactidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação desses factos e à correcção das qualificações jurídicas que deles são feitas (acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.° 110 *supra*, acórdão Metro I, já referido no n.° 109 *supra*, n.° 25, acórdão Remia e o./Comissão, já referido no n.° 57 *supra*, n.° 34, acórdão Aalbor Portland e o./Comissão, já referido no n.° 55 *supra*, n.° 279).

242 Cabe-lhe verificar não só se os meios de prova invocados são materialmente exactos, fiáveis e coerentes, mas também se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se extraem (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 2005, Comissão/ /Tetra Laval, C-12/03 P, Colect., p. I-987, n.º 39, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 14 de Dezembro de 2005, General Electric/Comissão, T-210/01, Colect., p. II-5575, n.^{os} 62 e 63).

243 Em contrapartida, não lhe cabe substituir a sua apreciação económica à do autor da decisão cuja legalidade deve apreciar.

244 Deve observar-se que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação, sobre a qual não pode ser exercido mais do que um controlo jurisdicional limitado, na operação que consiste em — uma vez verificado que está preenchido um dos critérios à luz dos quais o artigo 81.º, n.º 3, CE permite encarar a concessão de uma isenção — fazer a ponderação entre as vantagens esperadas da execução do acordo e os inconvenientes que ele acarreta para o consumidor final em razão do seu impacto sobre a concorrência, ponderação que assume a forma de um equilíbrio relativamente ao interesse geral apreciado ao nível comunitário.

245 Além disso, o controlo exercido sobre a decisão da Comissão faz-se exclusivamente face aos elementos de facto e de direito existentes à data da adopção da Decisão atacada, sem prejuízo da possibilidade de as partes, no exercício dos seus direitos de defesa, os completarem com meios de prova posteriores a essa data, mas apresentados especificamente com o objectivo de atacarem ou defenderem essa decisão (v. n.º 58 *supra*).

246 No caso em apreço, resulta que os meios de prova que não existiam à data da Decisão e não tenham sido constituídos especificamente com o objectivo de a atacar ou de a defender, na medida em que ela conclui pelo indeferimento do pedido de

isenção da GSK, em particular as informações factuais relativas ao período de 2001/2005 e os estudos intitulados «Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade», realizado pela Universidade de York em Maio de 2003, «The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis», realizado pela London School of Economics and Political Sciences em Janeiro de 2004 e «Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union», realizado por M. Ganslandt e K. E. Maskus em Fevereiro de 2004, como a Comissão sublinhou com acerto nas suas respostas às questões escritas deste Tribunal e na audiência, devem, desde logo, ser afastados do debate.

b) Quanto à prova da existência de uma ganho de eficiência

247 Para se poder ficar isento ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE, um acordo deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico. Essa contribuição não pode ser identificada com todos os benefícios que as empresas participantes retiram do acordo no que diz respeito à respectiva actividade de produção ou distribuição, mas deve apresentar vantagens objectivas sensíveis, de modo a compensar os inconvenientes que o acordo implica no plano da concorrência (v., quanto ao contributo para a melhoria da produção ou da distribuição, acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110, *supra*; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 1995, Langnese-Iglo/Comissão, T-7/93, Colect., p. II-1533, n.º 180, e acórdão Van den Bergh Foods/Comissão, já referido no n.º 201 *supra*, n.º 139; v. igualmente, quanto a uma contribuição para a promoção do progresso, acórdão Matra Hachette/Comissão, já referido no n.º 233 *supra*, n.ºs 108 a 111).

248 Cabe, portanto, em primeiro lugar, à Comissão analisar se os argumentos de facto e os meios de prova que lhe foram apresentados demonstram de forma convincente que o acordo em causa permite obter vantagens objectivas sensíveis (v., neste sentido, acórdão Metro I, já referido no n.º 109 *supra*, n.º 43, acórdão Metro II, já referido no n.º 58 *supra*, n.º 55, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância M6 e o./

/Comissão, já referido no n.º 171 *supra*, n.º 143, e de 21 de Março de 2002, Joynson/ /Comissão, T-231/99, Colect., p. 2085, n.ºs 48 e 49), sendo claro que esses efeitos podem produzir-se não apenas no mercado em causa, mas igualmente noutros mercados (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Fevereiro de 2002, Compagnie générale maritime e o./Comissão, T-86/95, Colect., p. II-1011, n.º 343).

249 Essa investigação pode implicar uma análise prospectiva, caso em que convirá investigar se, perante os argumentos de facto e os meios de prova fornecidos, é mais provável que o acordo em causa permita obter vantagens objectivas sensíveis, ou que não é esse o caso (v., neste sentido, acórdão Compagnie générale maritime e o./ /Comissão, já referido no n.º 248 *supra*, n.º 365, e acórdão Van den Bergh Foods/ /Comissão, n.º 201 *supra*, n.º 143; v. igualmente, por analogia, acórdão Comissão/ /Tetra Laval, já referido no n.º 242, n.ºs 42 e 43, e acórdão General Electric/Comissão, já referido no n.º 242 *supra*, n.º 64).

250 Em segundo lugar, cabe eventualmente à Comissão apreciar se estas vantagens objectivas sensíveis são de molde a compensar os inconvenientes identificados da concorrência no quadro da análise efectuada por referência ao artigo 81.º, n.º 1, CE (v., neste sentido, acórdão Van Landewyck e o./Comissão, já referido no n.º 186 *supra*, n.ºs 183 a 185).

251 No caso em apreço, a GSK alega que o artigo 4.º das condições gerais de venda permitiria obter vantagens que se produziriam quer a montante do mercado em causa, favorecendo a inovação, quer no próprio mercado, optimizando a distribuição de medicamentos. Correspondendo estes mercados a diferentes estádios da cadeia de valor, o consumidor final susceptível de beneficiar destas vantagens é o mesmo.

252 Há portanto que determinar, desde logo, se a Comissão podia concluir que os argumentos de facto e os meios de prova apresentados pela GSK, cuja apreciação implicava uma análise prospectiva, não demonstravam, com suficiente grau de

probabilidade, que o artigo 4.º das condições gerais de venda permitiria obter uma vantagem objectiva sensível apta a compensar o inconveniente que representava para a concorrência, favorecendo a inovação.

Quanto à existência de uma vantagem objectiva sensível

253 Tendo em conta a natureza das críticas da GSK, há, em primeiro lugar, que apresentar os argumentos de facto e meios de prova que fundamentaram o seu pedido de isenção sobre este ponto, e, em segundo lugar, analisar a forma como a Comissão os apreciou.

254 Em primeiro lugar, os considerandos 90, 92 a 99, 151 e 154 da Decisão, bem como os considerandos 64 a 68 da mesma, para que os primeiros remetem, descrevem sucintamente os argumentos invocados pela GSK para convencer a Comissão que o artigo 4.º das condições gerais de venda permitiria favorecer a inovação.

255 Tal como resulta da Decisão, estes argumentos articulam-se em torno de dois eixos estritamente associados e, no entanto, distintos: por um lado, tal como indica a primeira frase do considerando 154, o comércio paralelo de medicamentos comercializados pela GW em Espanha provoca uma perda de eficiência da concorrência entre marcas, na medida em que enfraquece a capacidade de inovação da GSK. Por outro lado, como indicam a segunda e a terceira frases do mesmo considerando, o artigo 4.º das condições gerais de venda leva a um ganho de eficiência na concorrência entre marcas na medida em que permitirá reforçar a capacidade de inovação da GSK.

256 Tal como resulta igualmente da Decisão, estes dois eixos de raciocínio são desenvolvidos na notificação da GW, na notifcação complementar da GSK e sobretudo nalguns elementos de prova de natureza económica ou econométrica apresentados pela GSK no decurso do processo administrativo, em particular em resposta à notificação da acusação da Comissão. Estes elementos de prova foram juntos aos autos, na maior parte dos casos, em anexo aos articulados da GSK, cujo conteúdo explicitam e completam, e, quanto aos outros, em resposta às medidas de organização do processo. Trata-se dos documentos seguintes:

— Estudo intitulado «Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports», efectuado pela London Economics;

— Estudo intitulado «Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements», efectuado pela Frontier Economics;

— Estudo intitulado «The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare», efectuado pelo professor P. Rey;

— Estudo intitulado «The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique»,efectuado pela Frontier Economics;

— Estudo intitulado «The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique», realizado pelo professor P. Rey;

— A exposição feita por M. A. Baxter, intitulada «Glaxo Wellcome's R&D budgeting process».

257 Uma leitura da Decisão, na sua totalidade, e dos outros documentos citados no número anterior faz ressaltar que os argumentos da GSK, embora repartidos por diversos documentos e embora a sua apresentação possa variar e o seu conteúdo possa ser mais ou menos desenvolvido tendo em conta, designadamente, o ponto da notificação da acusação criticado pelo documento que os contém, são, na sua essência, os seguintes:

258 Por um lado, segundo os documentos apresentados pela GSK, o comércio paralelo de medicamentos comercializados em Espanha pela GW dá origem a uma perda de eficiência. Com efeito:

— O sector dos medicamentos com patente e comparticipados por um sistema nacional de seguro de saúde caracteriza-se pelo facto de a inovação constituir o parâmetro determinante da concorrência entre marcas;

— A inovação é assegurada por um nível de despesas de I&D, simultaneamente substancial e superior ao que caracteriza a maior parte das outras indústrias; no caso da GSK, estas despesas representam cerca de 14% do volume de negócios, ou seja, cerca de 1,3 mil milhões de GBP;

— Sendo o investimento em I&D oneroso, arriscado e a longo prazo, é financiado mais com fundos próprios do que pelo recurso ao empréstimo; no caso da GSK, é financiado exclusivamente com fundos próprios;

— O financiamento da I&D é tributário, por um lado, das receitas actuais, e, por outro, das receitas esperadas, no caso da GSK, a multiplicação da sua capacidade de financiamento por 230 nos anos de 1980 e 1990 foi tornada possível pela existência de medicamentos com grande sucesso, em especial o Zantac, que representou 40% dos seus lucros mundiais até 1994;

— O comércio paralelo tem por efeito reduzir as receitas da sociedade farmacêutica em causa (esquematicamente, por cada unidade vendida a um preço 100 no país de origem corresponde uma unidade vendida a um preço 100 +n no país de destino) e, assim, impedir a possibilidade de, em todas as vendas realizadas em cada mercado nacional, praticar um preço óptimo, ou seja, um preço estabelecido em função das preferências próprias de cada Estado-Membro;

— Este impacto é concentrado em certos produtos e em certos mercados geográficos, no caso da GSK, as perdas atingem principalmente alguns medicamentos consumidos no Reino Unido;

— Este impacto é importante, tendo em conta o diferencial significativo que existe entre os preços em vigor nos diferentes Estados-Membros da Comunidade, e, em especial, o diferencial entre o preço espanhol e o preço britânico situava-se em 1998, para os oito medicamentos em causa (n.º 11 *supra*), entre um mínimo de 21% e um máximo de 132%;

— A este respeito, a GSK, apresentou estimativas confidenciais relativas aos lucros cessantes causados pelo comércio paralelo originário do conjunto dos Estados-Membros dirigido para o Reino Unido e relativo ao conjunto dos seus medicamentos, bem como aos lucros cessantes causados pelo comércio paralelo originário de Espanha dirigido para o Reino Unido e relativo aos oito medicamentos principalmente em causa, para os anos de 1996, 1997 e 1998;

— O comércio paralelo tem igualmente por efeito reduzir o montante que a GSK é autorizada a deduzir, a título de investimentos em I&D, dos lucros considerados para determinar se excede a taxa máxima de retorno dos investimentos fixada pelo National Health Service; a este respeito, a GSK apresentou estimativas confidenciais do montante de redução causada pelo comércio paralelo de todas as origens e pelo comércio paralelo de origem espanhola, em 1998;

— O facto de a sociedade farmacêutica continuar a realizar lucros aparentemente importantes não retira pertinência a estes argumentos, na medida em que deve ser levado em conta o método de contabilização dos investimentos em I&D, a sua aplicação ao longo do tempo, o seu custo médio e o seu grau de risco;

— O comércio paralelo tem, finalmente, por efeito, reduzir as capacidades de financiamento de I&D; a este respeito, a GSK fornece estimativas confidenciais relativas à percentagem dos seus lucros antes de imposto que reinveste em I&D e à redução do seu orçamento de I&D a que correspondem as perdas de receitas causadas pelo comércio paralelo originário de Espanha, destinado ao Reino Unido e relativo aos oito medicamentos principalmente em causa, relativamente aos anos de 1996 a 1998;

— O facto de esta redução ser quantitativamente limitada não retira pertinência ao argumento, na medida em que apenas se trata do impacto do comércio paralelo originário de Espanha, destinado ao Reino Unido e relativo aos oito medicamentos principalmente visados entre 1996 e 1998, e em que uma redução quantitativamente limitada pode ter efeitos qualitativos importantes, designadamente, levando ao abandono de projectos menos rentáveis ou mais arriscados, a GSK enumera nove projectos abandonados por esta razão;

— Em contrapartida, o comércio paralelo tem poucos efeitos positivos, uma vez que os comerciantes paralelos sofrem pouca concorrência devido aos preços e reservam para si próprios uma parte substancial do diferencial existente entre o preço em vigor no Estado-Membro de origem e no Estado-Membro de destino, sendo reduzida a pressão para a baixa dos preços e ficando o consumidor final, em última análise, limitadamente beneficiado.

259 Por outro lado, segundo os documentos apresentados pela GSK, o artigo 4.º das condições gerais de venda originará um ganho de eficiência. Com efeito,

— O custo da I&D é global e conjunto, no sentido de que corresponde a uma actividade que é conduzida à escala mundial e, numa parte substancial, não é especificamente imputável a um local de produção ou a um produto;

— As sociedades farmacêuticas não controlam os seus preços na maior parte dos Estados-Membros, aceitando fornecer um mercado nacional desde que o preço fixado pelas autoridades públicas lhes permita cobrir o seu custo marginal, mas têm ainda de cobrir, onde isso lhes for possível, a integralidade do seu custo global e conjunto de I&D;

— O sistema de preços diferenciados previsto pelo artigo 4.º das condições gerais de venda permitirá cobrir o custo de I&D, garantindo que os preços são fixados, em cada mercado nacional, ao nível correspondente às preferências do consumidor final, ou seja, em definitivo, do Estado-Membro em causa, permitindo, em especial, impedir que o preço fixado pelo Reino de Espanha não será exportado para o Reino Unido;

— A forte pressão concorrencial pela inovação que prevalece no sector garante que a GSK se comportará como um operador económico racional, transformando, na medida do necessário, esses lucros suplementares em investimentos de I&D.

260 Em segundo lugar, a Comissão concluiu, nos considerandos 151, 154, 155 e 169 da Decisão, que não se provou que o comércio paralelo tivesse efeitos negativos sensíveis sobre estas actividades.

261 Assim, a Comissão analisou essencialmente, nos considerandos 157 a 168 da Decisão, se estava provado que o comércio paralelo originava uma perda de eficiência, questão que foi respondida pela negativa. A Comissão não considerou portanto necessário responder em pormenor se o artigo 4.º das condições gerais de venda criaria por seu lado um ganho de eficiência, sendo essa questão abordada só incidentalmente no considerando 156 da Decisão.

262 Ora, tendo em conta a pertinência dos argumentos de facto e dos meios de prova apresentados pela GSK, a análise dedicada pela Comissão à perda de eficiência atribuída ao comércio paralelo, à extensão dessa perda e ao ganho de eficiência ligado ao artigo 4.º das condições gerais de venda não pode ser considerada suficiente para fundamentar as conclusões a que a Comissão chegou sobre esses pontos.

— Quanto à pertinência dos argumentos de facto e dos meios de prova apresentados pela GSK

263 Deve salientar-se que os argumentos de facto da GSK e os meios de prova apresentados em seu apoio se afiguram pertinentes, fiáveis e verosímeis tendo em

conta o seu conteúdo (acórdão Cimenteries CBR e o./Comissão, n.º 83 *supra*, n.º 1838), que é corroborado em vários aspectos importantes por documentos emanados da Comissão.

264 Assim, a Comunicação COM (1998) 588 final, já referida no n.º 135 *supra*, essencialmente consagrada ao aprofundamento do mercado único no sector farmacêutico, que não está aqui em causa, testemunha igualmente da relação existente, na opinião da Comissão, entre inovação, comércio paralelo e concorrência neste sector. A sua leitura permite constatar que, para além da declaração citada no n.º 135 *supra* a respeito do efeito ambíguo do comércio paralelo no bem estar do consumidor final, a Comissão afirma o seguinte:

— A indústria farmacêutica baseia-se na investigação (pp. 3 e 11) e é manifesto que se defronta, no sector dos medicamentos patenteados, com uma concorrência muito forte no plano da inovação (p. 16), o que conduz a um fluxo contínuo de novos produtos no mercado (p. 11); em contrapartida, há relativamente pouca concorrência dinâmica sobre os preços após o lançamento dos produtos (p. 16);

— A indústria farmacêutica tem que pagar os investimentos em I&D (p. 14) e tem necessidade, para este efeito, de chegar a um nível de rentabilidade suficiente para poder consagrar ao I&D recursos necessários à produção de produtos inovadores (pp. 17 e 23);

— Embora a indústria farmacêutica europeia seja um sector industrial poderoso, tendo o montante dos investimentos europeus em I&D triplicado em 1997 relativamente aos dez anos anteriores, ela revela uma perda de competitividade

aparente, que confirma que esta situação começa a mudar; uma das razões desta situação é que a sua rentabilidade global e o seu *ratio* de rentabilidade financeira revelam-se ser consideravelmente superiores nos Estados Unidos do que na União Europeia (pp. 4 e 5);

— Para financiar as suas actividades de I&D, a indústria farmacêutica tem de realizar lucros ao nível mundial (p. 3);

— Há diferenças marcantes entre os Estados-Membros da União Europeia, tanto no que se refere às condições macro-económicas gerais (rendimento *per capita* e produto, principalmente) como no que se refere aos sistemas de saúde; parece existir uma relação positiva entre despesas de saúde e rendimentos, embora essa relação não seja perfeita (p. 5);

— Há igualmente diferenças significativas entre os Estados-Membros do ponto de vista dos preços que podem ser explicadas por alguns factores; um dos factores responsáveis por essas diferenças parece ser o grau de recurso ao controlo dos preços pelos Estados-Membros, embora existam também factores conjunturais, como a inflação e as flutuações monetárias (p. 6);

— A este respeito, a passagem para o Euro deveria ter contribuído para a criação de um contexto mais estável para os países participantes na União Económica e Monetária (UEM). Em contrapartida, ela tornará muito mais visíveis as diferenças de preços no mercado europeu existente, o que poderá igualmente incitar os grossistas e farmacêuticos a realizar operações transfronteiriças (p. 9);

— É extremamente difícil estabelecer um nível de preços que fosse adequado para toda a Comunidade. Com efeito, a escolha de um nível baixo teria um efeito benéfico imediato para os objectivos de controlo das despesas de saúde (pelo menos nos Estados em que os preços são actualmente elevados), mas acarretaria uma diminuição constante da contribuição europeia para o esforço de investimento em I&D farmacêutico ao nível mundial, o que poderia provocar um fenómeno de desinvestimento na economia europeia. A fixação de um nível de preços elevado teria como efeito limitar o acesso aos cuidados de saúde por parte dos consumidores e dos organismos pagadores dos países que, devido a condições económicas e sociais, não têm meios para pagar esse preço (p. 14);

— As empresas farmacêuticas praticam uma diferenciação de preços para terem em conta as diferentes capacidades de pagamento (p. 6).

265 É certo que estes excertos relativos ao papel da inovação e aos efeitos respectivos do comércio paralelo e da diferenciação dos preços sobre a inovação não devem ser entendidos como significando que os argumentos da GSK são necessariamente procedentes ou como dando uma imagem completa e definitiva da posição da Comissão sobre esta questão complexa. No entanto, não deixa de ser verdade que eles corroboram uma parte dos argumentos e análises económicas que constam dos elementos de prova apresentados em seu favor, comprovando assim a sua fiabilidade e a sua verosimilhança.

266 Nas suas respostas às questões escritas do Tribunal, a Comissão sublinhou que a Comunicação COM(1998) 588 final, já referida no n.º 135 *supra*, indicava igualmente que, não obstante a existência de grandes diferenças de preços entre os Estados-Membros, era necessário adoptar uma atitude conforme com os princípios do mercado único, o que tornava impossível justificar o recurso a medidas que têm por efeito perpetuar ou acentuar uma fragmentação do mercado comum segundo as fronteiras nacionais (p. 23). A Comissão explicou também que a Decisão era coerente com esta atitude. Contudo, este argumento não pode ser aceite. Com efeito, ele presume que um acordo que prevê que os medicamentos patenteados e

comparticipados pelos sistemas nacionais de saúde serão vendidos a preços diferentes em diferentes mercados geográficos, em função das preferências do consumidor final que suporta o seu custo é, em qualquer hipótese, insusceptível de beneficiar de uma isenção. Ora, o artigo 81.º CE de modo algum o prevê.

267 No plano mais geral da teoria económica, é de salientar que a Comissão apresentou, em anexo à sua contestação, o «Executive Summary» de um estudo datado de 8 de Fevereiro de 1999 realizado pelo NERA por conta da Direcção-Geral «Mercado Interno e Serviços Financeiros» da Comissão e intitulado «The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks». Este resumo, principalmente as considerações que constam da sua p. 5, corrobora algumas das análises constantes em documentos de prova apresentados pela GSK a respeito do interesse que uma sociedade farmacêutica poderá ter em diferenciar os preços que pratica em função do mercado em que os medicamentos são comercializados e das preferências dos consumidores finais.

268 Nestas condições, a Comissão, que considerou o sistema de preços diferenciados aplicado pelo artigo 4.º das condições gerais de venda discriminatório em razão do destino dos medicamentos em causa (n.º 174 *supra*), no quadro da análise que conduziu nos termos do artigo 81.º, n.º 1, CE, não pode afirmar, com fez nas suas respostas às questões escritas do Tribunal, que esta questão não é pertinente no quadro da análise a efectuar no quadro do artigo 81.º, n.º 3, CE. Não pode igualmente sustentar que a GSK não a invocou no decurso do processo administrativo ou no decurso do presente processo. Pelo contrário, ao reiteradamente alegar que pretende impedir que os preços que lhe são impostos em Espanha sejam exportados para o Reino Unido, a GSK remete designadamente para a ideia de que pretende aplicar preços diferenciados para garantir que as vendas que efectuará no Reino Unido se farão todas ao preço que este Estado-Membro lhe permite praticar e não ao preço que o Reino de Espanha lhe impõe.

— Quanto à perda de eficiência associada ao comércio paralelo

269 Há que salientar que a conclusão de que não ficou demonstrado que o comércio paralelo origina uma perda de eficiência, alterando a capacidade de inovação da GSK, se baseia na análise constante dos considerandos 155 a 161 da Decisão, que não leva em consideração a totalidade dos argumentos de facto e dos meios de prova pertinentemente apresentados pela GSK, ao contrário do que sustentou a Comissão nos seus articulados, e não se fundamenta em elementos convincentes. Ora, se manifestamente não cabe à Comissão analisar todos os argumentos que lhe são apresentados, cabe-lhe, em contrapartida, de acordo com a jurisprudência citada nos n.os 236 e 242 *supra*, analisar adequadamente todos os que são pertinentes e, se necessário, refutá-los através de elementos capazes de estribar a sua conclusão.

270 Estes argumentos, na sua globalidade, fazem ressaltar que os problema concorrencial com que se defrontava a GSK e a solução que ela procurou eram, em seu entender, os seguintes.

271 Em primeiro lugar, o sector dos medicamentos caracteriza-se pela importância da concorrência pela inovação. Neste sector, o I&D é oneroso e arriscado. O seu custo é simultaneamente um custo fixo (não está ligado ao número de medicamentos vendidos), um custo conjunto (ocorre a montante da produção e da distribuição e não está parcialmente ligado a este ou aquele medicamento) e um custo global (não está ligado a um país determinado). O seu financiamento é feito mais frequentemente com base em fundos próprios do que em empréstimos. Carece portanto de um fluxo óptimo de receitas. A optimização das receitas pode ser assegurada pela adaptação do preço dos medicamentos às preferências dos consumidores finais, quando estas diferem. A diferenciação dos preços permite então recuperar o custo de I&D junto dos consumidores finais que estão dispostos a pagá-lo. Esta prática dos preços diferenciados, apresentada aqui de forma simplificada, é conhecida entre os economistas sob designação de «Ramsey Pricing» (prix de Ramsey).

272 Em segundo lugar, a aplicação desta prática no sector dos medicamentos caracteriza-se por certos aspectos particulares. A partir do momento em que os medicamentos são protegidos por uma patente, o seu preço pode ser mantido no interesse do produtor a um nível superior ao custo marginal durante o período de vida da patente. Todavia, a partir do momento em que estes mesmos medicamentos são comparticipados pelos sistemas nacionais de seguro de saúde, o seu preço deve ser mantido, directa (controlo dos preços) ou indirectamente (controlo dos lucros), a um nível que não seja excessivamente superior ao custo marginal. A medida deste excesso reflecte a preferência do consumidor final, isto é, essencialmente o sistema nacional de seguro de saúde. Se este for relativamente sensível ao preço do medicamento, o excesso tenderá a ser limitado, se for relativamente insensível a este preço, o excesso tenderá a ser importante. Na prática, este grau de sensibilidade é função de diversos parâmetros, tais como o nível de vida ou o estado das finanças públicas. A fracção do custo de I&D recuperado pelos produtores de medicamentos varia portanto de Estado-Membro para Estado-Membro em função das receitas que os preços em vigor permitem dele retirar. No caso em apreço, é no Reino Unido, atendendo à regulamentação aplicável, que a GSK poderia recuperar a parte global e conjunto dos seus custos de I&D.

273 Em terceiro lugar, o comércio paralelo tem como efeito a redução destas receitas, numa medida não determinada mas real. Esta prática, conhecida entre os economistas sob o nome de «free riding» (parasitismo) caracteriza-se pelo facto de o intermediário extravasar do papel que tradicionalmente desempenha na cadeia de valor para se transformar em árbitro e obter assim uma parte maior do lucro. A legitimidade desta transferência de riqueza do produtor para o intermediário não interessa, em si mesma, ao direito da concorrência, que apenas se preocupa com os seus efeitos sobre o bem-estar do consumidor final. Na medida em que o intermediário participa na concorrência intramarca, o comércio paralelo pode ter um efeito favorável à concorrência. Todavia, no sector dos medicamentos, esta actividade apresenta-se a uma luz particular, pois não acarreta um valor acrescentado significativo para o consumidor final.

274 Em quarto lugar, o artigo 4.º das condições gerais de venda, procura optimizar as receitas e neutralizar o comércio paralelo. Limita a possibilidade de que dispunham anteriormente os grossistas da GW de venderem fora de Espanha medicamentos comprados a um preço fixado em virtude da comparticipação do sistema nacional de

seguro de saúde espanhol. Este artigo permite, portanto, que as vendas realizadas noutros Estados-Membros sejam feitas pelo preço determinado tendo em conta a comparticipação do sistema nacional de seguro de saúde respectivo. A manutenção do lucro no produtor dará provavelmente origem a um ganho de eficiência relativamente à situação em que o lucro é partilhado com o intermediário, porque o produtor racional que pode garantir a rentabilidade das suas inovações e que opera num sector caracterizado por uma concorrência acesa pela inovação tem todo o interesse em reinvestir pelo menos uma parte do seu superavit de lucro na inovação.

275 Ora, a própria estrutura dos considerandos 155 a 161 da Decisão revela que a Comissão, depois de ter reconhecido a importância da concorrência pela inovação no sector em causa não procedeu a um exame rigoroso dos argumentos de facto e dos meios de prova apresentados pela GSK acerca da natureza dos investimentos em I&D, sobre as características do financiamento de I&D, acerca da capacidade de financiamento de I&D, acerca dos efeitos do comércio paralelo sobre este e acerca da regulamentação aplicável, limitando-se, como indica o considerando 155 da Decisão, a observações que são, pelo menos, parcelares e, como salienta com acerto a GSK, pouco pertinentes ou pouco convincentes.

276 Tal omissão é particularmente grave quando a Comissão é chamada a determinar se os requisitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE estão preenchidos no quadro de um contexto jurídico e económico como o que caracteriza o sector farmacêutico, em que a concorrência é falseada pela existência de regulamentações estatais. Com efeito, esta circunstância implica que a Comissão analise com uma atenção particular os argumentos e os meios de prova que lhe apresenta a entidade que invoca o artigo 81.º, n.º 3, CE.

277 Assim, a primeira frase do considerando 157 da Decisão, consagrado aos factores que estão na origem das decisões relativas a I&D, apoia-se num dos estudos económicos que constam dos autos, mas dá-lhe uma interpretação parcial e pouco convincente. É verdade que esse estudo indica efectivamente que o comércio

paralelo não é o principal impulsionador das decisões em matéria de I&D. Contudo, o mesmo estudo acrescenta logo que essas decisões são tomadas principalmente em função do nível geral dos lucros correntes ou da rendibilidade prevista dos produtos em curso de desenvolvimento, como salienta aliás o segundo período do mesmo considerando. Ora, trata-se de factores sobre os quais, segundo a GSK, o comércio paralelo tem um impacto negativo, o que a Comissão reconhece no terceiro período do mesmo considerando. Nestas condições, a Comissão não podia deixar de aprofundar a sua análise sobre esta matéria, tendo em conta os meios de prova apresentados.

278 Por sua vez, a continuação do considerando 157 da Decisão — que se limita a invocar as possibilidades que a GSK teria de responder à perda de eficiência que lhe pode causar comércio paralelo reduzindo os gastos noutras rubricas orçamentais ou utilizando uma parte dos seus lucros substanciais — não pode ser considerada resposta aos argumentos de que a GSK, devido à acesa concorrência entre marcas baseada na inovação, tem todo o interesse em investir em I&D e, por causa do comércio paralelo, se encontra na impossibilidade de recuperar os frutos desse investimento para reinvestir em I&D. Além disso, a Comissão ignorou os argumentos da GSK de que o valor dos seus lucros deve ser relativizado em função da forma da sua contabilização.

279 Destarte, a questão do grau de correlação entre comércio paralelo e I&D não podia ser tratada sem maior aprofundamento nem bastar-se com a conclusão lapidar de que não estava provado existir um nexo de causa a efeito entre o comércio paralelo (ou a sua limitação) e I&D, como exposto nos considerados 151, 154, 155 e 159 da Decisão.

280 Tendo-se a Comissão aproveitado, nos seus articulados, da ambiguidade dos termos do considerado 169 da Decisão para explicar que a GSK também não provara a existência de um nexo entre o artigo 4.º das condições gerais de venda e o ganho de eficiência dele esperado, mas antes a existência de um nexo directo entre estes dois elementos, deve salientar-se que este argumento, invocado na audiência, não pode ser acolhido. Com efeito, esta distinção não consta dos considerandos 155 a 161 da Decisão para que remete o considerando 169, pois estes concluem sem mais pela

ausência de nexo entre as condições gerais de venda e a contribuição para a promoção do progresso técnico. Aliás, esta distinção não está prevista no artigo 81.º, n.º 3, CE, que permite isentar os acordos que produzam um ganho de eficiência, sem estabelecer uma distinção consoante esse efeito seja directo ou indirecto, e, em princípio, não se pode distinguir onde o Tratado não distingue (acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido no n.º 110 *supra*). Em conformidade com a jurisprudência citada nos n.ºs 247 e 248 *supra*, qualquer vantagem que revista a forma de um ganho de eficiência deve ser tomada em conta, com a condição de que esse ganho seja objectivo e sensível e que a sua existência seja provada de forma convincente.

— Quanto à extensão da perda de eficiência ligada ao comércio paralelo

281 Há que salientar que a conclusão subsidiária, segundo a qual de qualquer forma não se demonstrou que o comércio paralelo dê origem a uma perda de eficiência sensível alterando a capacidade de inovação da GSK não está convincentemente fundamentada e que a análise em que se baseia, que consta dos considerandos 159 e 162 a168 da Decisão, não leva em conta a totalidade dos elementos pertinentes alegados para esse efeito. Em substância, resulta desta análise que a perda de eficiência alegada pela GSK é limitada, do ponto de vista temporal, porque se explica menos pelas diferenças de preços decorrentes da existência de regulamentações diferentes nos Estados-Membros da Comunidade, como referem os considerandos 162 e 163 da Decisão, do que pelas flutuações monetárias ocorridas entre 1996 e 1998, como referem os considerandos 164 a 166 da Decisão. Dela resulta igualmente que a mesma é limitada do ponto de vista material, como referem os considerandos 167 a 169 da Decisão.

282 A este respeito, independentemente do facto de os preços espanhóis não serem sensivelmente inferiores à média comunitária, que é referida nos considerandos 162 e 163 da Decisão e cuja pertinência é limitada na medida em que os preços nacionais se situam em níveis estruturalmente diferentes devido ao poder regulamentar dos Estados-Membros nessa matéria e em que manifestamente não é satisfatório, de um

ponto de vista económico, raciocinar por referência a uma hipotética média comunitária, há que salientar que, sem uma análise séria, a Comissão, nos considerandos 164 e 165 da Decisão, concluiu definitivamente pelo carácter pontual e limitado do comércio paralelo ocorrido entre Espanha e o Reino Unido entre 1996 e 1998.

283 Tal como resulta dos seus articulados, a GSK não nega que as variações da taxa de câmbio, designadamente os movimentos especulativos que visaram a GBP no momento em que se aproximava a fase final da UEM, contribuíram de maneira conjuntural para o comércio paralelo de medicamentos comercializados pela GW em Espanha entre 1996 e 1998. Contudo, a GSK sustenta que esse efeito conjuntural, por acentuado que tenha sido, é apenas uma circunstância agravante, uma vez que o comércio paralelo está ligado, independentemente das variações cambiais, ao facto de a coexistência de regulamentações nacionais diferentes se traduzir por preços estruturalmente diferentes nos Estados-Membros da Comunidade.

284 Ora, esta argumentação é pertinente e os meios de prova em que se baseia são corroborados quer pelos excertos da Comunicação COM(1998) 588 final que figuram no n.º 264 *supra* quer pela própria Decisão. Com efeito, os considerandos 31, 32 e 53 da Decisão indicam que as flutuações monetárias, que têm por natureza influência cíclica no comércio paralelo, não são mais do que um factor relevante de complicação de um fenómeno que se explica, de modo estrutural, pela existência, em diversos Estados-Membros da Comunidade, de preços diferentes para um mesmo medicamento.

285 É certo que esta situação não impedia, por si, a Comunidade de considerar o comércio paralelo ocorrido entre o Reino de Espanha e o Reino Unido entre 1996 e 1998 como um caso particular essencialmente causado pela apreciação da GBP relativamente à peseta espanhola (ESP).

286 Contudo, os dados quantitativos citados pela Comissão são demasiado ambíguos para permitirem tirar essa conclusão de forma convincente. Segundo a Decisão, a GBP apreciou-se 30% relativamente à ESP entre Outubro de 1996 e Abril de 1998. Durante esse período, uma parte das importações paralelas de origem espanhola no total das importações paralelas destinadas ao Reino Unido permaneceu estável em volume (cerca de 40%), enquanto estas importações paralelas aumentavam em valor (cerca de 20 milhões de GBP em 1996 e cerca de 42 milhões de GBP em 1998). Como expôs a Comissão, por último, nas suas respostas às questões escritas do Tribunal, isso demonstra que a apreciação da GBP suscitou um fluxo de importações paralelas com proveniência de outros Estados-Membros. Contudo, isso confirma também que, antes como depois da apreciação da GBP, a maior parte (cerca de 40%) das importações paralelas destinadas ao Reino Unido veio de Espanha, repartindo-se o resto entre os outros Estados-Membros. O que não constitui resposta suficiente ao argumento da GSK de que a apreciação da GBP, embora tendo aumentado sem qualquer dúvida a gravidade do problema causado pelo comércio paralelo espanhol, nada altera quanto à sua origem estrutural.

287 O argumento avançado pela Comissão nas suas respostas às questões escritas do Tribunal, segundo o qual o crescimento do comércio paralelo de origem espanhola no período de 1996/1998 se explica pela expiração, em 6 de Outubro de 1995, do período de transição, previsto pelos artigos 47.º e 209.º do Acto de Adesão do Reino de Espanha, durante o qual o titular da patente podia exercer os direitos decorrentes desta para impedir a importação de medicamentos comercializados em Espanha pelo próprio titular ou com o seu consentimento, não altera esta conclusão, na medida em que manifestamente não tem que ver com o período posterior à data da notificação a que se reporta a argumentação da GSK.

288 Finalmente, como resulta dos considerandos 15, 18 e 55 da Decisão, a GSK indicou, no processo administrativo, que embora as condições gerais de venda sejam aplicáveis a 82 medicamentos, apenas oito de entre eles eram principalmente visados pelo comércio paralelo. Além disso, como resulta dos considerandos 22 e 35 da Decisão, a GSK expôs igualmente que as condições gerais de venda, aplicando-se independentemente do destino final dos medicamentos em causa, visavam principalmente os fluxos de comércio paralelo entre a Espanha e o Reino Unido. A GSK forneceu à Comissão essencialmente, embora não exclusivamente, números

relativos, em primeiro lugar, aos diferenciais de preços existentes entre a Espanha e o Reino Unido, em segundo lugar, ao comércio paralelo de Becloforte, de Beconase, de Becotide, de Flixotide, de Imigran, de Lamictal, de Serevent e de Ventolín entre a Espanha e o Reino Unido no período de 1996/1998 e, em terceiro lugar, ao efeito sobre as suas receitas e o seu orçamento de I&D. Estes números são referidos nos considerandos 55, 59 a 67, 70, 83, 92, 98 e 99 da Decisão.

289 Além disso, tal como resulta dos considerandos 70 e 71 da Decisão, a GSK precisou que o comércio paralelo se efectuava fora dos canais de distribuição sujeitos a controlos formais e acrescentou que os números fornecidos à Comissão eram estimativas que poderiam não ser fiáveis mas que lhe era impossível aperfeiçoar. Estas alegações de facto, reiteradas na réplica, não foram contestadas.

290 A GSK sustenta com razão que estes números, além de não serem irrisórios, deviam ser considerados como amostragem demonstrativa não de uma perda de eficiência pontual e limitada, mas de uma perda mais geral e com vocação para se manter.

291 Relativamente ao primeiro aspecto, é necessário recordar que, quando apreciou se o artigo 4.º das condições gerais de venda podia representar um inconveniente, a Comissão, aceitando concentrar-se nos oito medicamentos principalmente visados pelo comércio paralelo entre a Espanha e o Reino Unido, como declarou nos considerandos 18, 56, 57 e 69 da Decisão, também teve em conta o efeito de rede ligado ao comércio paralelo de outros medicamentos, isto entre a Espanha e outros Estados-Membros, como salientam os considerandos 72 a 75, 117, 126, 140 e 144 da Decisão. Foi precisamente este efeito de rede que tornou significativa uma restrição da concorrência que seria marginal apenas à escala do Reino Unido de acordo com o considerando 133 da Decisão. Ora, a Comissão não explica minimamente porque razão deveria adoptar uma metodologia diferente no quadro da análise dedicada à questão de saber se o artigo 4.º das condições gerais de venda podia ter vantagens e centrar-se exclusivamente nos números que lhe foram fornecidos pela GSK, tendo

em conta a dificuldade de se conhecer a realidade do comércio paralelo e pelo facto de ter aceitado considerar os números fornecidos pela GSK como uma amostragem.

292 No que toca ao segundo aspecto, há que salientar que o comércio paralelo é um fenómeno que se pode prolongar para além do breve período estudado pela Comissão, não apenas em função do carácter durável das diferenças de preços que o permitem, mas também do carácter cíclico das variações cambiais, na medida em que elas subsistam. A Comissão admite-o na sua Comunicação COM(1998) 588 final, já referida no n.º 135 *supra*. A Comissão reconhece igualmente na sua contestação que as flutuações monetárias permanecem uma realidade no que se refere aos Estados-Membros que não passaram à terceira fase da UEM em 1999, entre os quais figura precisamente o Reino Unido.

293 Neste contexto, a amostragem de números apresentada pela GSK é reveladora de uma tendência. A interrogação da Comissão que consta no considerando 168 da Decisão, relativamente ao facto de o número fornecido pela GSK a respeito das suas perdas de receitas brutas em 1998 poder ter sido sobrestimado não põe em causa esta conclusão. Com efeito, o número fornecido a este respeito em 14 de Dezembro de 1998 e 14 de Fevereiro de 2000 é superior ao dos dois anos anteriores, como resulta do considerando 67 da Decisão. Além disso, a explicação da GSK, segundo a qual o número anteriormente fornecido a este respeito, em 28 de Julho de 1998, era uma estimativa, ao passo que o número fornecido em Fevereiro de 2000 era real e era explicado pelo facto de as condições gerais de venda terem sido aplicadas entre a Primavera e o Outono de 1998, tal como resulta dos considerandos 19, 23, 26, 64, 67 e 168 da Decisão, era suficientemente credível para merecer uma análise séria.

— Quanto ao ganho de eficiência ligado ao artigo 4.º das condições gerais de venda

294 Há que sublinhar que, como salienta com razão a GSK, a Comissão não procedeu a uma análise séria dos seus argumentos de facto nem dos meios de prova relativos, não aos inconvenientes do comércio paralelo, mas às vantagens do artigo 4.º das condições gerais de venda.

295 Tendo em conta a estrutura dos argumentos da GSK e o debate ocorrido a esse respeito durante o processo administrativo a Decisão não podia deixar de examinar, num primeiro momento, se o comércio paralelo dava azo a uma perda de eficiência da indústria farmacêutica em geral e, em particular, da GSK. Com efeito, só na falta total de contestação a este respeito é que a Comissão poderia validamente poupar-se a essa análise (v., por analogia, acórdão Compagnie générale maritime e o./Comissão, n.º 248 *supra*, n.º 345).

296 Contudo, o confronto dos elementos de prova apresentados pela GSK com outros elementos de prova invocados pela Comissão na Decisão demonstrou claramente que, no sector dos medicamentos, o efeito do comércio paralelo sobre a concorrência é ambíguo, na medida em que o ganho de eficiência que ele pode criar para a concorrência intramarcas, cujo papel é limitado no quadro regulamentar aplicável, deve ser comparado com a perda de eficiência a que ele pode dar azo na concorrência entre marcas, cujo papel é central.

297 Nestas condições, a Comissão não podia deixar de apreciar, num segundo momento, se o artigo 4.º das condições gerais de venda poderia permitir restaurar a capacidade de inovação da GSk e de dar azo, por esse motivo, a um ganho de eficiência na concorrência entre marcas.

298 Esse era, aliás, o cerne da análise prospectiva a que a Comissão estava obrigada a proceder para responder ao pedido de isenção da GSK. Com efeito, a jurisprudência constante citada no n.º 247 *supra* obriga a que se determine se o acordo proibido em razão do inconveniente que acarreta para a concorrência, (artigo 81.º, n.º 1, CE) proporciona uma vantagem apta a compensá-lo (artigo 81.º, n.º 3, CE).

299 Cabia portanto ainda à Comissão analisar os argumentos da GSK relativos às vantagens esperadas do artigo 4.º das condições gerais de venda. A este respeito, o considerando 156 da Decisão, o único apto a demonstrar a existência de uma análise a este respeito, indica, no essencial:

«[as empresas farmacêuticas são totalmente livres de decidir] quanto pretendem investir em I&D. Quaisquer poupanças que possam — hipoteticamente — realizar impedindo o comércio paralelo não conduziria por conseguinte automaticamente a investimentos mais elevados em I& D. É provável que estas poupanças possam ser meramente acrescentadas aos lucros das empresas. Obviamente, a realização de lucros suplementares não pode justificar por si só uma isenção. Quanto a este aspecto, o argumento da GW significaria que a primeira condição de isenção estaria preenchida em relação a todos os acordos que se pudesse considerar que contribuem para um aumento das receitas de uma empresa que realiza I& D. A condição não teria de qualquer modo significado, uma vez que é da própria natureza de qualquer acordo que restrinja a concorrência, ser susceptível de aumentar as poupanças de uma empresa».

300 Ora, a GSK não afirma que a criação de lucros suplementares devia, por si mesma, justificar uma isenção. Pelo contrário, sustentou que o comércio paralelo a impedia de recuperar os lucros necessários ao financiamento óptimo do seu I&D, que o artigo 4.º das condições gerais de venda lhe permitiriam aumentar os suas receitas e que teria todo o interesse, tendo em conta a acesa concorrência entre marcas, o papel central da inovação nessa concorrência e as modalidades de financiamento em I&D, em investir uma parte desse superavit em I&D para ultrapassar os seus concorrentes ou não se deixar ultrapassar por eles. Noutros termos, a GSK alegou que as suas condições gerais de venda deviam ser isentas porque tinham não apenas como efeito imediato o aumento das suas receitas, mas sobretudo o efeito derivado de acrescer a sua capacidade de inovação. Além disso, alegou que esta vantagem devia ser comparada com o facto de que, quando obtidos por empresas de comércio paralelo, esse superavit não se traduzia numa vantagem, porquanto, não tendo de enfrentar uma verdadeira concorrência entre si, os comerciantes paralelos apenas diminuem os preços na medida necessária para atrair os retalhistas e retêm portanto a maior parte deste superavit para eles, como igualmente alegou na audiência.

301 A Comissão não podia limitar-se a afastar liminarmente estes argumentos com a alegação de que a vantagem descrita pela GSK não ocorreria necessariamente, como fez no considerando 156 da Decisão, mas, em conformidade com a jurisprudência, tinha de analisar, o mais concretamente possível, no quadro de uma análise prospectiva, se, nas circunstâncias do caso concreto e perante os elementos de prova que lhe foram fornecidos, era mais provável que as vantagens descritas pela GSK se verificassem ou, pelo contrário, se não seria esse o caso (acórdão Compagnie générale maritime e o./Comissão, já referido no n.º 248 *supra*, n.º 365). A Comissão não podia considerar, de forma peremptória e não argumentada, que os argumentos de facto e os elementos de prova apresentados pela GSK deviam ser considerados como sendo meramente hipotéticos, como sustentou por último na audiência.

302 De resto, a Comissão, inquirida sobre este ponto na audiência, admitiu por diversas vezes que era conveniente raciocinar em termos de probabilidade, acrescentado que era necessário ser restritivo nesta matéria e alegando, em substância, que no caso em apreço, tendo em conta os elementos de prova apresentados e, em particular, as informações quantitativas reunidas pela GSK, era mais provável que a vantagem alegada não se verificasse. Todavia não é esse o raciocínio seguido na Decisão.

303 Resulta de quanto precede que a Decisão está viciada por omissão de apreciação, uma vez que a Comissão não teve validamente em conta todos os argumentos de facto e elementos de prova pertinentemente apresentados pela GSK, não tendo refutado alguns destes argumentos, sendo que eles eram suficientemente pertinentes e fundamentados para impor uma resposta, e não tendo fundamentado de forma juridicamente suficiente a sua conclusão de que não se provara, por um lado, que o comércio paralelo era apto a provocar uma perda de eficiência por alterar sensivelmente a capacidade de inovação da GSK e, por outro, que o artigo 4.º das condições gerais de venda era apto a permitir a obtenção de um ganho por melhoria desta capacidade.

Quanto à ponderação

304 Tendo concluído a sua análise dos argumentos de facto e dos elementos de prova apresentados pela GSK, considerando que eles não demonstravam a existência de

uma vantagem objectiva sensível, a Comissão não procedeu à apreciação complexa (v. n.º 241 *supra*) que implicaria o exercício de ponderação entre essa vantagem e o inconveniente para a concorrência identificado no quadro da parte da Decisão que aplica o artigo 81.º, n.º 1, CE, como a Comissão sublinhou várias vezes na audiência.

305 Com efeito, a Comissão considerou, no considerando 151 da Decisão, que a GSK não provou que o artigo 4.º das condições gerais de venda acarretava vantagens e, no considerando 152 da Decisão, que, nessas circunstâncias, não era necessária qualquer comparação, acrescentando que, em qualquer caso, e mesmo que devesse proceder a essa comparação, os inconvenientes dessa cláusula suplantariam as suas vantagens.

306 Ora, tal como resulta dos fundamentos precedentes, a conclusão da Comissão de que a prova da existência de uma vantagem económica sensível não fora feita está viciada por omissão de apreciação (v. n.º 303 *supra*). Por outro lado, a sua conclusão de que o artigo 4.º das condições gerais de venda restringe a concorrência só é procedente na medida em que a Comissão considera que esta cláusula tem como efeito privar os consumidores finais de medicamentos comparticipados por um sistema nacional de seguro de saúde da vantagem que eles teriam, em matéria de preços e de custos, da participação dos grossistas espanhóis na concorrência intramarca nos mercados de destino do comércio paralelo de origem espanhola (n.ºs 147, 190 e 194 *supra*).

307 Destarte, a conclusão da Comissão segundo a qual não havia que proceder a uma ponderação que, de qualquer modo, sempre revelaria que a vantagem decorrente do artigo 4.º não compensaria o inconveniente que ele acarreta para a concorrência, não pode ser acolhido. A Comissão estava obrigada a proceder, num primeiro momento, a uma análise adequada dos argumentos de facto e dos meios de prova da GSK, para se colocar em situação de proceder, num segundo momento, a uma apreciação complexa que a análise comparativa do inconveniente e da vantagem ligados ao artigo 4.º das condições gerais de venda implicava.

Conclusão

308 Resulta do que precede que a Comissão não podia legalmente concluir que, no que se refere à existência de uma contribuição para a promoção do progresso técnico, a GSK não demonstrara que o primeiro requisito de aplicação do artigo 81.°, n.° 3, CE, estava preenchido. Nestas condições, não é necessário analisar os argumentos da GSK relativos à existência de uma contribuição para a melhoria da distribuição dos medicamentos.

c) Quanto à prova da existência de repercussão para o utilizador, do carácter indispensável do artigo 4.° das condições gerais de venda e da inexistência de eliminação da concorrência

309 Tal como anteriormente salientado (n.^{os} 237 a 239 *supra*) resulta da Decisão e dos debates que as conclusões sumárias da Comissão relativamente à existência de repercussão para o utilizador, ao carácter indispensável do artigo 4.° das condições gerais de venda e à inexistência de eliminação de concorrência se baseiam na conclusão relativa à existência de um ganho de eficiência.

310 Na medida em que esta conclusão está viciada por ilegalidade, na medida em que se refere à existência de uma contribuição para a promoção do progresso técnico, estas conclusões são igualmente inválidas.

311 Atendendo a que, ao apreciar a questão de saber se o artigo 4.° das condições gerais de venda eliminava ou não a concorrência numa parte substancial dos produtos, a Comissão acrescentou ao considerando 188 da Decisão que, em qualquer caso,

relativamente a vários dos principais produtos abrangidos pelas suas condições gerais de venda, a GSK detinha quotas de mercado substanciais (por exemplo, para o Zofran, o Flixonase, o Zovirax, o Imigran) num ou vários Estados-Membros, deve ainda proceder-se à fiscalização dessa apreciação.

312 A este respeito, há que constatar que, na audiência, a Comissão reconheceu não ter verdadeiramente decidido a questão do poder de mercado de que a GSK dispunha e acrescentou que lhe era necessário prosseguir a análise para se decidir sobre este ponto.

313 De facto, tendo em conta o contexto jurídico e económico próprio do sector em análise, a detenção de quotas de mercado substanciais, limitada aliás a alguns dos produtos em causa, tendo-se a Comissão limitado a indicar quatro exemplos, não permite manifestamente, por si só, concluir de forma convincente pela eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

314 Com efeito, independentemente da questão da definição do mercado dos produtos em causa debatida pelas partes, vários elementos invocados pela GSK durante o processo administrativo e depois nos seus articulados, são adequados a impedir a automaticidade dessa conclusão.

315 Em especial, o argumento da GSK referido no considerando 188 da Decisão, que remete para o considerando 104 da mesma, não era desprovido de pertinência, a tal ponto que a Comissão pudesse abster-se de fazer uma apreciação específica a título do quarto requisito de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE. Com efeito, o facto de o artigo 4.º das condições gerais de venda impedir a pressão limitada que poderia existir, em razão do comércio paralelo de origem espanhola, sobre o preço e o custo dos medicamentos nos mercados geográficos de destino deve ser incluído nos factos, alegados pela GSK e não contestados pela Comissão, de que a concorrência pela

inovação é muito forte no sector e que a concorrência pelos preços existe sob outra forma, embora ela só ocorra, em conformidade com a lei, quando a caducidade da patente permite a entrada dos fabricantes de medicamentos genéricos no mercado. Nestas condições, em conformidade com a jurisprudência citada no n.º 109 *supra*, havia ainda que apreciar a que forma de concorrência havia que dar prioridade a fim de garantir a manutenção da concorrência eficiente pretendida pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE e pelo artigo 81.º CE.

4. Conclusão

316 Resulta de quanto precede que o fundamento baseado na violação do artigo 81.º, n.º 3, CE, deve ser acolhido, devendo, por consequência, julgar-se procedentes os pedidos da GSK relativamente à anulação do artigo 2.º da Decisão, sem ser necessário analisar o fundamento baseado na inobservância do princípio da proporcionalidade.

317 Assim, a Decisão deve ser anulada, na medida em que indefere, no seu artigo 2.º, o pedido de isenção apresentado pela GSK.

318 Não podendo excluir-se a eventualidade de as disposições do artigo 81.º, n.º 1, CE serem inaplicáveis ao artigo 4.º das condições gerais de venda da GSK, em virtude do artigo 81.º, n.º 3, CE, deve, por via de consequência, ser igualmente anulada a Decisão na parte em que, no seu artigo 3.º, ordenou à GSK que pusesse imediatamente termo à infracção caso não o tivesse ainda feito e, no seu artigo 4.º, que informasse a Comissão das medidas que tomasse para esse efeito.

319 Nos termos do primeiro parágrafo do artigo 233.º CE a Comissão está obrigada a tomar as medidas necessárias para a execução do presente acórdão.

320 Para este efeito, e embora o processo de notificação previsto pelo Regulamento n.º 17 tenha deixado de existir no Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1), cabe-lhe, tendo em conta a anulação parcial da Decisão e o efeito retroactivo daí decorrente, pronunciar-se sobre o pedido de isenção apresentado pela GSK colocando-se na situação existente à data deste último [v. neste sentido acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Maio de 2006, T-328/03, Colect., p. II-1231, n.os 47 e 48], desde que o pedido continue pendente.

Quanto às despesas

321 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

322 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, se cada parte obtiver vencimento parcial, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

323 No caso em apreço, a GSK foi vencida no pedido de anulação do artigo 1.º da Decisão. Por seu lado, a Comissão, apoiada pelas partes intervenientes, foi vencida no seu pedido de que fosse negado provimento ao recurso na sua totalidade.

324 Nestas condições, as despesas devem ser repartidas entre as partes. A GSK suportará metade das suas próprias despesas e metade das despesas da Comissão, incluindo as relativas às intervenções. A Comissão suportará metade das suas próprias despesas e metade das despesas da GSK, incluindo as relativas às intervenções. As partes intervenientes suportarão as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quarta Secção alargada)

decide:

1) **Os artigos 2.º, 3.º e 4.º da Decisão 2001/791/CE da Comissão, de 8 de Maio de 2001, relativa a um procedimento nos termos do artigo 81.º do Tratado CE [processos IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (Notificação), IV/36.997/F3 Aseprofar e Fedifar (Denúncia), IV/37.121/F3 Spain Pharma (Denúncia), IV/37.138/F3 BAI (denúncia) e IV/37.380/F3 EAEPC (Denúncia)], são anulados.**

2) **É negado provimento ao recurso quanto ao restante.**

3) **A GlaxoSmithKline Services Unlimited suportará metade das suas próprias despesas e metade das despesas da Comissão, incluindo as relativas às intervenções.**

4) **A Comissão suportará metade das suas próprias despesas e metade das despesas da GlaxoSmithKline Services, incluindo as relativas às intervenções.**

5) **A Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), a Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, a European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) e a Spain Pharma, SA, suportarão cada uma as suas próprias despesas.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 27 de Setembro de 2006.

O secretário

E. Coulon

O presidente

H. Legal

Índice

Quadro jurídico e factual do litígio ..... II - 2984

Direito comunitário ..... II - 2984

Direito espanhol ..... II - 2985

Antecedentes do litígio ..... II - 2986

Tramitação processual ..... II - 2990

Pedidos das partes ..... II - 2993

Questão de direito ..... II - 2995

I — Quanto aos fundamentos relativos ao pedido de anulação do artigo 1.º da Decisão ..... II - 2996

A — Quanto ao fundamento baseado na insuficiente fundamentação ..... II - 2996

1. Argumentos das partes ..... II - 2996

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 2997

B — Quanto ao fundamento baseado na violação do artigo 81.º, n.º 1, CE . II - 2998

1. Considerações preliminares ..... II - 2998

2. Quanto à existência de um acordo entre empresas ..... II - 3000

a) Conteúdo da Decisão ..... II - 3000

b) Argumentos das partes ..... II - 3000

c) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 3001

Quanto à independência das vontades ..... II - 3001

Quanto ao acordo de vontades ..... II - 3003

3. Quanto à existência de uma restrição da concorrência ..... II - 3007

a) Conteúdo da Decisão ..... II - 3007

b) Argumentos das partes ..... II - 3009

c) Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 3010

Quanto à situação da concorrência que precedeu o artigo 4.º das condições gerais de venda ..... II - 3010

Quanto à restrição da concorrência imputada ao artigo 4.º das condições gerais de venda. ..... II - 3012

— Quanto à existência de um objecto concorrencial ..... II - 3013

— Quanto à existência de um efeito anticoncorrencial ..... II - 3023

4. Conclusão ..... II - 3036

C — Quanto ao fundamento baseado em desvio de poder, violação do princípio da subsidiariedade e da violação do artigo 43.º CE ..... II - 3037

1. Argumentos das partes ..... II - 3037

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 3037

II — Quanto aos fundamentos relativos à anulação do artigo 2.º da Decisão ..... II - 3040

A — O fundamento de insuficiente fundamentação ..... II - 3040

1. Argumentos das partes ..... II - 3040

2. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 3041

B — Quanto ao fundamento baseado na violação do artigo 81.º, n.º 3, CE . II - 3042

1. Conteúdo da Decisão ..... II - 3042

2. Argumentos das partes ..... II - 3043

3. Apreciação do Tribunal de Primeira Instância ..... II - 3046

a) Observações preliminares ..... II - 3046

b) Quanto à prova da existência de uma ganho de eficiência .... II - 3050

Quanto à existência de uma vantagem objectiva sensível ..... II - 3052

— Quanto à pertinência dos argumentos de facto e dos meios de prova apresentados pela GSK ..... II - 3058

— Quanto à perda de eficiência asociada ao comércio paralelo II - 3063

— Quanto à extensão da perda de eficiência ligada ao comércio paralelo ..... II - 3067

— Quanto ao ganho de eficiência ligado ao artigo 4.° das condições gerais de venda ..... II - 3071

Quanto ao balanço comparativo ..... II - 3074

Conclusão ..... II - 3076

c) Quanto à prova da existência de repercussão para o utilizaddor, do carácter indispensável do artigo 4.° das condições gerais de venda e da inexistência de eliminação da concorrência ..... II - 3076

4. Conclusão ..... II - 3078

Quanto às despesas ..... II - 3079