YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN
TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (laajennettu neljäs jaosto)

27 päivänä syyskuuta 2006 *

Asiassa T-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, aikaisemmin Glaxo Wellcome plc, kotipaikka Brentford, Middlesex (Yhdistynyt kuningaskunta), edustajinaan asianajaja S. Martínez Lage, I. Forrester, QC, sekä asianajajat F. Depoortere, A. Schulz, T. Louko ja I. Vandenborre,

kantajana,

vastaan

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään aluksi P. Oliver, sittemmin É. Gippini Fournier,

vastaajana,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

jota tukevat

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), kotipaikka Bryssel (Belgia), edustajinaan aluksi asianajajat U. Zinsmeister ja M. Lienemeyer, sittemmin asianajaja A. Martin-Ehlers ja lopuksi asianajaja M. Hartmann-Rüppel,

Bundesverband der Arzneimittell -Importeure eV, kotipaikka Mülheim an der Ruhr (Saksa), edustajinaan aluksi asianajajat M. Epping ja W. Rehmann, sittemmin Rehmann,

Spain Pharma, SA, kotipaikka Madrid, edustajinaan asianajajat P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza ja R. Gutiérrez Sánchez,

ja

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), kotipaikka Madrid (Espanja), edustajinaan aluksi asianajajat M. Araujo Boyd ja R. Sanz, sittemmin asianajajat Araujo Boyd ja J. L. Buendia Sierra,

väliintulijoina,

jossa vaaditaan EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta asioissa IV/36.957/F3 – Glaxo Wellcome (ilmoitus), IV/36.997/F3 – Aseprofar ja Fedifar (kantelu), IV/37.121/F3 – Spain Pharma (kantelu), IV/37.138/F3 – BAI (kantelu) ja IV/37.380/F3 – EAEPC (kantelu) 8 päivänä toukokuuta 2001 tehdyn komission päätöksen 2001/791/EY (EYVL L 302, s. 1) kumoamista,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (laajennettu neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja H. Legal sekä tuomarit P. Lindh, I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas ja E. Moavero Milanesi,

kirjaaja: hallintovirkamies C. Kristensen,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 7.6.2006 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asiaa koskevat oikeussäännöt ja riidan tosiseikasto

Yhteisön oikeus

1 EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohdassa määrätään, että yhteisön toimintaan sisältyy järjestelmä, jolla taataan, ettei kilpailu sisämarkkinoilla vääristy.

2 EY 81 artiklan 1 kohdassa määrätään muun muassa, että yhteismarkkinoille soveltumattomia ja kiellettyjä ovat sellaiset yritysten väliset sopimukset, yritysten yhteenliittymien päätökset sekä yritysten yhdenmukaistetut menettelytavat, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua yhteismarkkinoilla tai joista seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy yhteismarkkinoilla.

3 EY 81 artiklan 3 kohdassa määrätään, että voidaan julistaa, että EY 81 artiklan 1 kohdan määräykset eivät koske esimerkiksi yritysten välistä sopimusta, joka osaltaan tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä jättäen kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä, asettamatta asianomaisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi, ja antamatta näille yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita.

4 Neuvosto antoi 21.12.1988 EY:n perustamissopimuksen 100 a artiklan (josta on muutettuna tullut EY 95 artikla) nojalla direktiivin 89/105/ETY ihmisille tarkoitettujen lääkkeiden hintojen sääntelytoimenpiteiden avoimuudesta ja niiden soveltamisesta kansallisissa sairausvakuutusjärjestelmissä (EYVL 1989, L 40, s. 8). Sen tarkoituksena on saada kokonaiskuva toimenpiteistä, joilla vahvistetaan ja valvotaan suoraan ja epäsuorasti lääkkeiden hintoja jäsenvaltioiden tällaisiin tuotteisiin käyttämien kansanterveyden kustannusten hallinnoimiseksi ja tällaisten toimenpiteiden sellaisten eroavuuksien poistamiseksi, jotka saattavat estää tai vääristää yhteisön sisäistä lääkekauppaa ja siten vaikuttaa suoraan lääkkeiden yhteismarkkinoiden toimintaan. Tätä tarkoitusta varten siinä vahvistetaan ensinnäkin useita vaatimuksia, joilla pyritään antamaan asianomaisille mahdollisuus varmistaa, että kyseiset kansalliset toimenpiteet eivät merkitse tuonnin tai viennin määrällisiä rajoituksia eivätkä vaikutukseltaan vastaavia toimenpiteitä. Nämä vaatimukset eivät kuitenkaan vaikuta jäsenvaltioiden politiikkaan eivätkä kansallisiin politiikkoihin hintojen vahvistamisen ja sosiaaliturvajärjestelmän kehittämisen osalta, paitsi jos se on tarpeen avoimuuden saavuttamiseksi. Jäsenvaltioille direktiivin noudattamista varten asetettu määräaika päättyi 31.12.1989.

Espanjan oikeus

5 Espanjan kuningaskunta antoi 20.12.1990 lain nro 25/1990 (lääkelaki nro 25/1990, BOE nro 306, 22.12.1990, s. 2643; jäljempänä laki nro 25/1990). Tätä lakia on muutettu muun muassa 30.12.1997 annetulla lailla nro 66/1997 (BOE nro 313, 31.12.1997, s. 38517) ja nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisen päätöksen tekemiseen johtaneen hallinnollisen menettelyn aikana 30.12.1999 annetulla lailla nro 55/1999 (BOE nro 312, 30.12.1997, s. 46095).

6 Espanjan kuningaskunta antoi 23.2.1990 kuninkaan asetuksen nro 271/1990 ihmisten käyttöön tarkoitettujen lääkevalmisteiden hintasääntelyn uudelleen järjes-

tämisestä (decreto real de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano nro 271/1990, BOE nro 53, 2.3.1990, s. 6086; jäljempänä asetus nro 271/1990). Tämän asetuksen tarkoituksena on muun muassa mahdollistaa se, että Espanjan kuningaskunta noudattaa direktiiviä 89/105/ETY.

7 Lain nro 25/1990 VIII osaston ja asetuksen nro 271/1990 säännöksissä säädetään muun muassa terveys- ja kuluttajaministeriön sekä sen yhteydessä toimivan lääkkeiden hintoja käsittelevän ministeriöiden välisen komitean (Comisión interministerial de precios de los medicamentos) (jäljempänä yhdessä Espanjan viranomaiset) sääntelyjärjestelmästä, joka koskee Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä korvattavien lääkkeiden enimmäistukkuhintaa.

Asian tausta

8 Kantaja GlaxoSmithKline Services Unlimited, aikaisemmin Glaxo Wellcome plc (jäljempänä GSK), on Yhdistyneen kuningaskunnan oikeuden mukaan perustettu yhtiö, jonka kotipaikka on Brentford (Yhdistynyt kuningaskunta). GlaxoSmithKline-konserni, johon se kuuluu, on yksi tärkeimmistä lääkkeiden valmistajista maailmassa. Se perustettiin Glaxo Wellcome plc:n ja Smithkline Beecham plc:n välisen yrityssulautuman seurauksena. Komissio ilmoitti 8.5.2000 tekemällään päätöksellä (asia N IV/M.1846 – Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham), ettei se vastustaisi sulautumista.

9 Glaxo Wellcome, SA (jäljempänä GW), on Espanjan oikeuden mukaan perustettu yhtiö, jonka kotipaikka on Madrid (Espanja), ja se on yksi GlaxoSmithKline-konsernin espanjalaisista tytäryhtiöistä. Sen päätoimialana on lääkkeiden tuotekehitys, valmistus ja markkinointi Espanjassa suoraan ja tytäryhtiöidensä välityksellä.

10 GW toimitti 6.3.1998 päivätyssä kirjeessä komissiolle asiakirjan, joka oli otsikoitu "[GW:lle] ja sen tytäryhtiöille kuuluvien lääketuotteiden myyntiä valtuutetuille tukkumyyjille koskevat yleiset ehdot" (jäljempänä yleiset myyntiehdot), saadakseen 6 päivänä helmikuuta 1962 annetun neuvoston asetuksen N:o 17 (Perustamissopimuksen [81] ja [82] artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus, EYVL 1962, 13, s. 204) mukaisen puuttumattomuustodistuksen tai poikkeuksen. GSK toimitti 28.7.1998 päivätyssä kirjeessä komissiolle täydentävän ilmoituksen.

11 Yleisiä myyntiehtoja sovelletaan 82 lääkkeeseen, jotka on tarkoitettu myytäviksi espanjalaisille tukkumyyjille, joiden kanssa GW:llä on liikesuhteita jakeluverkkojen ulkopuolella. Nämä voivat jälleenmyydä niitä espanjalaisille sairaaloille tai apteekeille, jotka luovuttavat niitä asiakkaille lääkemääräyksen esittämistä vastaan. Ne voivat jälleenmyydä niitä myös toisiin jäsenvaltioihin rinnakkaiskaupalla, jota ne harjoittavat hintaerojen vuoksi. Näihin 82 lääkkeeseen, joihin sovelletaan yleisiä myyntiehtoja, kuuluu kahdeksan lääkettä, joiden GSK esittää olevan erityisen todennäköisiä rinnakkaiskaupan kohteita lähinnä Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välisessä kaupassa. Nämä lääkkeet ovat seuraavat:

– Beconase-niminen allergialääke

– viisi astmalääkettä, jotka ovat nimeltään Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent ja Ventolín

– Lamictal-niminen epilepsialääke

– Imigran-niminen migreenilääke.

12 Yleisten myyntiehtojen lausekkeessa 4 määrätään kaikkien näiden 82 lääkkeen osalta kahdesta eri hinnasta (jäljempänä 4 A -hinta ja 4 B -hinta). Tämän lausekkeen sanamuoto on seuraava:

"A) Lääkkeistä 20.12.1990 annetun lain nro 25/1990 100 §:n 1 momentin (ensimmäinen kappale) ja 2 momentin säännösten nojalla GW SA:n ja sen tytäryhtiöiden lääkkeiden hinta ei koskaan saa ylittää Espanjan terveysviranomaisten vahvistamaa ylintä teollista hintaa, kun kyseisten lainkohtien sääntöjen täytäntöönpanon mahdollistavat kaksi seuraavaa tekijä toteutuvat:

– edellä mainitut lääkkeet rahoitetaan Espanjan sosiaaliturvasta tai Espanjan julkisista varoista

– hankitut lääkkeet saatetaan markkinoille kansallisella tasolla eli apteekkien tai Espanjan sairaaloiden kautta.

B) Jos jompikumpi näistä tekijöistä ei toteudu (eli tapaukset, joissa Espanjan laissa annetaan laboratorioille täysi vapaus asettaa lääkkeiden hinnat itse), [GW] ja sen tytäryhtiöt asettavat lääkkeidensä hinnan todellisten, objektiivisten ja syrjimättömien taloudellisten perusteiden mukaisesti täysin riippumatta lääkkeen lopullisesta määränpäästä, josta päättää ostava tukkuliike. [GW] ja sen tytäryhtiöt soveltavat lääkkeisiinsä hintaa, jota ne ovat sisäisten taloudellisten tutkimustensa perusteella ehdottaneet Espanjan terveysviranomaisille, ja puolueettomasti ajantasaistaneet ottaen huomioon elinkustannusten nousun [lain nro 25/1990] 100 §:n 1 momentin (ensimmäinen kappale) ja 2 momentin säännösten ja lääkkeiden hintojen vahvistamista koskevan aiemmin annetun Espanjan lainsäädännön mukaisesti."

13 GW lähetti 6.3.1998 päivätyillä kirjeillä yleiset myyntiehdot 89:lle Espanjassa sijaitsevalle tukkumyyjälle. Näihin kirjeisiin sisältyi muun muassa seuraava maininta:

"Tärkeää: Allekirjoittakaa sopimuksenne ja lähettäkää meille oheisen asiakirjan allekirjoitettu jäljennös 13.3.1998 mennessä."

14 Näin menetteli 75 tukkumyyjää, joiden osuus oli yli 90 prosenttia GW:n kokonaismyynnistä Espanjassa vuonna 1998.

15 Yleiset myyntiehdot tulivat voimaan 9.3.1998.

16 Tämän jälkeen kaksi espanjalaista ammattialajärjestöä, Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) ja Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas, sekä espanjalainen tukkumyyjä Spain Pharma, SA, riitauttivat niiden laillisuuden Espanjan kilpailuviranomaisessa ja Espanjan tuomioistuimissa.

17 Lisäksi kanteluja, joiden mukaan yleiset myyntiehdot olivat EY 81 artiklan 1 kohdan vastaisia, tekivät komissiolle Aseprofar, jota tuki toinen espanjalainen ammattialajärjestö Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de especialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (Fedifar), sekä Spain Pharma ja kaksi muuta eurooppalaista ammattialajärjestöä, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (jäljempänä BAI) ja European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC).

18 Komissio teki 8.5.2001 päätöksen 2001/791/EY EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta asioissa IV/36.957/F3 – Glaxo Wellcome (ilmoitus), IV/36.997/F3 – Aseprofar ja Fedifar (kantelu), IV/37.121/F3 – Spain Pharma (kantelu), IV/37.138/F3 – BAI (kantelu) ja IV/37.380/F3 – EAEPC (kantelu) (EYVL L 302, s. 1; jäljempänä päätös).

19 Päätöksen 1 artiklassa määrätään, että GW "on rikkonut perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohtaa tekemällä Espanjan tukkumyyjien kanssa sopimuksen, jossa erotellaan hinnat, jotka tukkumyyjiltä peritään kotimaassa apteekeille ja sairaaloille jälleenmyytävistä lääkkeistä, ja korkeammat hinnat, jotka peritään viennistä johonkin jäsenvaltioon".

20 Päätöksen 2 artiklassa määrätään, että hakemus, joka koskee poikkeuksen myöntämistä tälle sopimukselle, hylätään.

21 Päätöksen 3 ja 4 artiklassa määrätään, että GW:n on välittömästi lopetettava 1 artiklassa tarkoitettu rikkominen, jollei se ole jo tehnyt näin, ja ilmoitettava komissiolle toimenpiteet, jotka se on toteuttanut rikkomisen lopettamiseksi.

Asian käsittelyn vaiheet

22 GSK nosti nyt käsiteltävän kanteen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 23.7.2001 toimittamallaan kannekirjelmällä.

23 EAEPC, BAI, Spain Pharma ja Aseprofar pyysivät ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 8.11., 12.11. ja 16.11.2001 toimittamillaan asiakirjoilla saada osallistua asian käsittelyyn väliintulijoina komission vaatimusten tukemiseksi yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 40 artiklan toisen kohdan ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 115 artiklan 1 kohdan nojalla.

24 GSK pyysi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 28.11.2001, 14.12.2001 ja 21.3.2002 toimittamissaan kirjelmissä, että tiettyjä salaisia tai luottamuksellisia asiakirjoja ei työjärjestyksen 116 artiklan 2 kohdan nojalla toimitettaisi osapuolille, jotka hyväksyttäisiin väliintulijoiksi asiassa.

25 Ensimmäisen jaoston puheenjohtaja hyväksyi väliintulohakemukset 27.11.2002 antamallaan määräyksellä ja ilmoitti, että luottamuksellista käsittelyä koskevien pyyntöjen perusteltavuudesta lausuttaisiin myöhemmin.

26 Ensimmäisen jaoston puheenjohtaja hyväksyi 5.8.2003 antamallaan määräyksellä luottamuksellista käsittelyä koskevat pyynnöt osittain ja hylkäsi ne muilta osin.

27 Koska esittelevä tuomari oli nimitetty neljänteen jaostoon sen vuoksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen jaostojen kokoonpanoa oli muutettu 1.10.2003, asia siirrettiin kyseisen jaoston käsiteltäväksi.

28 GSK pyysi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 25.3.2004 toimittamassaan asiakirjassa, että tiettyjä salaisia tai luottamuksellisia tietoja, jotka sisältyivät sen väliintulokirjelmistä esittämiin huomautuksiin, ei toimitettaisi väliintulijoille. Pyyntö hyväksyttiin.

29 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kehotti 16.4.2004 päivätyssä kirjeessään GSK:ta ja komissiota esittämään tiettyjä asiakirjoja ja vastaamaan kirjalliseen kysymykseen työjärjestyksen 49 ja 64 artiklan nojalla. Näitä prosessinjohtotoimia noudatettiin tätä varten asetetussa määräajassa.

30 Spain Pharma pyysi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 7.5.2004 toimittamassaan asiakirjassa, että se saisi käyttää espanjan kieltä suullisessa käsittelyssä työjärjestyksen 35 artiklan 2 kohdan nojalla. Tähän suostuttiin osapuolten kuulemisen jälkeen.

31 GSK pyysi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 27.5. ja 22.6.2004 toimittamissaan asiakirjoissa, että tiettyjä sen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen 16.4.2004 päivättyihin pyyntöihin antamiin vastauksiin tai komission vastauksiin sisältyviä salaisia tai luottamuksellisia tietoja ei toimitettaisi väliintulijoille. Pyyntö hyväksyttiin.

32 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätti 7.3.2006 työjärjestyksen 14 artiklan nojalla ja neljännen jaoston ehdotuksesta osapuolia kuultuaan siirtää asian laajennetun neljännen jaoston käsiteltäväksi.

33 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin (neljäs jaosto) päätti 15.3.2006 aloittaa suullisen käsittelyn esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella.

34 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pyysi 7.3. ja 20.3.2006 päivätyissä kirjeissä GSK:ta, komissiota ja väliintulijoita vastaamaan kirjallisiin kysymyksiin ja esittämään erään asiakirjan työjärjestyksen 49 ja 64 artiklan nojalla. Näitä prosessinjohtotoimia noudatettiin tätä varten asetetuissa määräajoissa, lukuun ottamatta kysymystä, johon GSK vastasi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 6.6.2006

toimittamassaan asiakirjassa. Koska osapuolet, joita kehotettiin ottamaan tähän kantaa istunnossa, eivät vastustaneet, tämä asiakirja otettiin asiakirja-aineistoon.

35 GSK pyysi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 28.4.2006 toimittamassaan asiakirjassa, että tiettyjä salaisia tai luottamuksellisia tietoja, jotka sisältyivät sen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen 7.3. ja 20.3.2006 päivättyihin pyyntöihin antamiin vastauksiin, ei toimitettaisi väliintulijoille. Pyyntö hyväksyttiin.

36 Aseprofar pyysi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjaamoon 16.5.2006 toimittamassaan asiakirjassa, että se saisi käyttää espanjan kieltä suullisessa käsittelyssä työjärjestyksen 35 artiklan 2 kohdan nojalla. Pyyntö hyväksyttiin osapuolten kuulemisen jälkeen.

37 Osapuolten lausumat ja vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin kuultiin 7.6.2006 pidetyssä istunnossa.

Asianosaisten vaatimukset

38 GSK vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– kumoaa päätöksen ja

– velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

39 Komissio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen ja

– velvoittaa GSK:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

40 Aseprofar vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen ja

– velvoittaa GSK:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut, sille itselleen aiheutuneet kulut mukaan lukien.

41 BAI vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen ja

– velvoittaa GSK:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut, sille itselleen aiheutuneet kulut mukaan lukien.

42 EAEPC vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen ja

– velvoittaa GSK:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut, sille itselleen aiheutuneet kulut mukaan lukien.

43 Spain Pharma vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

– hylkää kanteen ja

– velvoittaa GSK:n korvaamaan oikeudenkäyntikulut, sille itselleen aiheutuneet kulut mukaan lukien.

Oikeudellinen arviointi

44 GSK esittää vaatimustensa tueksi lähinnä kuusi kanneperustetta, jotka voidaan ryhmitellä sen mukaan, vaaditaanko niissä päätöksen kumoamista kokonaan vai osittain.

45 GSK vetoaa päätöksen 1 artiklan, jossa todetaan EY 81 artiklan 1 kohdan rikkominen, kumoamista koskevien pääasiallisten vaatimustensa tueksi kolmeen kanneperusteeseen, jotka koskevat

– perustelujen riittämättömyyttä

– EY 81 artiklan 1 kohdan virheellistä soveltamista sekä

– harkintavallan väärinkäyttöä, toissijaisuusperiaatteen loukkaamista ja EY 43 artiklan rikkomista.

46 GSK vetoaa päätöksen 2 artiklan, jolla hylätään sen EY 81 artiklan 3 kohdan nojalla esittämä poikkeusta koskeva pyyntö, kumoamista koskevien toissijaisten vaatimustensa tueksi kolmeen kanneperusteeseen, jotka koskevat

– perustelujen riittämättömyyttä

– EY 81 artiklan 3 kohdan virheellistä soveltamista sekä

– suhteellisuusperiaatteen loukkaamista.

I *Päätöksen 1 artiklan kumoamista koskevat kanneperusteet*

A *Perustelujen riittämättömyyttä koskeva kanneperuste*

1. Asianosaisten lausumat

47 GSK väittää lähinnä, että koska päätöksessä ei ole viitattu asiassa T-41/96, Bayer vastaan komissio, 26.10.2000 annettuun tuomioon (Kok. 2000, s. II-3383), se on riittämättömästi perusteltu.

48 Komissio väittää väliintulijoiden tukemana, että tätä kanneperustetta ei voida hyväksyä.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

49 EY 253 artiklassa määrätään muun muassa siitä, että komission päätökset on perusteltava.

50 Jotta komission päätös olisi oikeudellisesti riittävällä tavalla perusteltu, siitä on selkeästi ilmettävä päätöksen tehneen toimielimen päättely siten, että ne, joita päätös koskee, ymmärtävät sen perustan ja että tuomioistuin voi tarkistaa, onko päätös oikeutettu. Komission ei sitä vastoin tarvitse esittää kaikkia asiaan liittyviä oikeudellisia seikkoja ja tosiseikkoja, koska tutkittaessa, ovatko perustelut EY 253 artiklan mukaisia, otetaan huomioon sekä kyseisen toimenpiteen sanamuoto että sen oikeudellinen ja tosiasiallinen asiayhteys (asia 2/56, Geitling v. korkea viranomainen, tuomio 20.3.1957, Kok. 1957, s. 9, erityisesti s. 37 ja asia T-171/02, Regione Autonoma della Sardegna v. komissio, tuomio 15.6.2005, Kok. 2005, s. II-2123, 73 kohta).

51 Komission päätösten perustelujen tarpeellisuus ei siten merkitse sitä, että komissiolla olisi yleinen velvollisuus viitata päätöksissään johonkin tiettyyn tuomioistuimen tuomioon.

52 GSK tyytyy tässä tapauksessa ainoastaan viittaamaan siihen, että päätös on riittämättömästi perusteltu, koska siinä ei viitata tiettyyn tuomioistuimen tuomioon.

53 Näin ollen kanneperuste, jonka mukaan päätös on riittämättömästi perusteltu, kun siinä ei viitata edellä 47 kohdassa mainittuun asiassa Bayer vastaan komissio annettuun tuomioon, on hylättävä.

54 Siltä osin kuin GSK pyrkii tällä perusteellaan todellisuudessa riitauttamaan päätöksen sisällön, on korostettava, että komission päätöksen perustelujen olemassaolon ja laajuuden tutkiminen kuuluu olennaisten menettelymääräysten valvontaan ja siten tämän päätöksen muodollisen laillisuuden valvontaan. Se on erotettava perustelujen aineellisen paikkansapitävyyden tutkimisesta, koska viimeksi mainittu koskee riidanalaisen toimen aineellista lainmukaisuutta (asia C-367/95 P, komissio v. Sytraval ja Brink's France, tuomio 2.4.1998, Kok. 1998, s. I-1719, 67 kohta ja asia T-93/02, Confédération nationale du Crédit mutuel v. komissio, tuomio 18.1.2005, Kok. 2005, s. II-143, 67 kohta). Tältä osin tämä kanneperuste liittyy EY 81 artiklan 1 kohdan virheellistä soveltamista koskevaan perusteeseen, joka tutkitaan jäljempänä.

B *EY 81 artiklan 1 kohdan virheellistä soveltamista koskeva kanneperuste*

1. Alustavia huomautuksia

55 EY 81 artiklan 1 kohdan soveltaminen riippuu useiden eri edellytysten täyttymisestä (asia 56/65, Société technique minière, tuomio 30.6.1966, Kok. 1966, s. 337, erityisesti s. 356–360, Kok. Ep. I, s. 251 ja edellä 47 kohdassa mainittu asia Bayer v. komissio, 174 kohta), ja sen, joka vetoaa tähän määräykseen, on näytettävä toteen niiden täyttyminen (yhdistetyt asiat C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P, Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomio 7.1.2004, Kok. 2004, s. I-123, 78 kohta). On siis ensinnäkin osoitettava, että on olemassa yritysten välinen sopimus, yhdenmukaistettu menettelytapa tai yritysten yhteenliittymän päätös; toiseksi, että sen tarkoituksena tai seurauksena on kilpailun huomattava rajoittaminen; ja kolmanneksi, että se on omiaan vaikuttamaan yhteisön sisäiseen kauppaan, jolloin tämä viimeksi mainittu edellytys koskee yksinomaan yhteisön oikeuden soveltamisalan määrittämistä (em. asia Société technique minière, tuomion s. 359; yhdistetyt asiat C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ja C-125/85–C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö ym. v. komissio, tuomio 31.3.1993, Kok. 1993, s. I-1307, Kok. Ep. XIV, s. I-123, 176 kohta ja edellä 47 kohdassa mainittu asia Bayer v. komissio, tuomion 174 kohta).

56 Koska GSK väittää tässä tapauksessa, että komissio on soveltanut EY 81 artiklan 1 kohtaa menettelytapaan, joka ei ole kyseisessä määräyksessä tarkoitettu sopimus eli rajoittava sopimus, on muistutettava siitä, että se, onko kyseessä yritysten välinen sopimus, ja se, onko tämä sopimus rajoittava, ovat erillisiä kysymyksiä, ja ne on siten tutkittava erikseen (ks. vastaavasti edellä 55 kohdassa mainittu asia Société technique minière, tuomion s. 358 ja 359).

57 Tässä yhteydessä EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisesta tehtyä päätöstä koskevaa kumoamisvaatimusta käsittelevä tuomioistuin tutkii kaikilta osin asian käsittelyn komissiossa (asia 42/84, Remia ym. v. komissio, tuomio 11.7.1985, Kok. 1985, s. 2545, Kok. Ep. VIII, s. 287, 34 kohta ja edellä 47 kohdassa mainittu asia Bayer v. komissio, tuomion 62 kohta), ellei tässä käsittelyssä ole pitänyt arvioida monitahoisia taloudellisia seikkoja, jolloin yhteisöjen tuomioistuinten on rajattava valvonta koskemaan ainoastaan sitä, onko asiassa käytetty väärin harkintavaltaa, onko menettelysääntöjä ja perusteluvelvollisuutta noudatettu, pitävätkö tosiseikat paikkansa sekä onko asiassa tehty ilmeistä arviointivirhettä (em. asia Remia ym. v. komissio, tuomion 34 kohta ja edellä 55 kohdassa mainittu asia Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 279 kohta).

58 Lisäksi tämä valvonta koskee yksinomaan tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, jotka olivat olemassa sinä päivänä, jona riidanalainen päätös tehtiin (yhdistetyt asiat 15/76 ja 16/76, Ranska v. komissio, tuomio 7.2.1979, Kok. 1979, s. 321, Kok. Ep. IV, s. 311, 7 kohta ja asia T-395/94, Atlantic Container Line ym. v. komissio, tuomio 28.2.2002, Kok. 2002, s. II-875, 252 kohta), tämän rajoittamatta osapuolten mahdollisuutta täydentää näitä seikkoja puolustautumisoikeuksia käyttäessään todisteilla, jotka ovat tätä päivämäärää myöhempiä mutta jotka on nimenomaisesti koottu kyseisen päätöksen riitauttamiseksi tai sen puolustamiseksi (asia T-87/05, EDP v. komissio, tuomio 21.9.2005, Kok. 2005, s. II-3745, 158 kohta; ks. vastaavasti asia 75/84, Metro v. komissio, tuomio 22.10.1986, Kok. 1986, s. 3021, jäljempänä ns. Metro II -tapaus, 75 ja 78 kohta ja em. asia Atlantic Container Line ym. v. komissio, tuomion 254 kohta).

59 Tästä seuraa tässä tapauksessa, että tosiseikat, jotka eivät olleet olemassa päätöksentekopäivänä, eli erityisesti ajanjaksoa 2001–2005 koskevat numerotiedot, ja todisteet, joita ei ollut tuolloin vielä olemassa ja joita ei ole koottu erityisesti

päätöksen riitauttamiseksi tai sen puolustamiseksi siltä osin kuin siinä todetaan kilpailusääntöjen rikkominen, eli erityisesti muut kuin hallinnollisessa menettelyssä esitetyt tutkimukset, joissa käsitellään yleisluonteisesti lääkkeiden rinnakkaiskaupan vaikutuksia yhteisössä, on heti jätettävä käsittelemättä.

2. Yritysten välisen sopimuksen olemassaolo

a) Päätöksen sisältö

60 Komissio on katsonut päätöksen 109 perustelukappaleessa, että yleiset myyntiehdot olivat GW:n ja kaikkien niiden espanjalaisten tukkumyyjien välinen sopimus, jotka olivat hyväksyneet kyseiset ehdot.

b) Asianosaisten lausumat

61 GSK väittää, että yleiset myyntiehdot eivät ole sopimus.

62 GW ja yleiset myyntiehdot allekirjoittaneet espanjalaiset tukkumyyjät eivät ole ilmaisseet riippumatonta tahtoa, koska Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä korvattaville lääkkeille on määrätty tukkuhinta Espanjan lainsäädännössä.

63 Ne eivät ole myöskään osoittaneet yhteistä tahtoa kilpailun rajoittamiseen, vaan ainoastaan yhteisen tahdon myydä ja ostaa lääkkeitä yleisissä myyntiehdoissa vahvistetuin ehdoin.

64 Komissio kiistää väliintulijoiden tukemana näiden väitteiden paikkansapitävyyden.

c) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

65 GSK:n väitteiden perusteella on ensinnäkin tutkittava, ovatko GW ja espanjalaiset tukkumyyjät ilmaisseet riippumattoman tahtonsa Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä korvattavien lääkkeiden tukkuhintaa koskevan Espanjan lainsäädännön osalta ja oliko komission arvioitavana siis yritysten menettelytapa eikä valtion menettelytapa. Tarvittaessa niiden perusteella on toiseksi tutkittava, ovatko GW ja nämä tukkumyyjät ilmaisseet yhteisen tahdon eli oliko komission tutkittavana kahdenvälinen menettelytapa eivätkä yksipuoliset menettelytavat.

Tahtojen riippumattomuus

66 EY 81 artiklan 1 kohta koskee ainoastaan yritysten omasta aloitteestaan toteuttamia kilpailunrajoituksia (asia 267/86, Van Eycke, tuomio 21.9.1988, Kok. 1988, s. 4769, Kok. Ep. IX, s. 603, 16 kohta; yhdistetyt asiat C-359/95 P ja C-379/95 P, komissio ja Ranska v. Ladbroke Racing, tuomio 11.11.1997, Kok. 1997, s. I-6265, 33 kohta ja asia C-198/01, CIF, tuomio 9.9.2003, Kok. 2003, s. I-8055, 45 kohta).

67 Kun kyseisen määräyksen sovellettavuuden ratkaisemiseksi on tarpeen arvioida ensin kansallisen lainsäädännön mahdollista vaikutusta, on tutkittava, jääkö yrityksille tämän lainsäädännön perusteella mahdollisuus kilpailuun, jonka ne saattaisivat itsenäisellä toiminnallaan estää tai jota ne saattaisivat näin rajoittaa tai vääristää (edellä 66 kohdassa mainittu asia komissio ja Ranska v. Ladbroke Racing, tuomion 32 ja 35 kohta ja edellä 66 kohdassa mainittu asia CIF, tuomion 66 kohta).

68 Jos tämän arvioinnin perusteella ilmenee, että riidanalaisessa lainsäädännössä edellytetään yritysten menettelevän kilpailunvastaisesti tai että sillä on poistettu kokonaan niiltä mahdollisuus kilpailunvastaiseen menettelyyn, EY 81 artiklan 1 kohtaa ei voida soveltaa (edellä 66 kohdassa mainittu asia komissio ja Ranska v. Ladbroke Racing, tuomion 33 kohta ja edellä 66 kohdassa mainittu asia CIF, tuomion 67 kohta).

69 Jos on sitä vastoin ilmeistä, että tämän lainsäädännön perusteella yrityksille jää edelleen mahdollisuus kilpailuun, jonka ne saattaisivat itsenäisellä toiminnallaan estää tai jota ne näin saattaisivat rajoittaa tai vääristää, EY 81 artiklan 1 kohtaa voidaan soveltaa (edellä 66 kohdassa mainittu asia komissio ja Ranska v. Ladbroke Racing, tuomion 34 kohta ja edellä 66 kohdassa mainittu asia CIF, tuomion 56 kohta).

70 Yhteisöjen tuomioistuimet ovat soveltaneet suppeasti sitä mahdollisuutta, että tämän määräyksen soveltamisalan ulkopuolelle suljettaisiin tietynlainen menettely sen vuoksi, että kansallinen lainsäädäntö edellyttää tätä (edellä 66 kohdassa mainittu asia CIF, tuomion 67 kohta ja asia T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. komissio, tuomio 30.3.2000, Kok. 2000, s. II-1807, 60 kohta).

71 On siis selvitettävä, edellytetäänkö Espanjan lainsäädännössä, että GW:n on käytettävä espanjalaisten tukkumyyjien kanssa tekemissään sopimuksissa eri hintoja sen mukaan, korvataanko sen myymät lääkkeet Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä vai ei, kuten GSK väittää.

72 On ilmeistä, että Espanjan lainsäädäntö, joka koostuu yhtäältä lain nro 25/1990 VIII osaston ja toisaalta asetuksen nro 271/1990 säännösten muodostamasta kokonaisuudesta, ei määritä millään tavoin sellaisten lääkkeiden tukkuhintaa, joita ei ole tarkoitettu Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä korvattaviksi. GSK on lisäksi myöntänyt sekä kirjelmissään että istunnossa, että tämä toteamus, joka ilmeni implisiittisesti mutta väistämättä siitä, että lain nro 25/1990 sanamuodossa, sellaisena versiona, jota sovellettiin yleisten myyntiehtojen voimaan tullessa, ei mainittu mitään näistä tuotteista, vahvistettiin nimenomaisesti siihen myöhemmin tehdyillä muutoksilla, kuten päätöksen 37 ja 139 perustelukappaleessa todetaan.

73 Vaikka oletettaisiin paikkansapitäväksi GSK:n väite, jonka mukaan sellaisten lääkkeiden tukkuhinnan, jotka on tarkoitettu kyseisestä järjestelmästä korvattaviksi, vahvistavat Espanjan viranomaiset lähes täysin riippumattomasti ja edellyttävät GW:n ja espanjalaisten tukkumyyjien sitä käyttävän, toisin kuin väliintulijat väittävät, menettelytapa, joka tarkoittaa sitä, että otetaan sopimuksin käyttöön hintadifferointijärjestelmä, jossa kielletään GW:n kanssa kauppaa käyviltä espanjalaisilta tukkumyyjiltä lääkkeiden ostaminen tähän hintaan (4 A -hintaan), jos ne jälleenmyyvät ne muihin jäsenvaltioihin, ja velvoitetaan ne ostamaan näitä tuotteita korkeampaan hintaan (4 B -hintaan), ei missään tapauksessa määrätä Espanjan lainsäädännössä. Kun GSK:ta kuultiin tästä istunnossa, se joutui myöntämään tämän.

74 Näin ollen ei voida katsoa, että riidanalaisessa kansallisessa lainsäädännössä olisi pakotettu GW käyttämään sopimuksissa, joita se tekee espanjalaisten tukkumyyjien kanssa, eri hintoja sen mukaan, korvataanko sen myymät lääkkeet Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä vai ei.

Yhteisymmärrys

75 EY 81 artiklan 1 kohtaa sovelletaan ainoastaan kahdenvälisiin tai monenvälisiin yritysten menettelytapoihin (asia C-49/92 P, komissio v. Anic Partecipazioni, tuomio

8.7.1999, Kok. 1999, s. I-4125, 79 ja 112 kohta), jotka voivat olla sopimuksia, yhdenmukaistettuja menettelytapoja tai yritysten yhteenliittymien päätöksiä.

76 Sopimuksen olemassaolon edellytykseksi riittää se, että vähintään kaksi yritystä on ilmaissut yhteisen tahtonsa toimia markkinoilla määrätyllä tavalla (asia 41/69, ACF Chemiefarma v. komissio, tuomio 15.7.1970, Kok. 1970, s. 661, Kok. Ep. I, s. 455, 112 kohta ja asia C-277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici v. komissio, tuomio 11.1.1990, Kok. 1990, s. I-45, tiivistelmän 13 kohta ja edellä 47 kohdassa mainittu asia Bayer v. komissio, tuomion 67 ja 173 kohta).

77 Vaikka on siis välttämätöntä, että päätöksissä, joissa komissio soveltaa EY 81 artiklan 1 kohtaa, osoitetaan yritysten yhteinen tahto toimia markkinoilla tietyllä tavalla, ei sitä vastoin edellytetä, toisin kuin GSK väittää, että niissä osoitettaisiin yhteinen tahto tavoitella kilpailunvastaista päämäärää.

78 Päätöksessä todetaan tässä tapauksessa, että GW ja yleiset myyntiehdot allekirjoittaneet espanjalaiset tukkumyyjät ovat ilmaisseet yhteisen tahdon käyttäytyä markkinoilla myyntiehtojen lausekkeessa 4 määrätyllä tavalla, eli myydä ja ostaa jotain 82 lääkkeestä, joihin ne soveltavat 4 A- tai 4 B -hintaa sen mukaan, täyttyvätkö kyseisen lausekkeen A kohdassa vahvistetut edellytykset vai eivät.

79 Tämän päätelmän vahvistaa selvästi asiakirja-aineisto, josta ilmenee ensinnäkin, että GW vahvisti yleisiä myyntiehtoja, joissa määrättiin hintadifferointijärjestelmästä. Tämän jälkeen GW toimitti nämä yleiset myyntiehdot 89 tukkumyyjälle, joiden kanssa sillä on liikesuhteita Espanjassa. Siinä yhteydessä se pyysi niitä, korostaen samalla tämän pyynnön tärkeyttä, palauttamaan sille allekirjoitetun jäljennöksen "osoitukseksi [niiden] hyväksymisestä" pakottavassa määräajassa. Nämä tosiseikat

osoittavat GW:n ilmaiseman tahdon pyytää espanjalaisilta tukkumyyjiltä suostumusta sen yleisiin myyntiehtoihin ja siten tehdä niille niitä koskeva tarjous. Loppujen lopuksi 75 niistä 89 tukkumyyjästä, joille tämä tarjous osoitettiin, toimivat GW:n pyytämällä tavalla eli allekirjoittivat yleiset myyntiehdot ja palauttivat ne sille tätä varten asetetussa määräajassa. Nämä tosiseikat osoittavat näiden tukkumyyjien ilmaiseman tahdon hyväksyä GW:n tarjous ja siten tehdä sopimus sen kanssa, kuten GSK:kin on myöntänyt istunnossa.

80 Mikään GSK:n esittämistä perusteluista ei ole sellainen, että tämä päätelmä voitaisiin kyseenalaistaa.

81 GSK ei voi varsinkaan nojautua siihen, että komissio ei ole esittänyt näyttöä siitä, että olisi ollut olemassa yhtäältä virallinen vientikielto, jonka GW olisi asettanut espanjalaisille tukkumyyjille, ja toisaalta menettelytapa, joka olisi osoittanut, että kyseiset tukkumyyjät olisivat hiljaisesti hyväksyneet tämän kiellon.

82 Komission on näet näytettävä toteamansa rikkomiset toteen, ja sen on tässä tarkoituksessa esitettävä kilpailusääntöjen soveltamista koskevissa päätöksissään täsmällisiä ja yhtäpitäviä todisteita, jotka osoittavat vakuuttavasti sen, että tämän rikkomisen perustana olevat tosiseikat ovat olemassa (yhdistetyt asiat 29/83 ja 30/83, CRAM ja Rheinzink v. komissio, tuomio 28.3.1984, Kok. 1984, s. 1679, 20 kohta ja yhdistetyt asiat C-2/01 P ja C-3/01 P, BAI ja komissio v. Bayer, tuomio 6.1.2004, Kok. 2004, s. I-23, 62 kohta).

83 Nämä todisteet voivat olla suoria todisteita, jotka voivat olla esimerkiksi kirjallisessa muodossa (yhdistetyt asiat T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 ja T-104/95, Cimenteries CBR ym. v. komissio, tuomio 15.3.2000,

Kok. 2000, s. II-491, 862 kohta ja muutoksenhaussa edellä 55 kohdassa mainittu asia Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 237 kohta), tai niiden puuttuessa epäsuoria todisteita, jotka ilmenevät esimerkiksi toimintana (edellä 47 kohdassa mainittu asia Bayer v. komissio, tuomion 73 kohta ja muutoksenhaussa edellä 82 kohdassa mainittu asia BAI ja komissio v. Bayer, tuomion 100 kohta).

84 Tässä tapauksessa on edellä todettu, että komissio nojautui kirjeenvaihtoon, joka osoitti täysin epäilyksettä, että GW oli tarjonnut espanjalaisille tukkumyyjille mahdollisuutta käyttäytyä markkinoilla yleisten myyntiehtojen määräämällä tavalla ja että suurin osa niistä oli hyväksynyt tämän tarjouksen. Kuten komissio on istunnossa vielä korostanut, sen olisi ollut tarpeetonta etsiä muita todisteita, kuten sellaisia todisteita, jotka olisivat liittyneet GW:n ja näiden tukkumyyjien käyttäytymiseen.

85 GSK ei voi myöskään perustellusti väittää asiakysymyksen osalta, että tukkumyyjät, joiden puoleen GW kääntyi, olisivat loppujen lopuksi olleet eri mieltä sen kanssa.

86 Silloin kun komissio on esittänyt näytön sopimuksen olemassaolosta, kuten tässä tapauksessa, siihen osallistuneen yrityksen on esitettävä näyttö, joka osoittaa selvän ja muiden sopimukseen osallistuneiden yritysten tietoon saatetun tahdon vetäytyä tästä sopimuksesta (ks. vastaavasti edellä 82 kohdassa mainittu asia BAI ja komissio v. Bayer, tuomion 63 kohta; edellä 55 kohdassa mainittu asia Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 81–84 kohta ja asia T-61/99, Adriatica di Navigazione v. komissio, tuomio 11.12.2003, Kok. 2003, s. II-5349, 135–138 kohta).

87 Vaikka tässä tapauksessa muutamat espanjalaisista yleiset myyntiehdot allekirjoittaneista tukkumyyjistä ovat esittäneet varauksen niiden laillisuudesta, kuten päätöksen 12 perustelukappaleessa korostetaan, asiakirja-aineistosta ei ilmene, että ne olisivat vetäytyneet myyntiehdoista oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla. Samoin pitää paikkansa, että tietyt niistä ovat vieneet GW:ltä ostettuja lääkkeitä 4 A -hintaan. Tältä osin asiakirja-aineistosta ilmenee myös, että ne suostuivat lopulta GSK:n

vaatimuksesta maksamaan laskut, jotka vastasivat tämän hinnan ja 4 B -hinnan välistä erotusta. Joka tapauksessa nämä seikat koskevat ainoastaan muutamia tukkumyyjiä, eikä niiden perusteella voida siten katsoa, että kaikki olisivat vetäytyneet niiden GW:n kanssa aiemmin tekemästä sopimuksesta.

88 Lisäksi pitää paikkansa, että kolme ammattialajärjestöä eli Aseprofar, Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas ja Fedifar tekivät kanteluja komissiolle ja Servicio de defensa de competencialle (Espanjan kilpailuvirasto), kuten päätöksen 3 perustelukappaleessa todetaan, ja että näiden järjestöjen jäseniin, kahden ensin mainitun osalta suoriin jäseniin ja kolmannen osalta epäsuoriin jäseniin, kuului tiettyjä tukkumyyjiä, jotka olivat allekirjoittaneet yleiset myyntiehdot. Pelkästään se seikka, että ammattialajärjestöihin kuuluu muiden jäsenten lisäksi tiettyjä yleisten myyntiehtojen allekirjoittajia, jotka olivat tehneet tällaisia kanteluja, ei kuitenkaan riitä osoittamaan sitä, että tukkumyyjät eivät olisi kokonaisuutena arvioiden todellisuudessa tahtoneet tai eivät olisi enää tahtoneet näiden kantelujen jättämispäivästä lähtien sopia asioista GW:n kanssa.

89 Näin ollen ei voida katsoa, että GW ja yleiset myyntiehdot allekirjoittaneet tukkumyyjät eivät olisi ilmaisseet yhteistä tahtoa.

90 Edellä esitetyn perusteella GSK:n perusteluista ei ilmene, että komissio olisi tehnyt virheen todetessaan, että sopimus oli olemassa.

3. Kilpailunrajoituksen olemassaolo

a) Päätöksen sisältö

91 Komissio on katsonut päätöksen 116–143 ja 189 perustelukappaleessa, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 tarkoituksena ja seurauksena oli kilpailun rajoittaminen.

92 Tutkiessaan aluksi tämän lausekkeen tarkoitusta komissio totesi päätöksen 116 perustelukappaleessa, että sen tavoitteena oli vaikeuttaa GW:n markkinoimien lääkkeiden rinnakkaiskauppaa Espanjan ja muiden jäsenvaltioiden välillä. Lisäksi se totesi päätöksen 117 perustelukappaleessa, että Espanjassa jälleenmyytäviksi ja korvattaviksi tarkoitettuihin lääkkeisiin sovelletun 4 A -hinnan ja toisissa jäsenvaltioissa jälleenmyytäviksi ja korvattaviksi tarkoitettuihin lääkkeisiin sovelletun 4 B -hinnan vertailu osoitti, että sen soveltaminen tapauksen mukaan joko poisti rinnakkaiskaupan tai rajoitti sitä.

93 Tämän jälkeen komissio katsoi päätöksen 117–119 perustelukappaleessa, että yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 oli vaikutuksia, jotka useissa tapauksissa vastasivat vientikieltoa, samalla kun se vaikeutti rinnakkaiskauppaa hyvin samalla tavalla kuin kaksoishinnoittelujärjestelmä. Lisäksi se arvioi päätöksen 120–123 perustelukappaleessa, että se, että Espanjassa on olemassa valtion lainsäädäntö, joka koskee kansallisesta sairausvakuutusjärjestelmästä korvattavien lääkkeiden tukkuhinnan vahvistamiseen sovellettavia yksityiskohtaisia sääntöjä, ei vaikuttanut tähän päätelmään.

94 Komissio katsoi lopuksi päätöksen 124 ja 125 perustelukappaleessa, että yhteisöjen tuomioistuin ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olivat aina luokitelleet vientikieltoja, kaksoishintajärjestelmiä tai muita rinnakkaiskaupan rajoituksia sisältävät sopimukset tarkoitukseltaan kilpailua rajoittaviksi, joten oli katsottava, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 tarkoituksena oli kilpailun rajoittaminen.

95 Kun komissio tutki vielä yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 vaikutuksia, se totesi aluksi päätöksen 126 perustelukappaleessa, että se, että otetaan käyttöön korkeampi tukkuhinta silloin, kun kyseessä on vienti, vientiin liittyvien liiketoimintakulujen (toimitus, uudelleenpakkaaminen jne.) lisäksi, on omiaan rajoittamaan sitä rinnakkaiskauppaa, joka olisi mahdollinen ilman tätä hintaa.

96 Komissio arvioi tämän jälkeen päätöksen 127–135 perustelukappaleessa, että tällä lausekkeella ei yksinomaan korvattu Espanjan kuningaskunnan aiheuttamaa kilpailun vääristymistä, eikä se ollut perusteltavissa minkään erityisen lainsäädännön olemassaololla.

97 Komissio katsoi lisäksi päätöksen 136–140 perustelukappaleessa, että yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 määrätyn hintadifferoinnin seurauksena oli yhtäältä sellaisten tukkumyyjien toimintavapauden rajoittaminen, jotka toimivat rinnakkaiskaupan lähtöjäsenvaltiossa, ja toisaalta näiden tukkumyyjien ja sellaisten jälleenmyyjien välisen kilpailun rajoittaminen, jotka toimivat rinnakkaiskaupan kohdejäsenvaltiossa.

98 Komissio viittasi lopuksi päätöksen 141–143 perustelukappaleessa siihen, missä määrin valuuttavaihtelut olivat vaikuttaneet vuosien 1996 ja 1998 välillä lääkkeiden rinnakkaiskauppaan erityisesti Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välillä.

b) Asianosaisten lausumat

99 GSK vetoaa lähinnä siihen, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 ei ole kilpailunrajoitus.

100 Se väittää ensinnäkin, että kilpailu on jo alun perin vääristynyt sellaisten lääkkeiden alalla, jotka korvataan kansallisista sairausvakuutusjärjestelmistä, ja että yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 pyritään ainoastaan korjaamaan tämä tilanne, joka johtuu siitä, että on olemassa yhtäältä kyseisten lääkkeiden hintaa koskevia kansallisia säännöksiä ja toisaalta näiden säännösten yhdenmukaistamiseksi annettua yhteisön lainsäädäntöä.

101 GSK esittää toiseksi, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 tarkoituksena ei ole rajoittaa kilpailua ja että komissio ei ole osoittanut, että sillä olisi tällainen vaikutus, kun otetaan huomioon merkityksellisten markkinoiden erityispiirteet ja laajemmin se oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys, johon tämä lauseke kuuluu.

102 Komissio kiistää välintulijoiden tukemana näiden perustelujen paikkansapitävyyden. Se arvioi todenneensa perustellusti, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4, jolla poistettiin rinnakkaiskauppa tai rajoitettiin sitä, tarkoituksena ja vaikutuksena oli kilpailun rajoittaminen.

c) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

103 GSK ei kiistä niiden tosiseikkojen aineellista paikkansapitävyyttä, joihin komissio on nojautunut EY 81 artiklan 1 kohtaa soveltaessaan, vaan kyseisen toimielimen niistä tekemän arvioinnin. Kaikki sen arvostelu liittyy lähinnä päätelmiin, joita on tehtävä kilpailunrajoituksen olemassaoloa tutkittaessa lääkealalle ominaisesta oikeudellisesta ja taloudellisesta asiayhteydestä. Sen arvostelu koskee erityisesti ensinnäkin kilpailua, joka vallitsi ennen yleisten myyntiehtojen lauseketta 4, ja toiseksi tästä lausekkeesta johtuvaksi väitettyä kilpailunrajoitusta.

Kilpailu, joka vallitsi ennen yleisten myyntiehtojen lauseketta 4

104 Kuten GSK perustellusti toteaa, kansallisesta sosiaaliturvajärjestelmästä korvattavien lääkkeiden alalle on edelleen useissa jäsenvaltioissa ominaista se, että on erityisesti hintojen osalta olemassa sääntely, joka menee pidemmälle kuin pelkkä taloudellisen

toiminnan sääntely (asia 181/82, Roussel ym., tuomio 29.11.1983, Kok. 1983, s. 3849, Kok. Ep. VII, s. 385, 8 kohta). Näiden erilaisten kansallisten säännösten olemassaolo on omiaan vääristämään kilpailua (yhdistetyt asiat C-267/95 ja C-268/95, Merck ja Beecham, tuomio 5.12.1996, Kok. 1996, s. I-6285, 47 kohta). Sillä pyritään lisäksi tietyssä määrin eristämään kansalliset markkinat tältä osin (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73, Suiker Unie ym. v. komissio, tuomio 16.12.1975, Kok. 1975, 24 kohta).

105 Edellä 67–70 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti kuitenkin ainoastaan silloin, kun alalla, jolla sopimus tehdään, sovelletaan lainsäädäntöä, jossa suljetaan pois mahdollisuus kilpailuun, joka olisi tällä sopimuksella estettävissä, vääristettävissä tai rajoitettavissa, EY 81 artiklan 1 kohtaa ei voida soveltaa.

106 Tässä tapauksessa lääkevalmistajien välillä on kilpailua, joka koskee lähinnä muita muuttujia kuin hintaa, erityisesti innovaatioita (edellä 104 kohdassa mainittu asia Roussel ym., tuomion 9 kohta), kuten GSK on korostanut kirjelmissään ja istunnossa.

107 Lisäksi valmistajan ja sen jälleenmyyjien tai rinnakkaismyyjien ja kansallisten jälleenmyyjien välillä on kilpailua, jossa hyödynnetään nimenomaan merkittäviä hintaeroja, joita kyseiset valtion säännökset lisäävät, ja silloin kun lääkkeitä suojataan patentilla, jolla annetaan sen haltijalle väliaikainen monopoli, tämä on tämän patentin voimassaolon päättymiseen saakka ainoa niiden osalta mahdollinen hintakilpailun muoto, kuten GSK:kin on kirjelmissään korostanut.

108 Koska GSK:n kuvaama lainsäädännöllinen tilanne saattaa rajoittaa kilpailua mutta ei poistaa sitä, tästä ei näin ollen seuraa, että EY 81 artiklan 1 kohta ei olisi sovellettavissa.

Yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4 johtuva kilpailunrajoitus

109 Koska GSK vetoaa siihen, että komissio ei ole ottanut asianmukaisesti huomioon asiaankuuluvaa oikeudellista ja taloudellista asiayhteyttä, kun se on tutkinut kilpailunrajoituksen olemassaoloa, on heti aluksi todettava, että EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohdan ja EY 81 artiklan mukaisella kilpailulla tarkoitetaan tehokasta kilpailua eli sellaista määrää kilpailua, joka on välttämätön perustamissopimuksen tavoitteiden saavuttamiseksi. Sen intensiteetti voi vaihdella asianomaisen tuotteen luonteen ja merkityksellisten markkinoiden rakenteen mukaan. Lisäksi sen osatekijöiden merkitys voi olla erilainen, sillä hintakilpailu ei ole ainoa tehokkaan kilpailun muoto eikä se ole sellainen kilpailun muoto, jota täytyisi kaikissa olosuhteissa pitää ehdottoman ensisijaisena (asia 26/77, Metro v. komissio, tuomio 25.10.1977, Kok. 1977, s. 1875; jäljempänä ns. Metro I -tapaus, tuomion 20 ja 21 kohta ja edellä 66 kohdassa mainittu asia CIF, tuomion 68 kohta).

110 Näin ollen EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua kilpailunrajoitusta luonnehdittaessa on otettava huomioon todellinen tilanne ja siten oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys, jossa rajoittavana pidettävää sopimusta sovelletaan. Tällainen velvollisuus koskee sekä sen tarkoituksen että vaikutusten arvioimista (edellä 55 kohdassa mainittu asia Société technique minière, tuomion s. 359 ja 360; yhdistetyt asiat 56/64 ja 58/64, Consten ja Grundig v. komissio, tuomio 13.7.1966, Kok. 1966, s. 429, erityisesti s. 497, Kok. Ep. I, s. 275 ja asia C-399/93, Oude Luttikhuis ym., tuomio 12.12.1995, Kok. 1995, s. I-4515, 20 kohta).

111 Esimerkiksi silloin, kun sopimuslausekkeiden tutkiminen niiden oikeudellisessa ja taloudellisessa asiayhteydessä osoittaa jo sellaisenaan kilpailun muuttuneen, voidaan olettaa, että tämän sopimuksen tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua (ks. edellä 55 kohdassa mainittu asia Société technique minière, tuomion s. 359 ja 362 ja edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 497), joten sen vaikutuksia ei ole tarpeen tutkia (edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 496 ja edellä 75 kohdassa mainittu asia komissio v. Anic Participazioni, tuomion 99 kohta).

112 Mikäli näin ei sitä vastoin ole, on välttämätöntä tutkia tämän sopimuksen vaikutukset ja osoittaa oikeudellisesti riittävällä tavalla, että sillä tosiasiallisesti tai mahdollisesti estetään, rajoitetaan tai vääristetään kilpailua (edellä 55 kohdassa mainittu asia Société technique minière, tuomion s. 359, 360 ja 362 ja asia C-7/95 P, Deere v. komissio, tuomio 28.5.1998, Kok. 1998, s. I-3111, 75 ja 77 kohta).

113 Tässä tapauksessa on tutkittava peräjälkeen GSK:n väitteet, jotka koskevat yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 tarkoitusta ja vaikutuksia.

– Kilpailunvastaisen tarkoituksen olemassaolo

114 GSK ei kiistä sitä, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 otettiin käyttöön siinä tarkoituksessa, että rajoitettaisiin 82:n GW:n markkinoiman lääkkeen rinnakkaiskauppaa Espanjan ja muiden jäsenvaltioiden, erityisesti sen ja Yhdistyneen kuningaskunnan välillä.

115 Oikeuskäytännöstä ilmenee, että on lähtökohtaisesti katsottava, että jos sopimuksella pyritään viime kädessä kieltämään rinnakkaiskauppa, sen tarkoituksena on kilpailun estäminen (edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 496–498; asia 19/77, Miller International v. komissio, tuomio 1.2.1978, Kok. 1978, s. 131, 7 ja 18 kohta; yhdistetyt asiat 32/78, 36/78 ja 82/78, BMW Belgium v. komissio, tuomio 12.7.1979, Kok. 1979, s. 2435, 20–28 ja 31 kohta ja edellä 76 kohdassa mainittu asia Sandoz Prodotti Farmaceutici v. komissio, tuomion 16 kohta).

116 Siitä ilmenee lisäksi, että sopimuksella on lähtökohtaisesti kilpailua rajoittava tarkoitus, jos sillä selvästi pyritään käsittelemään rinnakkaiskauppaa epäedullisemmin (yhdistetyt asiat 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82, IAZ ym. v. komissio, tuomio 8.11.1983, Kok. 1983, s. 3369, 23–25 kohta ja asia C-551/03 P, General Motors v. komissio, tuomio 6.4.2006, Kok. 2006, s. I-3173, 67 ja 68 kohta).

117 GSK väittää kuitenkin perustellusti, että kun otetaan huomioon oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys, komissio ei olisi saanut nojautua yksinomaan siihen, että yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 otettiin käyttöön hintadifferointijärjestelmä, jolla pyrittiin rajoittamaan rinnakkaiskauppaa, ja päätellä tämän perusteella, että tämän lausekkeen tarkoituksena olisi ollut kilpailun rajoittaminen.

118 EY 81 artiklan 1 kohta on perustavanlaatuinen määräys, joka on välttämätön yhteisölle annettujen tehtävien täyttämiseksi ja erityisesti sisämarkkinoiden toimivuuden varmistamiseksi (asia C-126/97, Eco Swiss, tuomio 1.6.1999, Kok. 1999, s. I-3055, 36 kohta ja asia C-453/99, Courage ja Crehan, tuomio 20.9.2001, Kok. 2001, s. I-6297, 20 kohta), ja sen tavoitteena on välttää se, että yritykset vähentävät kyseisten tuotteiden kuluttajien hyvinvointia rajoittamalla keskinäistä kilpailuaan tai kilpailua kolmansien osapuolten kanssa (yhdistetyt asiat T-213/01 ja T-214/01, Österreichische Postsparkasse ja Bank für Arbeit und Wirtschaft v. komissio, tuomio 7.6.2006, Kok. 2006, s. II-1601, 115 kohta; ks. vastaavasti myös edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 493 ja asia 28/77, Tepea v. komissio, tuomio 20.6.1978, Kok. 1978, s. 1391, 56 kohta). Komissio on lisäksi istunnossa korostanut useaan kertaan sitä, että se oli tässä tapauksessa käsitellyt asian tästä näkökulmasta ja päätellyt aluksi, että yleisillä myyntiehdoilla vähennettiin aivan ilmeisesti kuluttajien hyvinvointia, ja tämän jälkeen pohtinut toiseksi sitä, korvasiko tämän rajoituksen sellainen tehokkuuden lisäys, joka olisi puolestaan koitunut kuluttajien eduksi.

119 Näin ollen EY 81 artiklan 1 kohdan sovellettavuus nyt käsiteltävään asiaan ei voi riippua yksinomaan siitä, että kyseisellä sopimuksella pyritään rajoittamaan lääkkeiden rinnakkaiskauppaa tai jakamaan yhteismarkkinat erillisiin osiin, sillä näiden seikkojen perusteella voidaan päätellä, että sopimus vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, mutta lisäksi edellytetään tarkastelua, jolla pyritään määrittämään, onko sopimuksen tarkoituksena tai vaikutuksena kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen kuluttajan vahingoksi. Kuten edellä 111 ja 112 kohdassa mainituista oikeuskäytännöistä ilmenee, tätä tarkastelua, joka voidaan tehdä suppeammassa muodossa, mikäli sopimuslausekkeista itsestään ilmenee kilpailun muutos, kuten komissio on korostanut istunnossa, on sitä vastoin täydennettävä tapaukseen liittyvien olosuhteiden edellyttämällä tavalla, mikäli näin ei ole (edellä 55 kohdassa mainittu asia Société technique minière, tuomion s. 358–361 ja edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 495–498).

120 Toisin kuin komissio kirjelmissään väittää, yhteisöjen tuomioistuin ei ole erityisesti edellä 110 kohdassa mainituissa mainitut yhdistetyissä asioissa Consten ja Grundig vastaan komissio antamassaan tuomiossa, josta on kehittynyt edellä 115 ja 116 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö, todennut, että sopimusta, jolla pyritään rajoittamaan rinnakkaiskauppaa, pitäisi automaattisesti eli mistään kilpailua koskevasta tarkastelusta riippumatta pitää tarkoitukseltaan kilpailua rajoittavana. Yhteisöjen tuomioistuin on päinvastoin aluksi ainoastaan katsonut, että valmistajan ja jakelijan välinen sopimus, jolla pyrittiin eristämään uudelleen kansalliset markkinat jäsenvaltioiden välisessä kaupassa, saattoi olla yhteisön perustavoitteiden vastainen (s. 494), minkä perusteella se hylkäsi perusteen, jonka mukaan EY 81 artiklan 1 kohtaa ei voitaisi soveltaa vertikaalisiin sopimuksiin (s. 492–494). Toiseksi se teki kilpailutilanteesta lyhyen mutta todelliseen tilanteeseen perustuvan analyysin, jonka aikana se muun muassa totesi, että riidanalaisella sopimuksella pyrittiin poistamaan kaikki kilpailumahdollisuudet tukkukaupan tasolla, jotta käytettäisiin tehokkaan kilpailun mukaisia hintoja, ja näiden näkemysten perusteella se hylkäsi kilpailunrajoituksen puuttumista koskeneen perusteen (s. 496–498).

121 Vaikka siitä lähtien on ollut selvää, että rinnakkaiskauppa saa tiettyä suojaa, se ei siis saa sitä sellaisenaan vaan, kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut, siltä osin kuin sillä edistetään yhtäältä kaupan kehitystä ja toisaalta kilpailun vahvistumista (asia

C-373/90, X, tuomio 16.1.1992, Kok. 1992, s. I-131, 12 kohta), eli jälkimmäisen seikan osalta siltä osin kuin kuluttajat saavat tehokkaan kilpailun ansiosta tavarahankintoihin tai hintoihin liittyviä etuja (edellä 118 kohdassa mainittu asia Tepea v. komissio, tuomion 43 ja 56 kohta). Vaikka siis on selvää, että sopimuksella, jolla pyritään rajoittamaan rinnakkaiskauppaa, on lähtökohtaisesti katsottava olevan tarkoituksena rajoittaa kilpailua, näin on sikäli kuin voidaan olettaa, että sopimuksella evätään kuluttajilta nämä edut.

122 Kun otetaan huomioon oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys, jossa GSK:n yleisiä myyntiehtoja sovelletaan, ei voida olettaa, että niillä evättäisiin lääkkeiden lopullisilta kuluttajilta tällaisia etuja. Tukkumyyjät, joiden tehtävänä on, kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut, varmistaa vähittäiskaupalle tavarantoimitukset käyttämällä hyväkseen valmistajien välistä kilpailua (edellä 109 kohdassa mainittu ns. Metro I -tapaus, tuomion 40 kohta), toimivat arvoketjun keskivaiheilla, ja ne voivat pitää edun, joka rinnakkaiskaupasta saattaa hinnallisesti koitua, jolloin etu ei päädy kuluttajille.

123 Tämän asiayhteyden kuvaus sisältyy tosiseikkoja käsittelevään päätöksen I jaksoon ja erityisesti sen F alajaksoon, jonka otsikkona on "Lääkkeiden rinnakkaiskauppa yhteisössä – kansallisten säännösten ja valuuttavaihteluiden vaikutus", ja G alajaksoon, jonka otsikkona on "GW:n lääkkeiden rinnakkaiskauppa yhteisössä – GW:n myyntiehtojen vaikutus".

124 Tästä kuvauksesta ilmenee, että oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteyden tärkeimmät ominaisuuspiirteet ovat seuraavat, kuten GSK on myöntänyt sekä kirjelmissään että istunnossa.

125 Ensinnäkin päätöksen 31, 36 ja 50 perustelukappaleen mukaan kansallisista sairausvakuutusjärjestelmistä korvattavien lääkkeiden hinta ei määräydy kilpailuprosessin päätteeksi koko yhteisössä, vaan se vahvistetaan suoraan hallinnollisen menettelyn perusteella useimmissa jäsenvaltioissa, ja toiset jäsenvaltiot valvovat sitä epäsuorasti.

126 Toiseksi päätöksen 31 perustelukappaleen mukaan tätä koskevia sovellettavia kansallisia säännöksiä ei ole tässä vaiheessa juurikaan yhdenmukaistettu. Direktiivissä 89/105 säädetään tästä, että silloin kun kansallisessa oikeudessa säädetään näiden lääkkeiden hinnan vahvistamisesta, sen on tapahduttava avoimessa menettelyssä ja perustuttava puolueettomiin ja todennettavissa oleviin perusteisiin. Muilta osin päätöksen 50 perustelukappaleen mukaan kansallisessa oikeudessa voidaan säätää eri perusteiden huomioon ottamisesta asianomaisen jäsenvaltion kansanterveyden ja kansallisen sairausvakuutusjärjestelmän rahoituksen osalta noudattaman politiikan mukaan, kuten myös direktiivissä 89/105 esitetään. Tämä pätee muun muassa Espanjan oikeuteen, jossa päätöksen 37 ja 38 perustelukappaleen mukaan säädetään teollisen enimmäishinnan suorasta vahvistamisesta ja enimmäisvähittäishinnan epäsuorasta vahvistamisesta. Yhdistyneen kuningaskunnan oikeudessa ei puolestaan säädetä hintojen vahvistamisesta vaan päätöksen 44–46 perustelukappaleen mukaan lääkeyhtiöiden voittojen valvonnasta.

127 Kolmanneksi päätöksen 29–31 ja 34 perustelukappaleen mukaan alalla sovellettavien kansallisten säännösten väliset erot ovat yksi rakenteellinen syy siihen, että jäsenvaltioiden välillä on huomattavia hintaeroja.

128 Neljänneksi päätöksen 30, 32 ja 53 perustelukappaleen mukaan valuuttavaihtelut ovat hintaerojen olemassaolon suhdanteisiin liittyvä syy. Tämä ilmiö, joka koski potentiaalisesti kaikkia yhteisön jäsenvaltioita 6.3.1998, jolloin GSK ilmoitti yleiset myyntiehdot komissiolle, koski Yhdistynyttä kuningaskuntaa, Tanskaa ja Ruotsia vielä 8.5.2001, jolloin komissio teki päätöksensä, kuten päätöksen 53 perustelukappaleesta ilmenee.

129 Viidenneksi nämä hintaerot ovat päätöksen 29 perustelukappaleen mukaan itse lääkkeiden rinnakkaiskaupan liikkeelle paneva voima yhteisössä. Tärkeimmät rinnakkaiskaupan kohteena olevat jäsenvaltiot ovat, kuten päätöksen 33 ja 34 perustelukappaleessa täsmennetään, Tanska, Alankomaat ja Yhdistynyt kuningaskunta.

130 Kuudenneksi tietyt jäsenvaltiot ovat antaneet säännöksiä, joilla riippumatta siitä, onko niiden tavoitteena edistää rinnakkaiskauppaa – kuten komissio esittää päätöksen 31, 33, 34, 36 ja 52 perustelukappaleessa, mutta minkä GSK kiistää – voi olla tällainen edistävä vaikutus. Tämä pätee erityisesti Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, jossa, kuten päätöksen 49 perustelukappaleessa todetaan, National Health Service korvaa apteekeille automaattisesti määrän, joka vastaa hintaa, jolla valmistaja myy lääkettään Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoilla, mistä vähennetään kiinteämääräinen 4–5 prosenttia, jonka katsotaan vastaavan säästöjä, joita apteekit saavat hankkiessaan tavaran muualta alempaan hintaan.

131 Seitsemänneksi, kuten päätöksen 31 ja 51 perustelukappaleesta ilmenee, potilaan maksettavaksi jää yleensä vain pieni, joskin jäsenvaltiosta toiseen vaihteleva osuus sellaisten lääkkeiden hinnasta, jotka korvataan hänen kansallisesta sairausvakuutusjärjestelmästään. Kansallinen sairausvakuutusjärjestelmä maksaa siitä olennaisen osan. Tämä pätee erityisesti Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, jossa päätöksen 48 perustelukappaleen mukaan potilas maksaa 6 punnan (GBP) maksun kustakin lääkkeestä, ellei hän kuulu johonkin henkilöryhmään, joka on vapautettu tästä maksusta.

132 Komissio viittaa tiettyihin tätä kuvausta koskeviin seikkoihin tutkiessaan yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 tarkoitusta. Se viittaa siihen esimerkiksi päätöksen 117 perustelukappaleessa osoittaessaan sen, että tämä lauseke vaikuttaa rinnakkaiskauppaan, mitä ei ole kiistetty. Se viittaa siihen myös päätöksen 121 perustelukappaleessa selittäessään sitä, että toisin kuin GSK väittää, lääkeyhtiöillä on neuvotteluvaltaa Espanjan menettelyssä, jossa lääkkeiden tukkuhinnat vahvistetaan.

133 Komissio ei ole kuitenkaan missään vaiheessa tutkinut alan erityistä ja olennaista ominaispiirrettä, joka liittyy siihen, että kyseisten tuotteiden hinnat, joita valvovat jäsenvaltiot, jotka vahvistavat ne suoraan tai välillisesti asianmukaisena pitämälleen tasolle, asettuvat rakenteellisesti eri tasoille yhteisössä ja, toisin kuin sellaisten muiden kulutushyödykkeiden hinnat, joihin komissio on viitannut kirjelmissään ja istunnossa, kuten urheilutarvikkeiden ja mopojen hinnat, jäävät joka tapauksessa merkittävässä määrin vapaan tarjonnan ja kysynnän ulkopuolelle.

134 Tämä seikka estää sen, että voitaisiin olettaa, että rinnakkaiskauppa vaikuttaa hintoihin, joita peritään sellaisten lääkkeiden lopullisilta kuluttajilta, jotka korvataan kansallisista sairausvakuutusjärjestelmistä, ja antaa näille kuluttajille tämän vuoksi huomattavan edun, joka vastaa etua, jonka he saisivat, mikäli nämä hinnat määritettäisiin tarjonnan ja kysynnän perusteella.

135 Lisäksi komissio myöntää itse lääkkeiden rinnakkaiskaupan ensi arviolta moniselitteisen vaikutuksen kuluttajien hyvinvointiin, koska se esittää 25.11.1999 päivätyssä lääketuotteiden yhtenäismarkkinoista antamassaan tiedonannossa KOM(98) 588 lopullinen, joka mainitaan päätöksen 161 perustelukappaleessa ja johon osapuolet ovat vedonneet kirjelmissään ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, että ellei rinnakkaiskauppa voi vaikuttaa dynaamisesti hintoihin, se aiheuttaa tehottomuutta, koska taloudellisesta hyödystä suurin osa, vaikkakaan ei kaikki hyöty, koituu pikemminkin rinnakkaiskaupan harjoittajalle kuin kansanterveydestä huolehtivalle järjestelmälle tai potilaalle (s. 6).

136 Näin ollen ei voida katsoa, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 tutkiminen, jolla pyritään GSK:n mukaan takaamaan se, että Espanjan kuningaskunnan vahvistamia tukkuhintoja todellisuudessa sovelletaan ainoastaan sellaisiin lääkkeisiin, joiden osalta tästä on laissa määrätty, osoittaisi sellaisenaan sen, että kilpailua estetään, rajoitetaan tai vääristetään.

137 Mikään komission ja väliintulijoiden väitteistä ei vaikuta sellaiselta, että niillä voitaisiin kyseenalaistaa tämä päätelmä.

138 Komissio ei voi varsinkaan tyytyä toteamaan samankaltaisuuksia sellaisten sopimusten kanssa, joita se on tutkinut aikaisemmassa päätöksentekokäytännössään, kuten se on tehnyt päätöksen 118 ja 119 perustelukappaleessa, ja arvioimaan, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 muistuttaa näitä sopimuksia tai on rinnastettavissa niihin. Tällaisessa menettelytavassa näet unohdetaan viime kädessä edellä kuvatut oikeudellisen ja taloudellisen asiayhteyden osatekijät, jotka puuttuvat niistä EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisesta tehdyistä päätöksistä, joihin komissio on viitannut.

139 Komissio ei ole myöskään menetellyt perustellusti vedotessaan siihen, että lääkkeiden tukkuhinnan vahvistamista koskevan Espanjan lainsäädännön olemassaolo ei ole viime kädessä ratkaiseva, kun otetaan huomioon neuvotteluvalta, joka siinä annetaan lääkeyhtiöille, kuten se on tehnyt päätöksen 120–123 perustelukappaleessa ja kirjelmissään. Se ei ole myöskään menetellyt perustellusti esittäessään, että tätä koskevien erilaisten kansallisten säännösten olemassaolokaan ei ole oikeuskäytännön perusteella ratkaisevaa (edellä 115 kohdassa mainittu asia BMW Belgium v. komissio, tuomion 5 kohta ja asia T-175/95, BASF v. komissio, tuomio 19.5.1999, Kok. 1999, s. II-1581, 121–123 ja 136 kohta), kuten se on niin ikään esittänyt kirjelmissään.

140 Näin on siksi, että vaikka oletettaisiin, että Espanjan lainsäädännössä annetaan lääkeyhtiöille neuvotteluvaltaa, kuten komissio ja väliintulijat ovat vielä istunnossa väittäneet, tämän lainsäädännön olemassaolo ja se, että myös muissa jäsenvaltioissa on tätä koskevaa lainsäädäntöä, vaikuttaa huomattavasti yhteen kilpailun olennaiseen osatekijään (ks. vastaavasti edellä 104 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Suiker Unie ym. v. komissio, tuomion 17 ja 71 kohta) eli asiayhteyteen, jota ei voida jättää huomiotta kilpailua tutkittaessa.

141 Komission mainitsemat oikeustapaukset eivät siten ole tähän rinnastettavissa, sillä kuten kyseinen toimielin itsekin korosti istunnossa, ne koskivat uusien autojen (edellä 115 kohdassa mainittu asia BMW Belgium v. komissio, tuomion 5 kohta) tai autojen maalaustuotteiden (edellä 139 kohdassa mainittu asia BASF v. komissio, tuomion 123 kohta) hintasulkutoimenpiteitä, jotka olivat voimassa vain yhdessä yhteisön jäsenvaltiossa, ja nyt käsiteltävälle asialle on ominaista se, että kyseisten tuotteiden hinta, jonka jäsenvaltiot lopullisesti vahvistavat, jää rakenteellisesti kysynnän ja tarjonnan ulkopuolelle ja se vahvistetaan rakenteellisesti eri tasoilla koko yhteisössä huolimatta jäljellä olevasta kilpailusta, jota voi ilmetä rinnakkaiskaupan muodossa.

142 Myöskään edellä 116 kohdassa mainitussa asiassa General Motors vastaan komissio annetun tuomion 75 kohdasta, johon komissio on viitannut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa ja istunnossa, ei voida päätellä, että edellisessä kohdassa mainittu tosiasiallinen tilanne pitäisi jättää kokonaan huomiotta.

143 Kyseisen tuomion 75 kohdasta näet ilmenee, että verotuksen yhdenmukaistamisen puuttuminen ei estä päättelemästä, että autojen rinnakkaiskaupan rajoittamiseen tähtäävän sopimuksen tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen, vaikka tämä puuttuminen on, kuten komissio on todennut istunnossa, vaikuttanut kilpailuun tällä alalla. Tästä ei sitä vastoin missään tapauksessa seuraa, että tämän tapauksen kohteena olevilla kansallisilla säännöksillä ei olisi merkitystä kilpailun tutkimisen kannalta, kun niiden tarkoituksena on jättää kansallisista sairausvakuutusjärjestelmistä korvattavien lääkkeiden hinnanmuodostus kilpailun ulkopuolelle.

144 Väliintulijat eivät puolestaan voi vedota menestyksellisesti siihen, että kyseisillä kansallisilla säännöksillä ei todellisuudessa pyritä jättämään näiden lääkkeiden hinnanmuodostusta tarjonnan ja kysynnän ulkopuolelle, vaan korjaamaan lääkeyhtiöiden markkina-asemasta johtuva kilpailun puuttuminen ja takaamaan kohtuulliset hinnat, kuten ne ovat istunnossa esittäneet.

145 Kun yhteisöjen tuomioistuinten käsiteltävänä on kilpailusääntöjen soveltamisesta tehtyä komission päätöstä koskeva kumoamiskanne, se harjoittaa EY 230 artiklan mukaisesti tämän päätöksen laillisuusvalvontaa. Väliintulijoiden väitteissä nojaudutaan tosiseikkoihin, joita komissio ei ole maininnut eikä varsinkaan tutkinut päätöksessä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä ei ole asettua komission sijaan ja tutkia niitä.

146 Näitä väitteitä on lisäksi verrattava GSK:n väitteisiin, joiden mukaan patentteja koskevilla kansallisilla säännöksillä pyritään antamaan lääkeyhtiöille mahdollisuus saada takaisin tuotekehitysmenonsa (jäljempänä T & K) antamalla niille väliaikainen monopoli, jonka päätyttyä geneeristen lääkkeiden valmistajat palauttavat hintakilpailun, joten rinnakkaismyyjät, jotka harjoittavat toimintaansa markkinoilla patenttien voimassaolon aikana, toimivat keinotekoisessa kilpailussa eivätkä EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohdassa ja 81 artiklassa tarkoitetussa tehokkaassa kilpailussa.

147 Tästä syystä komission pääasiallista päätelmää, jonka mukaan on katsottava, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 on kielletty EY 81 artiklan 1 kohdassa siltä osin kuin sen tarkoituksena on rinnakkaiskaupan rajoittaminen, ei voida hyväksyä. Koska lääkkeiden hinnat on jätetty suureksi osaksi vapaan tarjonnan ja kysynnän ulkopuolelle sovellettavan lainsäädännön vuoksi ja viranomaiset vahvistavat ne tai valvovat niitä, ei voida lähtökohtaisesti pitää selvänä, että rinnakkaiskauppa olisi omiaan alentamaan niitä ja lisäämään siten lopullisten kuluttajien hyvinvointia. Tässä yhteydessä tehty yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 sanamuodon tutkimus ei siten anna syytä olettaa, että tällä lausekkeella, jolla pyritään rajoittamaan rinnakkaiskauppaa, vähennettäisiin siten lopullisten kuluttajien hyvinvointia. Tässä suureksi osaksi uudessa tilanteessa ei voida siten päätellä yksinomaan sopimuksen sanamuodon ja asiayhteyden perusteella, että se rajoittaisi kilpailua, ja sen vaikutukset on välttämättä otettava huomioon, vaikkapa vain sen selvittämiseksi, mitä sääntelyviranomaiset ovat voineet tämän tulkinnan perusteella päätellä.

– Kilpailunvastaisen vaikutuksen olemassaolo

148 Sopimuksesta kilpailulle aiheutuvien vaikutusten tutkiminen edellyttää ensinnäkin merkityksellisten markkinoiden määrittelemistä sekä aineelliselta että maantieteelliseltä kannalta (asia C-234/89, Delimitis, tuomio 28.2.1991, Kok. 1991, s. I-935, Kok. Ep. XI, s. I-77, 15, 16 ja 18 kohta).

149 Tässä tapauksessa komissio on arvioinut merkityksellisten tuotemarkkinoiden osalta päätöksen 112 ja 113 perustelukappaleessa, että kun otettiin huomioon GSK:n huomautukset, joiden mukaan rinnakkaiskaupan ja yleisten myyntiehtojen luonne ja ulottuvuus voisivat olla osoitus sellaisten tuotemarkkinoiden olemassaolosta, jotka sisältävät kaikki lääkemääräyksen perusteella luovutettavat lääkkeet, ei ollut tarpeen määrittää GW:n tarkkoja markkinaosuuksia jokaisen 82 lääkkeen osalta. Siltä osin kuin komissio on kyseenalaistanut istunnossa näiden näkemysten taustalla olevien GSK:n huomautusten olemassaolon, on todettava, että täydentävän ilmoituksen sanamuodon perusteella päätöstä ei tältä osin rasita tosiseikkoja koskeva virhe.

150 Komissio on arvioinut merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden osalta kaiken kaikkiaan päätöksen 114 perustelukappaleessa, että niinä piti pitää kansallisia markkinoita muun muassa sen vuoksi, että yhteisön jäsenvaltioissa on erilaiset hinta- ja korvaussäännökset, erilaiset merkki- ja pakkausstrategiat ja erilaiset jakelujärjestelmät sekä lääkäreiden erilaiset lääkkeiden määräämiskäytännöt.

151 Komissio ei ole toisaalta nimenomaisesti luetellut markkinoita, joihin sopimus vaikuttaa. Päätöksen 112–114, 117 ja 126 perustelukappaleesta on kuitenkin pääteltävissä, kuten komissio on vahvistanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, että kyseessä ovat yhtäältä

Espanjan markkinat, joilla espanjalaiset tukkumyyjät todennäköisesti ostavat GW:n lääkkeitä, ja toisaalta kaikki yhteisön kansalliset markkinat, joille ne saattavat niitä jälleenmyydä, eli markkinat, joilla Espanjan hinnan ja kotimaisen hinnan välinen hintaero on riittävä, jotta rinnakkaiskauppa on kannattavaa.

152 GSK ei kiistä komission merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden osalta omaksuman näkemyksen paikkansapitävyyttä, kuten se istunnossakin vahvisti. On siis kiistatonta, että näitä markkinoita, joilla tarkoitetaan aluetta, jolla merkitykselliseen tuotteeseen liittyvät objektiiviset kilpailunedellytykset ovat joko samat tai ainakin riittävän yhtenäiset kaikille taloudellisille toimijoille (asia 27/76, United Brands v. komissio, tuomio 14.2.1978, Kok. 1978, s. 207, Kok. Ep. IV, s. 9, 44 ja 53 kohta ja asia T-83/91, Tetra Pak v. komissio, tuomio 6.10.1994, Kok. 1994, s. II-755, Kok. Ep. XVI, s. II-1, 91 kohta), voidaan tässä tapauksessa pitää kansallisina, kun otetaan huomioon muun muassa hintoihin ja lääkkeiden korvattavuuteen liittyvien säännösten erot.

153 GSK kiistää sitä vastoin sen lähestymistavan oikeellisuuden, jonka komissio on omaksunut merkityksellisten tuotemarkkinoiden osalta. Se väittää, että kun otetaan huomioon tätä koskeva Espanjan lainsäädäntö, komission olisi pitänyt erottaa toisistaan säännellyt markkinat, jotka sisältävät lääkkeet, jotka on tarkoitettu jälleenmyytäviksi ja korvattaviksi Espanjassa, ja vapaat markkinat, jotka sisältävät lääkkeet, jotka on tarkoitettu jälleenmyytäviksi ja korvattaviksi missä tahansa muussa jäsenvaltiossa. Tämä arvostelu ei vaikuta kuitenkaan perustellulta.

154 Päätöksen 112 ja 113 perustelukappaleesta ilmenee, että komissio ei ole tarkastellut perusteellisemmin merkityksellisten tuotemarkkinoiden määritelmää. Kun komissiolta tiedusteltiin, minkä perusteella se oli käytännössä tehnyt päätelmänsä, se totesi kuitenkin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, että vaikka se arvioi, että sen ei tarvinnut määritellä merkityksellisiä tuotemarkkinoita, koska se oli kyennyt päättelemään, että tarkoitus oli kilpailunvastainen, se oli tehnyt tiivistelmänomaisen määritelmän niistä.

155 Lisäksi se selitti vastauksissaan ja sittemmin istunnossa, että vaikka se ei ollut omaksunut tältä osin kovin syvällistä lähestymistapaa, se oli viime kädessä pitäytynyt tällä alalla perinteisesti käytettyyn määritelmään eli määritelmään, joka perustuu Euroopan lääkealan markkinatutkimuslaitoksen (European Pharmaceutical Marketing Research Association, EphMRA) laatiman anatomis-terapeuttis-kemiallisen luokittelujärjestelmän (ATC) kolmanteen tasoon. Kuten päätöksen 16 ja 110 perustelukappaleessa todetaan, se vastaa alaryhmiä, jotka on määritelty asianomaisten lääkkeiden terapeuttisten vaikutusten ja farmakologisten ominaisuuksien perusteella.

156 Kun ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ratkaisee yhteisön toimesta nostettua kumoamiskannetta, sen on itse tulkittava tätä toimea, erityisesti silloin, jos sen toteuttanut toimielin esittää selityksiä siitä, miten sitä pitäisi tulkita (asia C-194/99 P, Thyssen Stahl v. komissio, tuomio 2.10.2003, Kok. 2003, s. I-10821, 55 ja 56 kohta). Tässä tapauksessa päätöksen kokonaisuudesta ilmenee, että komissio on epäsuorasti mutta väistämättä tehnyt päätelmänsä nimenomaan Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä korvattavien lääkkeiden jakelumarkkinoiden osalta, koska nämä lääkkeet ovat todennäköisesti yhteisön toisiin jäsenvaltioihin suuntautuvan rinnakkaiskaupan kohteena. Komissio on siten kuvannut GW:n Espanjassa myymien lääkkeiden rinnakkaiskauppaa kokonaisvaltaisesti päätöksen 64–71 perustelukappaleessa ja yleisten myyntiehtojen vaikutusta tähän ilmiöön päätöksen 72–75 perustelukappaleessa. Se on tutkinut samalla tavoin lausekkeen 4 rajoittavia vaikutuksia päätöksen 117, 126, 137, 139 ja 140 perustelukappaleessa, vaikka se onkin keskittänyt huomionsa kahdeksan sellaisen lääkkeen otokseen, jotka ovat erityisen todennäköisesti rinnakkaiskaupan kohteena ja joiden osalta GSK oli toimittanut sille tietoja. Lopuksi se on arvioinut samalla tavoin tätä kilpailunvastaista vaikutusta päätöksen 144 perustelukappaleessa sekä vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan päätöksen 146 perustelukappaleessa.

157 Kuten merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta annetun komission tiedonannon 97/C 372/03 (EYVL 1997, C 372, s. 5) 13 ja 14 kohdasta ilmenee, tämän toimielimen velvollisuutena on määritellä merkitykselliset tuotemarkkinat siten, että se ottaa lähinnä huomioon yhtäältä kysynnän korvattavuuden ja toisaalta tarjonnan korvattavuuden.

158 Ensin mainitun seikan osalta EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin 22 päivänä joulukuuta 1999 annetun komission asetuksen (EY) N:o 2790/1999 (EYVL L 336, s. 21) 1 artiklan a kohdasta seuraa, että nyt käsiteltävän asian kohteena olevan kaltaisen sopimuksen yhteydessä on tutkittava, mitkä ovat ne tuotteet, joita ostaja pitää keskenään vaihdettavissa tai korvattavissa olevina hyödykkeiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi.

159 Ei vaikuta ilmeisen virheelliseltä katsoa, että ostaja eli espanjalainen tukkumyyjä, joka saattaa ryhtyä rinnakkaiskauppaan, on tässä tarkoituksessa vähemmän kiinnostunut GW:ltä ostamiensa tuotteiden terapeuttisista vaikutuksista ja farmakologisista ominaisuuksista kuin siitä, että kaikki nämä lääkkeet korvataan Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä, minkä seurauksena Espanjan viranomaiset vahvistavat niiden hinnan. Ei vaikuta myöskään ilmeisen virheelliseltä arvioida, että tätä ostajaa kiinnostaa vähemmän näiden kunkin lääkkeen hinta sellaisenaan kuin riittävä hintaero, jotta rinnakkaiskauppa Espanjan ja kohdejäsenvaltion välillä on kaikkien näiden lääkkeiden osalta kannattavaa. Tästä syystä ei ole ilmeisen virheellistä katsoa, että kaikki lääkkeet, jotka korvataan Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä ja joiden jälleenmyynnistä syntyy voittoa Espanjan ja kohdejäsenvaltion välisen hintaeron vuoksi, muodostavat tuotemarkkinat.

160 Jälkimmäisen seikan osalta voidaan todeta, että kuten GSK:n huomautuksista, joihin komissio on nojautunut päätöksen 112 ja 113 perustelukappaleessa, ilmenee, yleisten myyntiehtojen lauseke 4 on laadittu, jotta säänneltäisiin kokonaisvaltaisesti GW:n myymien lääkkeiden rinnakkaiskauppaa Espanjan ja niiden jäsenvaltioiden välillä, joihin suuntautuessaan tämä toiminta saattaa olla kannattavaa espanjalaisille tukkumyyjille.

161 Näin ollen sekä ostajien että GSK:n kannalta Espanjan lainsäädännön olemassaolo näyttäisi olevan pikemminkin tekijä, joka yhdistää merkitykselliset tuotemarkkinat, kuin tekijä, jonka pitäisi johtaa siihen, että erotettaisiin toisistaan kotimaiseen

kulutukseen tarkoitettujen lääkkeiden jakelumarkkinat, joita säännellään, ja vientiin tarkoitettujen lääkkeiden jakelumarkkinat, jotka ovat sääntelystä vapaat. GSK:n ehdottama erottelu liittyy pikemminkin Espanjan lainsäädännön ilmeiseen alueellisuuteen ja merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden kansalliseen kokoon, kuten se on istunnossa myöntänytkin.

162 Toiseksi on tutkittava sopimuksen todelliset tai potentiaaliset vaikutukset kilpailuun. Tämä tutkimus edellyttää, että verrataan sopimuksesta johtuvaa kilpailutilannetta ja tilannetta, joka vallitsisi ilman sopimusta (edellä 55 kohdassa mainittu asia Société technique minière, tuomion s. 360 ja edellä 112 kohdassa mainittu asia Deere v. komissio, tuomion 76 kohta).

163 Tässä tapauksessa on heti todettava, että päätöksen 26 ja 28 perustelukappaleesta ilmenee, että 9.3.1998 voimaan tulleiden yleisten myyntiehtojen soveltaminen keskeytettiin 16.10.1998 saakka ja että niiden soveltamisesta pidättäydyttiin päätöksentekopäivään saakka, kuten osapuolet ovat istunnossa muistuttaneet. Tästä syystä komission tekemää tutkimusta on tulkittava siten, että se koskee lähinnä niiden potentiaalisia vaikutuksia kilpailuun, kuten osapuolet ovat istunnossa myöntäneet.

164 GSK myöntää tässä yhteydessä, että myyntiehtojen lausekkeen 4 vaikutuksena on tai voi olla rinnakkaiskaupan rajoittaminen, mutta se kiistää sen, että sillä olisi tai voisi olla kilpailua rajoittava vaikutus. Sen esittämät pääasialliset väitteet koskevat lähinnä komission päätöksessä tekemien päätelmien neljää osatekijää. Ensinnäkään se, että yleisten myyntiehtojen lausekkeessa 4 rajoitetaan rinnakkaiskauppaa ja loukataan espanjalaisten tukkumyyjien toimintavapautta, ei sinänsä merkitse sitä, että se rajoittaisi kilpailua. Toiseksi, kun otetaan huomioon oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys, jossa tätä lauseketta sovelletaan, se, että sillä otetaan käyttöön hintadifferointijärjestelmä, ei sinänsä merkitse sitä, että se rajoittaisi kilpailua. Kolmanneksi komissio on tyytynyt päättelemään, että tällä lausekkeella rajoitettiin rinnakkaiskauppaa, loukattiin espanjalaisten tukkumyyjien toimintavapautta ja

määrättiin hintadifferoinnista, joten se ei ole näyttänyt toteen oikeudellisesti riittävällä tavalla, että se rajoittaisi kilpailua. Neljänneksi komissio ei ole ainakaan ottanut huomioon sitä, että yleisten myyntiehtojen 4 lausekkeella ainoastaan korvattiin kilpailun vääristymä, joka johtui Espanjan kuningaskunnasta.

165 On ratkaistava, ilmeneekö näistä eri arvostelun kohteena olevista seikoista, että päätöksessä olisi menetelty virheellisesti, kun siinä on katsottu, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 rajoitti kilpailua.

166 Ensinnäkin on kiistatonta, että kuten päätöksen 126 perustelukappaleessa todetaan, tämä lauseke rajoittaa GW:n Espanjassa myymien lääkkeiden rinnakkaiskauppaa. Useissa tapauksissa sillä näet korvataan 4 A -hinta, joka on huomattavasti alhaisempi kuin hinnat, jotka ovat voimassa tietyissä muissa jäsenvaltioissa kuin Espanjassa, 4 B -hinnalla, jonka osalta ero on pienempi tai olematon. Tällä tavoin sillä poistetaan voitto, jonka espanjalaiset tukkukauppiaat voisivat saada ryhtyessään vientiin, tai vähennetään sitä.

167 On kuitenkin muistettava, että se, että sopimuksella rajoitetaan tai voidaan rajoittaa rinnakkaiskauppaa, heikentää sellaisenaan arvioiden jäsenvaltioiden välistä kauppaa, mutta ei välttämättä rajoita kilpailua. Ne seurannaisvaikutukset, joita tällä rinnakkaiskaupan rajoituksella on tai voi olla johonkin kilpailumuuttujaan, kuten tuotteen toimitusmäärään tai myyntihintaan, osoittavat puolestaan tällaisen rajoituksen olemassaolon (ks. vastaavasti edellä 118 kohdassa mainittu asia Tepea v. komissio, tuomion 41, 43 ja 56 kohta).

168 Sen perusteella, että mikäli yleisten myyntiehtojen lauseketta 4 ei olisi, espanjalaiset tukkumyyjät kykenisivät ostamaan lääkkeitä Espanjan viranomaisten vahvistamaan tukkuhintaan riippumatta siitä, mihin jäsenvaltioon nämä lääkkeet on tarkoitettu

jälleenmyytäviksi ja mistä sairausvakuutusjärjestelmästä ne on tarkoitettu korvattaviksi, ja tämän jälkeen jälleenmyymään ne mihin tahansa jäsenvaltioon, jossa hinta on riittävästi Espanjan hintaa korkeampi, jotta ne kykenevät tekemään voittoa, kun otetaan liiketoimintakulut huomioon, ei voida päätellä kilpailua rajoittavan vaikutuksen olemassaoloa ilman minkäänlaista tutkimusta siitä, missä määrin rinnakkaiskauppa edistää hintakilpailua, kun otetaan huomioon jäsenvaltioiden osuus tässä asiassa.

169 Tästä syystä GSK väittää perustellusti, että sen jälkeen kun komissio oli vedonnut yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4 rinnakkaiskaupalle aiheutuviin vaikutuksiin, sen olisi vielä pitänyt näyttää toteen kilpailulle aiheutuvat vaikutukset.

170 Toiseksi on kiistatonta, että kuten päätöksen 137–139 perustelukappaleessa todetaan, yleisten myyntiehtojen lauseke 4 rajoittaa espanjalaisten tukkumyyjien toimintavapautta, erityisesti niiden vapautta valita asiakkaansa.

171 Kaikki sopimukset, jotka rajoittavat niihin osallistuvien yritysten tai osallistuvan yrityksen toimintavapautta, eivät kuitenkaan välttämättä kuulu EY 81 artiklan 1 kohdassa määrätyn kiellon piiriin (asia C-309/99, Wouters ym., tuomio 19.2.2002, Kok. 2002, s. I-1577, 97 kohta ja asia T-112/99, M6 ym. v. komissio, tuomio 18.9.2001, Kok. 2001, s. II-2459, 76 kohta). Jokaisesta sopimuksesta, joka tehdään tuotanto- ja jakeluketjun eri tasoilla toimivien taloudellisten toimijoiden välillä, seuraa, että ne sidotaan ja että niiden toimintavapautta siten rajoitetaan siinä määrätyillä ehdoilla. Mikä tahansa onkaan tässä tapauksessa hinta, jolla espanjalaiset tukkumyyjät sopivat lääkkeen ostamisesta GW:ltä Espanjan markkinoilla (4 A- tai 4 B -hinta), niiden toimintavapautta rajoitetaan siltä osin kuin niillä ei ole taloudelliselta kannalta jatkuvasti mahdollisuutta jälleenmyydä niitä alempaan hintaan yhteisön muilla kansallisilla markkinoilla. Koska yhteisön kilpailusääntöjen tarkoituksena on kuitenkin välttää se, että yritykset vähentävät kyseisten tuotteiden lopullisen kuluttajan hyvinvointia rajoittamalla keskinäistä kilpailuaan tai kilpailua

kolmansien osapuolten kanssa (edellä 118 kohta), on vielä osoitettava, että kyseinen rajoitus rajoittaa kilpailua kuluttajan vahingoksi. Lisäksi komissio on itse selittänyt istunnossa, että espanjalaisten tukkumyyjien toimintavapauden rajoitusta oli vaikea arvioida erikseen ja että se ei ollut sen tutkimuksen lähtökohtana.

172 GSK väittää näin ollen perustellusti, että sen jälkeen kun komissio oli vedonnut yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4 espanjalaisten tukkumyyjien toimintavapaudelle aiheutuviin vaikutuksiin, sen olisi pitänyt vielä osoittaa, millä tavoin tämä lauseke rajoitti kilpailua lopullisen kuluttajan vahingoksi.

173 Kolmanneksi ei ole kiistetty sitä, että yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 otetaan käyttöön hintadifferointijärjestelmä sen mukaan, onko kukin 82 asianomaisesta lääkkeestä tarkoitettu jälleenmyytäväksi ja korvattavaksi Espanjassa vai jossain muussa jäsenvaltiossa.

174 Vaikka päätöksen 139 perustelukappale saattaisi ensi lukemalta vaikuttaa tältä osin moniselitteiseltä, sitä tutkittaessa ilmenee, että komissio on siinä katsonut, että tällaisella järjestelmällä oli kyseisten tuotteiden kohdemarkkinoiden perusteella (yhtäältä Espanjan markkinat, toisaalta muut kansalliset markkinat) syrjivä vaikutus. Komission kirjelmät vahvistavat tämän tulkinnan oikeaksi. Niissä yhtäältä verrataan GW:n käyttöön ottamaa hintadifferointijärjestelmää kohdemaahan perustuvaan kiellettyyn hintasyrjintään, ja tässä yhteydessä komissio katsoo, että siinä viime kädessä sovelletaan erilaisia ehtoja samankaltaisiin suorituksiin EY 81 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitetulla tavalla. Toisaalta komissio viittaa siinä EY 82 artiklan c alakohtaa, jonka sanamuoto on sama kuin tämän määräyksen, koskevaan oikeuskäytäntöön.

175 EY 81 artiklan 1 kohdan d alakohdassa kielletään sopimukset, joissa sovelletaan kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin erilaisia ehtoja kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla.

176 Tässä tapauksessa ei ole epäilystä siitä, että espanjalaiset tukkumyyjät ovat GW:n kauppakumppaneita ja että tämä asettaa niille erilaisia ehtoja sen mukaan, jälleenmyydäänkö nämä lääkkeet Espanjassa vai yhteisön muissa jäsenvaltioissa. Sitä vastoin ei ole osoitettu, että nämä myynnit olisivat samankaltaisia ja että EY 81 artiklan 1 kohdan d alakohdan edellytykset siten täyttyvät.

177 Oikeuskäytännöstä, johon komissio viittaa, ilmenee näet, että EY 82 artiklan c alakohdassa ei estetä sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys vahvistaa erilaiset hinnat eri jäsenvaltioissa, varsinkin kun hintaerot ovat perusteltuja kaupan pitämisen edellytysten ja kilpailun voimakkuuden vaihtelun vuoksi, mutta se ei voi toteuttaa sellaisia eri jäsenvaltioiden välisiä keinotekoisia hintaeroja, joiden seurauksena sen asiakkaat joutuvat epäedulliseen asemaan ja joiden seurauksena kilpailu vääristyy kansallisten markkinoiden keinotekoisen eristämisen seurauksena (edellä 152 kohdassa mainittu asia Tetra Pak v. komissio, tuomion 160 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Yleisemmin siitä ilmenee, että vaikka se, että määräävässä asemassa oleva yritys käyttää eri hintoja, voi objektiivisen selityksen puuttuessa olla indisio syrjinnästä, jos näitä hintoja sovelletaan tietyillä maantieteellisillä markkinoilla, joille ovat ominaisia riittävän homogeeniset kilpailunedellytykset, tämä ei päde silloin, jos niitä sovelletaan eri maantieteellisillä markkinoilla, joille on ominaista se, että kilpailunedellytykset eivät ole riittävän homogeenisia, kun otetaan huomioon erityisesti asiaa koskevat lainsäädännölliset puitteet (ks. vastaavasti edellä 152 kohdassa mainittu asia United Brands v. komissio, 44–56, 207, 208, 225, 228 ja 233 kohta ja edellä 152 kohdassa mainittu asia Tetra Pak v. komissio, tuomion 92–96, 161, 164, 165, 167 ja 170 kohta).

178 Näitä näkemyksiä voidaan soveltaa nyt käsiteltävään asiaan, jossa valmistaja ja sen tukkumyyjät sopivat eri hintojen soveltamisesta sen mukaan, missä jäsenvaltiossa kyseiset tuotteet on tarkoitettu jälleenmyytäviksi ja korvattaviksi. On kiistatonta, että jokainen näistä jäsenvaltioista muodostaa erilliset markkinat, koska merkitykselliset maantieteelliset markkinat ovat kansalliset markkinat muun muassa niiden erojen vuoksi, joita on kyseisten lääkkeiden hintoja ja korvattavuutta koskevissa säännöksissä. Komissio on siten itse katsonut päätöksessä, että silloin kun

espanjalainen tukkumyyjä myy lääkkeitä joillekin näille kansallisille markkinoille, se toimii erityisesti sovellettavan lainsäädännön perusteella sellaisissa kilpailuolosuhteissa, jotka ovat heterogeenisiä hinnan osalta, ja nimenomaan hintamuuttujaa koskee yleisten myyntiehtojen lauseke 4.

179 Tästä syystä GSK väittää perustellusti, että hintaeron toteaminen ei sellaisenaan riitä siihen, että syrjintää voitaisiin todeta olevan olemassa. On näet mahdollista, että se käyttää eri hintoja sen vuoksi, että on olemassa eri markkinoita, eikä sitä varten, että olisi olemassa eri markkinat.

180 Tällaista selitystä ehdottaa komissio itsekin, sillä se esittää edellä 135 kohdassa mainitussa tiedonannossa KOM(98) 588 lopullinen, että lääkeyhtiöt käyttävät hintadifferointia erilaisen maksukyvyn huomioon ottamiseksi (s. 6), ja lisää yleisesti, että olisi erittäin vaikeaa vahvistaa asianmukainen hintataso koko yhteisöä varten, sillä vaikka alhaisen tason valinnasta koituisi välittömästi hyötyä terveydenhoidon kustannusten hillitsemisen tavoitteiden kannalta, siitä seuraisi, että eurooppalaisten yritysten osallistuminen lääkealan T & K:hon jatkuvasti pienenisi, ja korkean hintatason valinnasta seuraisi, että sellaisten maiden kuluttajien ja maksuja suorittavien laitosten hoitomahdollisuuksia rajoitettaisiin, joilla ei taloudellisista ja sosiaalisista syistä ole varaa maksaa tällaista hintaa (s. 14).

181 Neljänneksi GSK väittää lähinnä, että komissio ei ole osoittanut millään muullakaan tavalla, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 rajoittaisi kilpailua.

182 Näin ei kuitenkaan ole. Komissio on päinvastoin todennut verrattain suppeassa tutkimuksessa, kuten se itsekin on myöntänyt ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, joka on kuitenkin riittävä

tähän tapaukseen liittyvien tosiseikkojen (ks. edellä 119 kohta) ja GSK:n väitteiden perusteella, että tällä lausekkeella heikennettiin myös lopullisten kuluttajien hyvinvointia, kun heitä estettiin saamasta hinnanalennuksen ja kustannusten alennuksen muodossa etua siitä, että espanjalaiset tukkumyyjät osallistuivat merkin sisäiseen kilpailuun Espanjasta lähtöisin olevan rinnakkaiskaupan kohdemarkkinoilla.

183 Komissio on esimerkiksi todennut päätöksen 72–75 perustelukappaleessa, että yleisten myyntiehtojen lausekkeessa 4 määrättiin espanjalaiset tukkumyyjät, jotka ostavat GW:n Espanjassa myymiä lääkkeitä, maksamaan sille hinta (4 B -hinta), joka on korkeampi kuin Espanjan viranomaisten vahvistama hinta, jonka ne olisivat maksaneet ilman yleisiä myyntiehtoja (4 A -hinta). Tällä lausekkeella pienennetään siten useissa tapauksissa eroa, joka oli ollut siihen saakka olemassa Espanjassa voimassa olleiden hintojen ja yhteisön muissa jäsenvaltioissa voimassa olleiden hintojen välillä, tai poistetaan se. Näiden tapausten määrä on huomattava siitä riippumatta, jätetäänkö huomiotta kustannukset, joita espanjalaisille tukkumyyjille aiheutuu, kun ne ryhtyvät rinnakkaiskauppaan (kuljetus, uudelleenpakkaus jne.), vai otetaanko ne huomioon. GSK ei kiistä näitä tosiseikkoja koskevia toteamuksia.

184 Komissio on todennut tämän jälkeen päätöksen 48 ja 51 perustelukappaleessa, että osa, joskin pieni, yleisten myyntiehtojen kattamien lääkkeiden hinnasta jäi useissa jäsenvaltioissa edelleen potilaan maksettavaksi, ja tämä oli tältä osin kyseisten tuotteiden lopullinen kuluttaja sanan taloustieteellisessä merkityksessä. Komissio on lisäksi todennut päätöksen 49 ja 51 perustelukappaleessa, että loput näiden lääkkeiden hinnasta korvattiin kansallisesta sairausvakuutusjärjestelmästä, joka oli itsekin näiden tuotteiden loppukuluttaja siinä mielessä, että se tasasi taloudelliset riskit, joita sosiaalivakuutetut kantoivat terveytensä vuoksi. Yhteisöjen tuomioistuin on lisäksi jo korostanut lääkkeiden kaupan erityisluonnetta tältä kannalta, sillä sille on tunnusomaista, että sosiaaliturvaelimet vastaavat lääkekuluista kuluttajien puolesta (asia 238/82, Duphar ym., tuomio 7.2.1984, Kok. 1984, s. 523, Kok. Ep. VII, s. 485, 20 kohta). GSK ei kiistä sitä, että nämä tosiseikkoja koskevat toteamukset, joiden tärkeyttä komissio on istunnossa korostanut niiden perustelujen kannalta, jotka se on päätöksessä omaksunut, ovat paikkansapitäviä.

185 Vaikka hyväksyttäisiin se, että rinnakkaiskauppaan ryhtyvien espanjalaisten tukkumyyjien välinen kilpailu tai näiden tukkumyyjien ja rinnakkaiskaupan kohdejäsenvaltion markkinoille sijoittautuneiden jakelijoiden välinen kilpailu olisi niin vähäistä, että niillä olisi mahdollisuus käyttää jälleenmyyntihintoja, jotka olisivat viimeksi mainittujen käyttämiin hintoihin nähden vain juuri sen verran alempia kuin on tarpeen vähittäismyyjien houkuttelemiseksi, kuten tietyissä GSK:n esittämissä asiakirjoissa vakuuttavasti selitetään, komissio saattoi, kuten se on tehnyt päätöksen 140 perustelukappaleessa, päätellä edellisissä kohdissa todetuista tosiseikoista, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 esti lopullisen kuluttajan vahingoksi tämän kilpailun ja lähinnä paineen, joka olisi ilman tätä lauseketta kohdistunut kyseisten lääkkeiden yksikköhintaan, kun kuluttajana pidetään sekä potilasta että kansallista sairausvakuutusjärjestelmää, joka toimii edunsaajiensa lukuun.

186 Kuten komissio on todennut päätöksen 133 perustelukappaleessa ja sittemmin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa ja istunnossa, kun tätä painetta tarkastellaan erikseen sellaisten yksittäisten kansallisten markkinoiden tasolla, joihin yleisten myyntiehtojen lauseke 4 vaikuttaa, kuten Yhdistyneen kuningaskunnan markkinat, se saattaa olla marginaalinen. Komissio on kuitenkin niin ikään todennut päätöksen 140 perustelukappaleessa, että se, että tämä paine estetään sopimuksella, joka tehdään huomattavan monen espanjalaisen tukkumyyjän kanssa ja joka vaikuttaa merkittävään tuotteiden ja kansallisten markkinoiden kokonaisuuteen yhteisössä, osaltaan vahvisti tai saattoi vahvistaa markkinoilla jo vallinnutta hintojen jäykkyyttä verkostovaikutuksen vuoksi. Tällainen vahvistaminen on EY 81 artiklan 1 kohdan vastaista (ks. vastaavasti edellä 109 kohdassa mainittu ns. Metro I -tapaus, tuomion 22 kohta ja yhdistetyt asiat 209/78–215/78 ja 218/78, Van Landewyck ym. v. komissio, tuomio 29.10.1980, Kok. 1980, s. 3125, Kok. Ep. V, s. 355, 139 kohta).

187 GSK ei ole esittänyt näyttöä tätä koskevasta virheestä. Se on päinvastoin myöntänyt istunnossa, että vaikka yleisten myyntiehtojen lauseke 4 oli lähinnä tarkoitettu estämään katteiden siirto tukkumyyjille, sen vaikutuksena saattoi olla se, että hyöty, joskin pieni, joka niiden osallistumisesta merkin sisäiseen kilpailuun koitui lopulliselle kuluttajalle, supistui rinnakkaiskaupan kohdemarkkinoilla.

188 Lopuksi komissio totesi päätöksen 33, 34, 52 ja 134 perustelukappaleessa, että tietyt sairausvakuutusjärjestelmät hyödynsivät eri määrin ja eri sääntöjen mukaisesti rinnakkaiskauppaa vähentääkseen korvaamiensa lääkkeiden kustannuksia. Vaikka GSK kiistää sen, että niiden kansallisten toimenpiteiden, joihin komissio viittaa, tarkoituksena olisi rinnakkaiskaupan edistäminen, se ei kiistä sitä, että niillä voi olla tällainen vaikutus, kuten komissio on todennut istunnossa, ilman että tätä olisi kiistetty. Tietyissä komission esittämissä asiakirjoissa korostetaan päinvastoin vakuuttavalla tavalla, että tilanne voi olla tällainen. Myös GSK myöntää, viime kädessä kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa ja istunnossa, että on olemassa toimenpiteitä, joita tietyt jäsenvaltiot ovat toteuttaneet saadakseen takaisin osan säästöistä, joita apteekit ovat saaneet rinnakkaiskaupan välityksellä.

189 Komissio keskittyi Yhdistynyttä kuningaskuntaa, jonka markkinat olivat GSK:n mukaan GW:n Espanjassa myymien lääkkeiden rinnakkaiskaupan tärkeimmät kohdemarkkinat, koskeneeseen esimerkkiin ja kykeni päättelemään niistä päätöksen 134 perustelukappaleessa, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 vaikutuksesta kansallisilta sairausvakuutusjärjestelmiltä vietiin etu, jonka ne olisivat saaneet kustannusten alennuksena ja jopa riippumatta mistään vähittäismyyntihinnan alennuksista siitä, että espanjalaiset tukkumyyjät olisivat osallistuneet merkin sisäiseen kilpailuun. Vaikka GSK korostaa tämän vaikutuksen vähäisyyttä, se myönsi sen olemassaolon istunnossa. Se myönsi niin ikään, että vaikutus voisi olla tällainen muissakin jäsenvaltioissa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

190 Näin ollen on katsottava, että komissio on voinut katsoa niiden seikkojen perusteella, joiden asiaankuuluvuutta GSK ei ole vakavalla tavalla kyseenalaistanut, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 vaikutuksena oli lopullisten kuluttajien hyvinvoinnin vähentäminen, kun heitä estettiin saamasta hintojen ja kustannusten alennusten muodossa etua siitä, että espanjalaiset tukkumyyjät osallistuivat merkin sisäiseen kilpailuun kansallisilla markkinoilla, joille rinnakkaiskauppa Espanjasta kohdistui.

191 Mikään GSK:n väitteistä ei vaikuta sellaiselta, että sillä voitaisiin kyseenalaistaa tämä päätelmä.

192 Erityisesti GSK:n perustavanlaatuinen väite, jonka mukaan yleisten myyntiehtojen lauseke 4 on perusteltu sen vuoksi, että sillä korvataan Espanjan kuningaskunnasta johtuva kilpailun vääristymä, ei ole perusteltu. Se seikka, että oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys, jossa yritykset toimivat, myötävaikuttaa kilpailun rajoittumiseen, ei voi johtaa siihen, että hyväksyttäisiin se, että nämä yritykset rikkovat puolestaan kilpailusääntöjä estämällä tai rajoittamalla kilpailua, joka säilyisi tai syntyisi tällaisessa asiayhteydessä (edellä 104 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Suiker Unie ym. v. komissio, tuomion 620 kohta ja edellä 66 kohdassa mainittu asia CIF, tuomion 57 kohta).

4. Päätelmä

193 Edellä esitetyn perusteella GSK ei ole onnistunut kyseenalaistamaan komission päätelmää, jonka mukaan yleiset myyntiehdot olivat EY 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu sopimus.

194 Siitä seuraa myös, että vaikka komission pääasiallinen päätelmä, jonka mukaan yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 tarkoituksena on rajoittaa kilpailua, on virheellinen, GSK ei ole onnistunut kyseenalaistamaan sen toissijaista päätelmää, jonka mukaan tällä lausekkeella evättiin lopullisilta kuluttajilta etu, jonka he olisivat hinnan ja kustannusten osalta saaneet siitä, että espanjalaiset tukkumyyjät olisivat osallistuneet merkin sisäiseen kilpailuun kansallisilla markkinoilla, joille Espanjasta lähtöisin oleva rinnakkaiskauppa kohdistui.

195 Tästä syystä EY 81 artiklan 1 kohdan virheellistä soveltamista koskeva kanneperuste on hylättävä.

C Kanneperuste, joka koskee harkintavallan väärinkäyttöä, toissijaisuusperiaatteen loukkaamista ja EY 43 artiklan rikkomista

1. Asianosaisten lausumat

196 GSK väittää lähinnä, että kun päätöksessä on kielletty siltä hintadifferointi, siinä pakotetaan se viime kädessä käyttämään hintoja, jotka Espanjan viranomaiset ovat vahvistaneet Espanjassa jälleenmyytäviksi tarjottavien ja Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä korvattavien lääkkeiden tukkumyyntiä varten, silloin kun kyseessä on muihin jäsenvaltioihin jälleenmyytäviksi tarkoitettujen tai muista sellaisista kansallisista sairausvakuutusjärjestelmistä korvattavien lääkkeiden tukkumyynti, joilla on oma hintavalvontajärjestelmänsä. Näin menetellessään se on loukannut toissijaisuusperiaatetta. Lisäksi se on loukannut EY 43 artiklassa tarkoitettua sijoittautumisoikeutta. Siltä osin kuin komission tarkoituksena on siten ollut lääkkeiden hintojen lähentymisen edistäminen yhteisössä, se on myös syyllistynyt harkintavallan väärinkäyttöön.

197 Komissio katsoo väliintulijoiden tukemana, että tämä kanneperuste on hylättävä.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

198 Aluksi on korostettava, että päätöstä tehtäessä harkintavaltaa on käytetty väärin ainoastaan, jos objektiivisten, asiaankuuluvien ja yhtäpitävien seikkojen perusteella on selvää, että päätös on tehty yksinomaan tai ainakin olennaisilta osin muiden kuin esitettyjen päämäärien saavuttamiseksi (asia 8/57, Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges v. korkea viranomainen, tuomio 21.6.1958, Kok. 1958, s. 223, erityisesti s. 245 ja yhdistetyt asiat C-186/02 P ja C-188/02 P, Ramondín ym. v. komissio, tuomio 11.11.2004, Kok. 2004, s. I-10653, 44 kohta).

199 Tässä tapauksessa GSK:n kirjelmistä ilmenee, että se arvailee komission päämääriä mutta ei nojaudu indisioihin, joiden perusteella voitaisiin osoittaa oikeudellisesti riittävällä tavalla, että päätös on tehty yksinomaan tai olennaisilta osin lääkkeiden hintojen lähentymisen edistämiseksi yhteisössä.

200 Toiseksi EY 5 artiklan toisessa kohdassa määrätään, että aloilla, jotka eivät kuulu yhteisön yksinomaiseen toimivaltaan, yhteisö toissijaisuusperiaatteen mukaisesti toimii vain siinä tapauksessa ja siinä laajuudessa kuin jäsenvaltiot eivät voi riittävällä tavalla toteuttaa suunnitellun toiminnan tavoitteita, jotka suunnitellun toiminnan laajuuden tai vaikutusten takia voidaan tämän vuoksi toteuttaa paremmin yhteisön tasolla.

201 EY 81 artiklan 1 kohdan yhteydessä toissijaisuusperiaate konkretisoituu siten, että siinä rajoitetaan kyseisessä kohdassa määrätty kielto koskemaan ainoastaan sellaisia yritysten välisiä sopimuksia, yritysten yhteenliittymän päätöksiä ja yhdenmukaistettuja menettelytapoja, jotka ovat omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Silloin kun objektiivisten oikeudellisten seikkojen tai tosiseikkojen kokonaisuuden perusteella on nähtävissä riittävällä todennäköisyydellä, että tällainen yritysten käyttäytyminen voi tosiasiallisesti tai mahdollisesti vaikuttaa välillisesti tai välittömästi jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, on katsottava, että se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 495 ja asia C-359/01 P, British Sugar v. komissio, tuomio 29.4.2004, Kok. 2004, s. I-4933, 27 kohta), joten on asianmukaista, että yhteisö puuttuu asiaan sen toiminnan laajuuden ja vaikutusten vuoksi (ks. vastaavasti asia T-65/98, Van den Bergh Foods v. komissio, tuomio 23.10.2003, Kok. 2003, s. II-4653, 197 ja 198 kohta).

202 Kun tämä toiminta toteutuu komission päätöksen muodossa, päätös on siten toissijaisuusperiaatteen mukainen, kun siinä osoitetaan oikeudellisesti riittävällä tavalla, että yritysten välinen sopimus, yritysten yhteenliittymän päätös tai yhdenmukaistettu menettelytapa, jonka laillisuutta se tutkii, on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

203 Tässä tapauksessa komissio on lähinnä todennut päätöksen 145 ja 146 perustelukappaleessa, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 oli omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, koska sillä otettiin käyttöön hintadifferointi sillä perusteella, tarkoittivatko GW:n kauppakumppaneina olleet tukkumyyjät siltä ostamansa lääkkeet jälleenmyyntiin Espanjassa vai muissa yhteisön jäsenvaltioissa, mitä GSK ei kiistä.

204 Todettakoon vielä kolmanneksi, että EY 43 artiklassa annetaan jokaisen jäsenvaltion kansalaisille, joihin EY 48 artiklassa rinnastetaan yhtiöt, jotka on perustettu jonkin jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti ja joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on yhteisön alueella, perusvapaus (asia 246/80, Broekmeulen, tuomio 6.10.1981, Kok. 1981, s. 2311, Kok. Ep. VI, s. 205, 20 kohta ja asia C-19/92, Kraus, tuomio 31.3.1993, Kok. 1993, s. I-1663, Kok. Ep. XIV, s. I-177, 28 ja 29 kohta) sijoittautua mihin tahansa muuhun jäsenvaltioon samoin edellytyksin kuin kyseisen jäsenvaltion kansalaiset ja kielletään tätä vapautta koskevien rajoitusten voimassa pitäminen tai käyttöönotto.

205 Tällaisia rajoituksia ovat kaikki kansalliset toimenpiteet, vaikka niitä sovellettaisiinkin ilman kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää, joilla asetetaan muiden jäsenvaltioiden yhtiöt tosiasiallisesti tai oikeudellisesti epäedullisempaan asemaan kuin tämän sijoittautumisvaltion yhtiöt ja vaikeutetaan tämän perusvapauden käyttämistä tai tehdään se vähemmän houkuttelevaksi, perustamissopimuksessa määrättyjä ja yhteisöjen tuomioistuimen tunnustamia poikkeuksia lukuun ottamatta (asia C-255/97, Pfeiffer, tuomio 11.5.1999, Kok. 1999, s. I-2835, 18 ja 19 kohta ja asia C-140/03, komissio v. Kreikka, tuomio 21.4.2005, Kok. 2005, s. I-3177, 27 kohta).

206 GSK vaatii tässä tapauksessa EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamisesta tehdyn sellaisen päätöksen kumoamista, jonka komissio on tehnyt käyttäessään toimivaltaa, joka sille annetaan yhteisön kilpailusäännöissä. Tällainen päätös ei ole luonteeltaan kansalli-

nen toimenpide, joka voisi olla EY 43 artiklassa kielletty rajoitus, eikä se sisällä tällaista toimenpidettä. On siis tehotonta vedota sitä vastaan tämän määräyksen rikkomiseen (ks. vastaavasti EY 49 artiklan osalta asia C-171/05 P, Piau v. komissio, määräys 23.2.2006, 58 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

207 Näin ollen harkintavallan väärinkäyttöä, toissijaisuusperiaatteen loukkaamista ja EY 43 artiklan rikkomista koskeva kanneperuste on hylättävä kokonaan, samoin kuin GSK:n vaatimukset, siltä osin kuin ne koskevat päätöksen 1 artiklan kumoamista.

II *Kanneperusteet, jotka koskevat päätöksen 2 artiklan kumoamista*

A *Perustelujen riittämättömyyttä koskeva peruste*

1. Asianosaisten lausumat

208 GSK vetoaa lähinnä siihen, että päätöstä rasittaa perustelujen riittämättömyys siltä osin kuin komissio ei ole tutkinut riittävällä tavalla tosiseikkoja koskevia väitteitä ja todisteita, jotka sille esitettiin hallinnollisessa menettelyssä rinnakkaiskaupan ja yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 eduista ja haitoista kilpailulle lääkealalla, kuten sen olisi pitänyt tehdä, kun otetaan edellä 47 kohdassa mainitussa asiassa Bayer vastaan komissio annettu tuomio.

209 Komissio kiistää väliintulijoiden tukemana tämän väitteen perusteltavuuden.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

210 Komission kilpailusääntöjen soveltamisesta tekemässään päätöksessä suorittaman tutkinnan riittävyyttä koskeva kysymys ei kuulu kyseisen päätöksen perustelujen olemassaolon eikä laajuuden valvonnan piiriin vaan päätöksen perustelujen paikkansapitävyyden valvonnan piiriin (edellä 54 kohdassa mainittu asia komissio v. Sytraval ja Brink's France, tuomion 67 kohta ja asia T-158/99, Thermenhotel Stoiser Franz ym. v. komissio, tuomio 13.1.2004, Kok. 2004, s. II-1, 97 kohta).

211 GSK vetoaa tässä tapauksessa siihen, että päätöstä rasittaa perustelujen riittämättömyys siltä osin kuin tosiseikkoja koskevien väitteiden ja sen poikkeuslupahakemuksen tueksi esittämien todisteiden tutkimus on puutteellinen. Se ei siis niinkään vetoa päätöksen perustelujen riittämättömyyteen vaan kiistää niiden perustelujen oikeellisuuden, jotka koskevat tämän hakemuksen arviointia EY 81 artiklan 3 kohdan perusteella.

212 Nyt käsiteltävä kanneperuste liittyy siten todellisuudessa kanneperusteeseen, joka koskee tämän määräyksen virheellistä soveltamista, jota tutkitaan jäljempänä.

213 Siltä osin kuin GSK pyrkii vetoamaan myös siihen, että päätös on riittämättömästi perusteltu sen hakemuksen hylkäämisen osalta, tämä arvostelu ei ole hyväksyttävissä. Komissio esittää näet päätöksen 147–188 perustelukappaleessa riittävän yksityiskohtaisesti, jotta GSK kykenee ymmärtämään sen päättelyn ja tuomioistuin kykenee valvomaan tämän päättelyn aikeellisuutta, että tämä hakemus on sen mielestä hylättävä sillä perusteella, että näyttöä tarvittavien edellytysten täyttymisestä poikkeuksen myöntämistä varten ja erityisesti tehokkuuden lisäyksistä ei ole esitetty oikeudellisesti riittävällä tavalla.

B *Kanneperuste, joka koskee EY 81 artiklan 3 kohdan virheellistä soveltamista*

1. Päätöksen sisältö

214 Komissio on todennut päätöksen 147–189 perustelukappaleessa, että GSK ei ollut osoittanut, että edellytykset EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamiselle olisivat tässä tapauksessa täyttyneet.

215 Komissio on arvioinut tämän määräyksen ensimmäisen soveltamisedellytyksen osalta päätöksen 151 ja 154–176 perustelukappaleessa, että GSK ei ollut osoittanut oikeudellisesti riittävällä tavalla, että yleisillä myyntiehdoilla olisi edistetty lääkkeiden teknistä kehitystä tai tehostettu jakelua.

216 Komissio on arvioinut EY 81 artiklan 3 kohdan toisen soveltamisedellytyksen osalta päätöksen 177–186 perustelukappaleessa, että GSK ei ollut osoittanut oikeudellisesti riittävällä tavalla, että käyttäjille koituisi kohtuullinen osuus hyödystä, joka yleisistä myyntiehdoista saataisiin.

217 Komissio on lisännyt päätöksen 187 ja 188 perustelukappaleessa, että ei ollut myöskään osoitettu, että yleisissä myyntiehdoissa asetettaisiin pelkästään välttämättömiä rajoituksia, tai että kilpailu ei poistuisi merkittävältä osalta kyseisiä lääkkeitä.

2. Asianosaisten lausumat

218 GSK väittää, että komission päätelmää, jonka mukaan ei ole näytetty toteen, että poikkeuksen myöntämisedellytykset täyttyivät, rasittavat virheet, joiden vuoksi päätöksen 2 artiklan kumoaminen on perusteltua.

219 Se esittää yleisesti lähinnä, että komissio ei ole tutkinut vakavalla tavalla tosiseikkoja koskevia väitteitä ja todisteita, jotka tukevat sen poikkeuslupahakemusta. Se esittää tämän jälkeen väitteitä, jotka liittyvät kuhunkin EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamisedellytykseen.

220 Se väittää aluksi ensimmäisen edellytyksen osalta yhtäältä, että komissio ei ole tutkinut vakavalla tavalla sen tosiseikkoja koskevia väitteitä ja todisteita, joiden mukaan rinnakkaiskauppa aiheuttaisi tehokkuuden menetyksiä vähentämällä sen innovointikykyä, kun puolestaan yleisten myyntiehtojen lauseke 4 synnyttäisi tehokkuuden lisäystä, jonka ansiosta se kykenisi lisäämään innovointikykyään. Se katsoo, että komissio on päätellyt virheellisesti, että ei ollut näytetty toteen, että rinnakkaiskaupalla oli yhteys innovaatioihin ja että se joka tapauksessa vaikutti huomattavasti innovaatioihin. Se arvioi osoittaneensa, että tekniseen kehitykseen oli myötävaikutettu.

221 GSK väittää toisaalta, että komissio on päätellyt virheellisesti, että ei ollut osoitettu, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 edisti osaltaan lääkkeiden jakelun tehostamista rajoittamalla rinnakkaiskauppaa, joka hidastaa lääkkeiden markkinoille saattamista tietyissä jäsenvaltioissa ja aiheuttaa sen, että GSK:n myyntiin tarjoamat lääkkeet eivät jakaudu parhaalla mahdollisella tavalla.

222 GSK esittää tämän jälkeen EY 81 artiklan 3 kohdan toisesta soveltamisedellytyksestä, että komissio on tehnyt virheen päätellessään, ettei kohtuullinen osuus yleisten myyntiehtojen lausekkeeseen 4 liittyvästä hyödystä jäisi käyttäjille. Komissio on näet yksilöinyt käyttäjät väärin, kun se on sisällyttänyt niihin tukkumyyjät eikä ole täysin ottanut huomioon jäsenvaltioiden roolia kyseisellä alalla. Se on myös arvioinut ilmeisen virheellisesti kaikkia niitä etuja, joita käyttäjät voivat odottaa saavansa sen hintadifferointijärjestelmästä verrattuna heidän tilanteeseensa rinnakkaiskaupan yhteydessä.

223 Lisäksi GSK arvioi osoittaneensa selvästi, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 oli EY 81 artiklan 3 kohdan kolmannessa soveltamisedellytyksessä tarkoitetulla tavalla välttämätön niiden etujen toteuttamiseksi, joita siitä oli odotettavissa käyttäjille.

224 Lopuksi GSK arvioi osoittaneensa, että tällä lausekkeella ei poistettu merkittävää osaa kilpailusta, kun otetaan huomioon sen luonne ja intensiteetti EY 81 artiklan 3 kohdan neljännen soveltamisedellytyksen mukaisesti.

225 Komissio kiistää väliintulijoiden tukemana näiden väitteiden paikkansapitävyyden.

226 Se vetoaa ensinnäkin siihen, että se on tehnyt perusteellisen ja riittävän tutkimuksen kaikista GSK:n poikkeuslupahakemuksensa tueksi esittämistä tosiseikkoja koskevista väitteistä ja todisteista.

227 Se väittää toiseksi voineensa päätellä, että GSK ei ollut esittänyt näyttöä EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamisedellytysten täyttymisestä.

228 Se arvioi tältä osin ensinnäkin, että GSK ei voi tyytyä väittämään, että sopimus, jonka se on tehnyt rinnakkaiskaupan estämiseksi tai jolla on ollut tällainen vaikutus, antaa sille mahdollisuuden maksimoida liikevoittonsa ja kohdistaa osan tästä T & K -toimintansa rahoittamiseen. Sen tehtävänä olisi sitä vastoin osoittaa riittävän vakuuttavilla todisteilla, että on olemassa objektiivinen, erityinen ja suora syy-yhteys tästä sopimuksesta aiheutuvan kilpailunrajoituksen ja sen korvaavien tehokkuuden lisäysten välillä. Komissio on mielestään voinut tässä tapauksessa katsoa, että tällaista syy-yhteyttä ei ollut näytetty toteen.

229 Toiseksi komissio katsoo, että mikäli GSK:n väitteet, joiden mukaan rinnakkaiskauppa häiritsee lääkkeiden jakelua ja hidastaa niiden saattamista markkinoille, oletetaan riittävän täsmällisiksi, jotta ne voidaan ottaa huomioon, vaikeuksista, jotka yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 korjattaisiin, ei ole esitetty oikeudellisesti riittävää näyttöä missään hallinnollisen menettelyn vaiheessa.

230 Kolmanneksi komissio katsoo lähinnä, että tukkumyyjät on luettava käyttäjiin ja että voidaan katsoa, että ne hyötyvät rinnakkaiskaupasta samoin kuin potilaat ja kansalliset sairausvakuutusjärjestelmät. Se lisää, ettei sitä vastoin ole missään vaiheessa osoitettu oikeudellisesti riittävällä tavalla, että myös käyttäjät hyötyisivät yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4.

231 Neljänneksi komissio esittää, että GSK:n väitteistä ei ilmene, että toisin kuin se oli katsonut päätöksessä, yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 välttämättömyys olisi näytetty toteen.

232 Viidenneksi komissio esittää samalla tavoin, että GSK:n väitteissä ei kyseenalaisteta vakavalla tavalla arviointia, jonka mukaan ei ole osoitettu, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 ei johtaisi siihen, että kilpailu poistettaisiin merkittävältä osalta kyseisiä tuotteita.

3. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

a) Alustavia huomautuksia

233 Mille tahansa sopimukselle, jolla rajoitetaan kilpailua joko sen vaikutusten tai tarkoituksen vuoksi, voidaan lähtökohtaisesti myöntää poikkeus (edellä 110 kohdassa mainittu asia Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 496–498 ja 501–505 ja asia T-17/93, Matra Hachette v. komissio, tuomio 15.7.1994, Kok. 1994, s. II-595, 85 kohta), kuten komissiokin on todennut päätöksen 153 perustelukappaleessa ja istunnossa.

234 Tämän määräyksen soveltamiselle on asetettu tiettyjä edellytyksiä, joiden täyttyminen on sekä välttämätöntä että riittävää (edellä 57 kohdassa mainittu asia Remia ym. v. komissio, tuomion 38 kohta ja edellä 233 kohdassa mainittu asia Matra Hachette v. komissio, tuomion 104 kohta). Ensinnäkin edellytetään, että asianomainen sopimus osaltaan tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä, toiseksi, että se jättää kuluttajille kohtuullisen osuuden näin saatavasta hyödystä, kolmanneksi, että sillä ei aseteta asianomaisille yrityksille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä, ja neljänneksi, että sillä ei anneta näille yrityksille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia tuotteita.

235 Näin ollen henkilön, joka vetoaa EY 81 artiklan 3 kohtaan, on osoitettava vakuuttavien perustelujen ja todisteiden avulla, että nämä edellytykset täyttyvät (yhdistetyt asiat 43/82 ja 63/82, VBVB ja VBBB v. komissio, tuomio 17.1.1984, Kok. 1984, s. 19, Kok. Ep. VII, s. 421, 52 kohta ja edellä 55 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 78 kohta).

236 Komission on puolestaan tutkittava riittävällä tavalla näitä perusteluja ja todisteita (edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 501) eli selvitettävä, osoittavatko ne, että EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamisedellytykset täyttyvät. Tietyissä tapauksissa nämä perustelut ja todisteet voivat olla sellaisia, että ne edellyttävät komissiolta selityksiä tai näkemyksensä oikeuttamista, ja mikäli komissio ei toimi näin, voidaan päätellä, että todistustaakka, joka on EY 81 artiklan 3 kohtaan vetoavalla henkilöllä, on täytetty (edellä 55 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 79 kohta). Kuten komissio kirjelmissään myöntää, sen on tällaisessa tapauksessa osoitettava vääriksi nämä perustelut ja todisteet.

237 Komissio on tässä tapauksessa keskittänyt tutkimuksensa EY 81 artiklan 3 kohdan ensimmäiseen soveltamisedellytykseen, kuten se on kirjelmissäänkin ja sittemmin istunnossa myöntänyt. Se on katsonut päätöksen 151 ja 154–176 perustelukappaleessa, että GSK:n hallinnollisen menettelyn aikana esittämät tosiseikkoja koskevat perustelut ja todisteet eivät osoittaneet tämän edellytyksen täyttymistä.

238 GSK:n esittämät tosiseikkoja koskevat perustelut ja todisteet, joilla se on pyrkinyt osoittamaan, että kohtuullinen osuus sen yleisistä myyntiehdoista koituvista hyödyistä jäisi käyttäjille ja että EY 81 artiklan 3 kohdan toinen soveltamisedellytys näin ollen täyttyi, on tämän vuoksi hylätty ensimmäisen edellytyksen tutkimisen vaikutuksesta, kuten komissio on istunnossa vahvistanut. Komissio on näet katsonut päätöksen 179 perustelukappaleessa, että koska GSK ei ollut osoittanut, että rinnakkaiskaupan rajoittamisella todella saavutettaisiin jompikumpi ensimmäisen edellytyksen mukaisista eduista, toinen edellytys ei myöskään voinut täyttyä, eikä sitä

näin ollen tarvinnut tutkia enempää. Vasta myöhemmin ja ainoastaan tyhjentävän vastauksen antaakseen komissio vastasi päätöksen 180–186 perustelukappaleessa perusteluihin, joita GSK oli esittänyt osoittaakseen, että rinnakkaiskaupasta ei koitunut hyötyä, josta kohtuullinen osuus olisi jäänyt käyttäjille.

239 EY 81 artiklan 3 kohdan kolmas ja neljäs soveltamisedellytys on tutkittu suppeasti, kuten komissio on ilmoittanut kirjelmissään ja sittemmin istunnossa, ja ne on vastaavasti myös olennaisilta osin hylätty edeltävän tutkinnan seurannaisvaikutuksesta. Esimerkiksi kolmas edellytys hylättiin päätöksen 187 perustelukappaleessa sillä perusteella, että koska ei ollut todisteita siitä, että yleisistä myyntiehdoista koituu etua, ei myöskään ollut tekijää, jonka välttämättömyyttä olisi voitu analysoida. Neljäs edellytys hylättiin päätöksen 188 perustelukappaleessa, koska GSK ei ollut esittänyt tälle edellytykselle perusteluita, joita se ei olisi jo esittänyt muussa yhteydessä ja joita ei olisi jo hylätty.

240 Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä on ennen kaikkea määrittää, onko komissio voinut päätellä, että GSK:n poikkeuslupahakemuksen tukena olleet tosiseikkoja koskevat perustelut ja todisteet eivät osoittaneet sitä, että EY 81 artiklan 3 kohdan ensimmäinen soveltamisedellytys täyttyi. Ainoastaan kielteisessä tapauksessa sen tehtävänä on myös ratkaista, onko komissio voinut päätellä, että ei ollut myöskään osoitettu, että tämän määräyksen kolme muuta soveltamisedellytystä olisivat täyttyneet.

241 Kun EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tehdyn päätöksen kumoamista koskevaa vaatimusta käsittelevä tuomioistuin tutkii monitahoisia taloudellisia arviointeja, sen valvonta rajataan asiakysymysten osalta koskemaan ainoastaan sitä, että tosiseikat pitävät paikkansa, ettei asiassa ole tehty ilmeistä arviointivirhettä ja että niistä tehdyt oikeudelliset luonnehdinnat ovat paikkansapitäviä (edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 501; edellä 109 kohdassa mainittu ns. Metro I -tapaus, tuomion 25 kohta; edellä 57 kohdassa mainittu asia Remia ym. v. komissio, tuomion 34 kohta ja edellä 55 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Aalborg Portland ym. v. komissio, tuomion 279 kohta).

242 Sen tehtävänä on paitsi tutkia esitettyjen todisteiden aineellinen paikkansapitävyys, luotettavuus ja johdonmukaisuus, myös tarkistaa, muodostavatko nämä todisteet merkityksellisten seikkojen kokonaisuuden, joka on otettava huomioon monitahoisen tilanteen arvioinnissa, ja voivatko kyseiset todisteet tukea päätelmiä, jotka niistä on tehty (asia C-12/03 P, komissio v. Tetra Laval, tuomio 15.2.2005, Kok. 2005, s. I-987, 39 kohta ja asia T-210/01, General Electric v. komissio, tuomio 14.12.2005, Kok. 2005, s. II-5575, 62 ja 63 kohta).

243 Sen tehtävänä ei sen sijaan ole korvata omalla arvioinnillaan sellaisen päätöksen tekijän taloudellista arviointia, jonka laillisuutta sen on määrä valvoa.

244 On huomattava, että komissiolla on erityisesti harkintavaltaa, jota koskeva tuomioistuimen harjoittama valvonta on rajallista, sellaisen toimen osalta, jossa sen jälkeen kun on selvitetty, että jokin niistä perusteista täyttyy, joiden perusteella poikkeus on EY 81 artiklan 3 kohdan nojalla mahdollinen, on verrattava keskenään etuja, jotka ovat odotettavissa sopimuksen täytäntöönpanosta, ja haittoja, joita siitä seuraa lopulliselle kuluttajalle niiden vaikutusten vuoksi, joita sillä on kilpailuun, ja tämä vertailu merkitsee tasapainottamista yleisen edun kannalta yhteisön tasolla.

245 Lisäksi komission päätöstä koskevaa valvontaa harjoitetaan yksinomaan sellaisten tosiseikkojen ja oikeudellisten seikkojen osalta, jotka olivat olemassa riidanalaisen päätöksen tekopäivänä, tämän vaikuttamatta asianosaisille annettavaan mahdollisuuteen täydentää näitä seikkoja puolustautumisoikeuksia käyttäessään todisteilla, jotka ovat tätä päivämäärää myöhempiä mutta jotka on koottu nimenomaan tämän päätöksen riitauttamiseksi tai puolustamiseksi (ks. edellä 58 kohta).

246 Tässä tapauksessa siitä seuraa, että todisteet, jotka eivät olleet olemassa päätöksen tekopäivänä ja joita ei ollut koottu nimenomaan sen riitauttamiseksi tai puolustamiseksi siltä osin kuin siinä päädytään hylkäämään GSK:n poikkeuslupa-

hakemus, ja erityisesti tosiseikat, jotka koskevat ajanjaksoa 2001–2005, ja tutkimukset, joiden otsikkoina oli "Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade", jonka toteutti York University toukokuussa 2003, "The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis", jonka toteutti London School of Economics and Political Sciences tammikuussa 2004, ja "Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union", jonka toteuttivat M. Ganslandt ja K. E. Maskus helmikuussa 2004, on jätettävä heti käsittelyn ulkopuolelle, kuten komissio on perustellusti korostanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin antamissaan vastauksissa ja istunnossa.

b) Tehokkuuden lisäysten olemassaolosta esitetty näyttö

247 Jotta sopimukselle voitaisiin myöntää poikkeus EY 81 artiklan 3 kohdan nojalla, sen on osaltaan tehostettava tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistettävä teknistä tai taloudellista kehitystä. Tällä edistämisellä ei tarkoiteta niitä kaikkia etuja, joita tähän sopimukseen osallistuvat yritykset saavat toiminnastaan, vaan sellaista huomattavaa objektiivista hyötyä, joka voi korvata sopimuksesta kilpailulle aiheutuvat haitat (ks. tuotannon tai jakelun tehostamisen osalta edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 502 ja 503; asia T-7/93, Langnese-Iglo v. komissio, tuomio 8.6.1995, Kok. 1995, s. II-1533, 180 kohta ja edellä 201 kohdassa mainittu asia Van den Bergh Foods v. komissio, tuomion 139 kohta; ks. kehityksen edistämisen osalta myös edellä 233 kohdassa mainittu asia Matra Hachette v. komissio, tuomion 108–111 kohta).

248 Komission tehtävänä on siis ensinnä tutkia, osoittavatko sille esitetyt tosiseikkoja koskevat perustelut ja todisteet vakuuttavalla tavalla, että kyseisen sopimuksen pitäisi mahdollistaa huomattavan objektiivisen hyödyn saaminen (ks. vastaavasti edellä 109 kohdassa mainittu ns. Metro I -tapaus, tuomion 43 kohta; edellä 58 kohdassa mainittu ns. Metro II -tapaus, tuomion 55 kohta; edellä 171 kohdassa

mainittu asia M6 ym. v. komissio, tuomion 143 kohta ja asia T-231/99, Joynson v. komissio, tuomio 21.3.2002, Kok. 2002, s. II-2085, 48 ja 49 kohta), jolloin hyödyt voivat ilmetä paitsi merkityksellisillä markkinoilla, myös muilla markkinoilla (asia T-86/95, Compagnie générale maritime ym. v. komissio, tuomio 28.2.2002, Kok. 2002, s. II-1011, 343 kohta).

249 Tämä toimenpide saattaa edellyttää tulevaisuuteen kohdistuvaa tarkastelua, missä tapauksessa on tutkittava, vaikuttaako esitettyjen tosiseikkoja koskevien perustelujen ja todisteiden perusteella todennäköisemmältä, että kyseisen sopimuksen pitäisi mahdollistaa huomattavan objektiivisen hyödyn saaminen vai että näin ei ole (ks. vastaavasti edellä 248 kohdassa mainittu asia Compagnie générale maritime ym. v. komissio, tuomion 365 kohta ja edellä 201 kohdassa mainittu asia Van den Bergh Foods v. komissio, tuomion 143 kohta; ks. myös vastaavasti edellä 242 kohdassa mainittu asia komissio v. Tetra Laval, tuomion 42 ja 43 kohta ja edellä 242 kohdassa mainittu asia General Electric v. komissio, tuomion 64 kohta).

250 Tarvittaessa komission tehtävänä on toiseksi arvioida, onko tämä huomattava objektiivinen hyöty omiaan korvaamaan haitat, joita kilpailulle on EY 81 artiklan 1 kohdan perusteella tehdyn tutkimuksen yhteydessä todettu aiheutuvan (ks. vastaavasti edellä 186 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Van Landewyck ym. v. komissio, tuomion 183–185 kohta).

251 GSK väittää tässä tapauksessa, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 pitäisi mahdollistaa hyödyn saaminen sekä merkityksellisiä markkinoita edeltävillä markkinoilla, koska sillä suositaan innovaatiota, että näillä markkinoilla, koska sillä optimoidaan lääkkeiden jakelu. Nämä markkinat liittyvät arvoketjun eri vaiheisiin, joten hyötyä saava lopullinen kuluttaja on sama.

252 Aluksi on siten selvitettävä, onko komissio voinut päätellä, että GSK:n tosiseikkoja koskevat perustelut ja todisteet, joiden tutkiminen edellytti tulevaisuuteen kohdistuvaa tarkastelua, eivät osoittaneet riittävällä todennäköisyydellä, että yleisten

myyntiehtojen lauseke 4 mahdollistaisi sellaisen huomattavan objektiivisen hyödyn saamisen, joka korvaisi innovaatiota suosimalla haitan, joka siitä aiheutui kilpailulle.

Huomattavan objektiivisen hyödyn olemassaolo

253 Kun otetaan huomioon GSK:n arvostelun luonne, on ensinnäkin esitettävä tosiseikkoja koskevat perustelut ja todisteet, joihin sen poikkeuslupahakemus tältä osin perustuu, ja tämän jälkeen toissijaisesti tarkasteltava tapa, jolla komissio on ne tutkinut.

254 Ensinnäkin päätöksen 90, 92–99, 151 ja 154 perustelukappaleessa sekä päätöksen 64–68 perustelukappaleessa, joihin niissä viitataan, käsitellään lyhyesti perustelut, joita GSK on esittänyt vakuuttaakseen komission siitä, että yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 piti mahdollistaa innovaation suosiminen.

255 Kuten päätöksestä ilmenee, nämä perustelut ovat jaettavissa kahteen osaan, jotka liittyvät läheisesti toisiinsa mutta ovat kuitenkin erillisiä. Kuten päätöksen 154 perustelukappaleen ensimmäisessä virkkeessä todetaan, yhtäältä GW:n Espanjassa myymien lääkkeiden rinnakkaiskauppa aiheuttaa tehokkuuden menetyksiä merkkien väliselle kilpailulle siltä osin kuin sillä heikennetään GSK:n innovointikykyä. Kuten kyseisen perustelukappaleen toisessa ja kolmannessa virkkeessä esitetään, toisaalta yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4 koituu tehokkuuden lisäystä merkkien väliselle kilpailulle siltä osin kuin sillä mahdollistetaan GSK:n innovointikyvyn vahvistaminen.

256 Kuten päätöksestäkin ilmenee, näitä kahta perustelujen osaa on kehitelty GW:n ilmoituksessa, GW:n täydentävässä ilmoituksessa ja ennen kaikkea tietyissä GSK:n hallinnollisen menettelyn aikana esittämissä taloudellisissa tai ekonometrisissä todisteissa, erityisesti komission väitetiedoksiantoon annetussa vastauksessa. Nämä todisteet on otettu asiakirja-aineistoon, suureksi osaksi sellaisten GSK:n kirjelmien liitteinä, joiden sisältöä ne tukevat ja täydentävät, ja muiden osalta prosessinjohto-toimiin annetuissa vastauksissa. Kyseessä ovat seuraavat asiakirjat:

– London Economicsin tekemä tutkimus, joka on otsikoitu "Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System : The Need for a New Approach to Parallel Imports"

– Frontier Economicsin tekemä tutkimus, joka on otsikoitu "Pharmaceutical Pricing in the EU – A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements"

– professori P. Reyn tekemä tutkimus, joka on otsikoitu "The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare"

– Frontier Economicsin tekemä tutkimus, joka on otsikoitu "The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I : Critique"

– professori P. Reyn tekemä tutkimus, joka on otsikoitu "The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II : Critique"

– A. Baxterin esitys, joka on otsikoitu "Glaxo Wellcome's R&D budgeting process".

257 Kun päätöstä ja muita edellisessä kohdassa mainittuja asiakirjoja luetaan kokonaisuutena, niistä ilmenee, että vaikka GSK:n perustelut jakautuvat eri asiakirjoihin, niiden esitystapa voi vaihdella ja niiden sisältö saattaa olla eriasteisesti kehitelty, kun otetaan huomioon erityisesti siinä asiakirjassa, johon ne sisältyvät, arvosteltu väitetiedoksiannon kohta, perustelut ovat lähinnä seuraavat.

258 Ensinnäkin GSK:n esittämien asiakirjojen mukaan GW:n Espanjassa myymien lääkkeiden rinnakkaiskauppa aiheuttaa tehokkuuden menetyksiä, koska

– patentoitujen ja kansallisesta sairausvakuutusjärjestelmästä korvattavien lääkkeiden alalle on ominaista se, että innovaatio on ratkaisevan tärkeä muuttuja merkkien välisessä kilpailussa

– innovaation varmistaa T & K -menojen taso, joka on sekä huomattavan suuri että suurempi kuin useimmilla muilla teollisuudenaloilla; GSK:n osalta nämä menot ovat noin 14 prosenttia liikevaihdosta eli noin 1,3 miljardia GBP

– koska investointi T & K:hon on kallista, riskialtista ja pitkän aikavälin toimintaa, se rahoitetaan pääasiassa omista varoista eikä lainoilla; GSK:n tapauksessa se rahoitetaan yksinomaan omista varoista

– T & K riippuu yhtäältä tämänhetkisistä tuloista ja toisaalta odotettavissa olevista tuloista; GSK:n tapauksessa sen rahoituskyvyn kohentumisen 230-kertaiseksi 1980- ja 1990-luvulla on mahdollistanut menestyslääkkeiden, erityisesti Zantacin olemassaolo, sillä Zantacin osuus sen maailmanlaajuisista voitoista oli 40 prosenttia vuoteen 1994 saakka

– rinnakkaiskauppa vähentää asianomaisen lääkeyhtiön tuloja (kaavamaisesti jokaista sellaista yksikköä, joka on myyty hintaan 100 lähtömaassa, vastaa yksikkö, jota ei ole myyty hintaan 100 + n kohdemaassa) ja estää siten mahdollisuuden käyttää kaiken kullakin kansallisilla markkinoilla saatavan myynnin osalta optimaalista hintaa eli hintaa, joka on vahvistettu kullekin jäsenvaltiolle kunkin jäsenvaltion omien mieltymysten perusteella

– tämä vaikutus keskittyy tiettyihin tuotteisiin ja tietyille maantieteellisille markkinoille; GSK:n tapauksessa tappiot koskevat lähinnä tiettyjä Yhdistyneessä kuningaskunnassa käytettäviä lääkkeitä

– tämä vaikutus on tärkeä, kun otetaan huomioon huomattava hintaero yhteisön eri jäsenvaltioissa voimassa olevien hintojen välillä; erityisesti Espanjan hinnan ja Yhdistyneen kuningaskunnan hinnan välinen ero oli vuonna 1998 kahdeksan rinnakkaiskaupan kohteena todennäköisimmin olevan lääkkeen (edellä 11 kohta) osalta vähintään 21 prosenttia ja enintään 132 prosenttia

– GSK toimittaa tässä yhteydessä luottamukselliset lukumääräiset arviot saamatta jääneestä voitosta, joka johtuu kaikista jäsenvaltioista lähtöisin olevasta Yhdistyneeseen kuningaskuntaan suuntautuneesta rinnakkaiskaupasta, joka liittyy kaikkiin sen lääkkeisiin, sekä saamatta jääneestä voitosta, joka johtuu Espanjasta lähtöisin olevasta, Yhdistyneeseen kuningaskuntaan suuntautuneesta rinnakkaiskaupasta, joka liittyy kahdeksaan rinnakkaiskaupan kohteena todennäköisimmin olevaan lääkkeeseen vuosien 1996, 1997 ja 1998 osalta

– rinnakkaiskauppa vähentää myös summaa, joka GSK:lla on oikeus vähentää T & K -investointeinaan voitoista, jotka otetaan huomioon määritettäessä sitä, ylittääkö se National Health Servicen vahvistaman investointien tuoton enimmäismäärän; GSK esittää tässä yhteydessä vuoden 1998 osalta luottamuksellisia lukumääräisiä arvioita sen vähennyksen määrästä, joka johtuu kaikista maista lähtöisin olevasta rinnakkaiskaupasta ja Espanjasta lähtöisin olevasta rinnakkaiskaupasta

– se, että lääkeyhtiö tekee edelleen muutoin ilmeisen merkittäviä voittoja, ei tarkoita sitä, että näillä perusteluilla ei olisi merkitystä, koska on otettava huomioon T & K -investointeja koskeva kirjausmenetelmä, niiden ajallinen jakautuminen, niiden keskimääräinen kustannus ja niihin liittyvän riskin määrä

– rinnakkaiskauppa vähentää myös T & K:n rahoituskykyä; GSK esittää tässä yhteydessä luottamuksellisia lukumääräisiä arvioita siitä, miten suuren prosenttiosuuden voitostaan ennen veroja se sijoittaa T & K:hon, ja sen T & K -budjetin pienentymisestä, joka vastaa Espanjasta lähtöisin olevan ja Yhdistyneeseen kuningaskuntaan suuntautuvan kahdeksan rinnakkaiskaupan kohteena todennäköisimmin olevan lääkkeen rinnakkaistuonnin aiheuttamia tulonmenetyksiä vuosina 1996–1998

– se, että tämä vähennys on määrällisesti rajoitettu, ei merkitse sitä, että tämä perustelu olisi asiaankuulumaton, koska kyseessä ovat ainoastaan Espanjasta lähtöisin olevan ja Yhdistyneeseen kuningaskuntaan suuntautuvan, kahdeksan rinnakkaiskaupan kohteena todennäköisimmin olevan lääkkeen rinnakkaiskaupan vaikutukset vuosina 1996–1998 ja koska määrällisesti pienellä vähennyksellä voi joka tapauksessa olla merkittäviä laadullisia vaikutuksia, koska niiden vuoksi hylätään kannattamattomampia tai riskialttiimpia hankkeita; GSK mainitsee yhdeksän tästä syystä hylättyä hanketta

– vastineeksi rinnakkaiskaupalla on hyvin vähän myönteisiä vaikutuksia, koska rinnakkaismyyjät eivät juuri kilpaile hinnalla ja pitävät itsellään huomattavan osan lähtöjäsenvaltiossa voimassaolevan hinnan ja kohdejäsenvaltiossa voimassa olevan hinnan välisestä erosta, koska hintaa alentava paine on vähäinen ja lopullinen kuluttaja saa siitä viime kädessä vain vähäistä hyötyä.

259 Toisaalta GSK:n esittämien asiakirjojen mukaan yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4 koituu tehokkuuden lisäystä, koska

– T & K -menot ovat maailmanlaajuisia ja siinä mielessä yhteisiä, että ne liittyvät toimintaan, jota harjoitetaan maailmanlaajuisesti ja joka ei merkittävältä osin ole kohdistettavissa yhteen tuotantopaikkaan tai yhteen tuotteeseen

– useimmissa jäsenvaltioissa lääkeyhtiöt eivät määrää hintojaan; ne suostuvat toimittamaan tavaraa kansallisille markkinoille, jos viranomaisten vahvistama hinta antaa niille mahdollisuuden kattaa marginaalikulunsa, mutta niiden on lisäksi onnistuttava kattamaan kaikki maailmanlaajuiset ja yhteiset T & K -menonsa kokonaan siellä, missä ne voivat menonsa kattaa

– yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 mukainen hintadifferointijärjestelmä mahdollistaa T & K -menojen kattamisen, koska sillä taataan se, että hinnat vahvistetaan kaikilla kansallisilla markkinoille lopullisten kuluttajien eli viime kädessä asianomaisen jäsenvaltion mieltymyksiä vastaavalle tasolle; sen ansiosta kyetään erityisesti estämään se, että Espanjan kuningaskunnan vahvistama hinta vietäisiin Yhdistyneeseen kuningaskuntaan

– alalla vallitseva innovaation aiheuttama vahva kilpailupaine takaa sen, että GSK toimii järkevän taloudellisen toimijan tavoin ja muuttaa tarvittavilta osin nämä ylimääräiset voitot T & K -investoinneiksi.

260 Toiseksi komissio on todennut päätöksen 151, 154, 155 ja 169 perustelukappaleessa, että ei ollut osoitettu, että rinnakkaiskauppa olisi vaikuttanut kielteisesti GSK:n T & K -toimintaan, eikä ainakaan ollut osoitettu, että rinnakkaiskauppa olisi vaikuttanut huomattavan kielteisesti tähän toimintaan.

261 Komissio on siksi lähinnä tutkinut päätöksen 157–168 perustelukappaleessa, oliko osoitettu, että rinnakkaiskauppa aiheuttaisi tehokkuuden menetyksiä, mihin se vastasi kieltävästi. Se ei siten pitänyt välttämättömänä tutkia yksityiskohtaisesti, oliko näytetty toteen, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 aiheuttaisi puolestaan tehokkuuden lisäystä, koska tätä kysymystä käsiteltiin vain satunnaisesti päätöksen 156 perustelukappaleessa.

262 Kun otetaan huomioon GSK:n esittämien tosiseikkoja koskevien perustelujen ja todisteiden asiaankuuluvuus, komission tutkimusta, joka koskee rinnakkaiskauppaan liittyviä tehokkuuden menetyksiä, näiden tehokkuuden menetysten laajuutta ja yleisten myyntiehtojen lausekkeeseen 4 liittyvää tehokkuuden lisäystä, ei voida pitää riittävänä tukemaan päätelmiä, jotka komissio on tältä osin tehnyt.

– GSK:n esittämien tosiseikkoja koskevien perustelujen ja todisteiden asiaankuuluvuus

263 On todettava, että GSK:n perustelut ja niiden tueksi esitetyt todisteet vaikuttavat sisällöltään asiaankuuluvilta, luotettavilta ja todennäköisiltä (edellä 83 kohdassa

mainitut yhdistetyt asiat Cimenteries CBR ym. v. komissio, tuomion 1838 kohta), ja niiden sisältöä tukevat puolestaan useat komissiolta peräisin olevien asiakirjojen merkittävät tiedot.

264 Esimerkiksi edellä 135 kohdassa mainitussa tiedonannossa KOM(98) 588 lopullinen, joka koskee lähinnä yhteismarkkinoiden syventämistä lääkealalla, mitä nyt käsiteltävä asia ei koske, käsitellään yhteyttä, joka komission mielestä vallitsee innovaation, rinnakkaiskaupan ja kilpailun välillä tällä alalla. Sen sanamuodon perusteella voidaan todeta, että edellä 135 kohdassa siteeratun rinnakkaiskaupan moniselitteistä vaikutusta lopullisen kuluttajan hyvinvointiin koskevan lausuman lisäksi komissio toteaa siinä seuraavaa:

– lääketeollisuus perustuu tutkimukseen (s. 3 ja 11), ja on ilmeistä, että kilpailu patentilla suojattujen lääkkeiden alalla on innovaatioiden osalta erittäin voimakasta (s. 16), mikä johtaa siihen, että markkinoille tuodaan jatkuvasti uusia tuotteita (s. 11); tuotteiden markkinoille saattamisen jälkeen on sen sijaan verrattain vähän dynaamista hintakilpailua (s. 16)

– lääketeollisuuden on maksettava T & K -investoinnit (s. 14), ja tätä tarkoitusta varten se tarvitsee riittävän kannattavuuden, jotta se kykenee kohdistamaan T & K:hon uusien tuotteiden kehittämiseen tarvittavat varat (s. 17 ja 23)

– vaikka Euroopan lääketeollisuus on vahva teollisuudenala, koska eurooppalaiset investoinnit T & K:hon kolminkertaistuivat vuonna 1997 verrattuna edellisiin 10 vuoteen, sen kilpailukyky on selvästi heikentynyt, mikä vahvistaa sen, että

tilanne on muuttumassa; yksi syy tähän tilanteeseen on se, että sen maailmanlaajuinen kannattavuus ja kannattavuusaste ovat huomattavasti paremmat Yhdysvalloissa kuin Euroopan unionissa (s. 4 ja 5)

– rahoittaakseen T & K -toimintansa lääketeollisuus pyrkii tekemään voittoja maailmanlaajuisesti (s. 3)

– jäsenvaltioiden välillä on merkittäviä eroja sekä yleisten makrotaloudellisten edellytysten (erityisesti keskimääräisen bruttokansantulon ja -varallisuuden osalta) että terveysjärjestelmien osalta; terveyskulujen ja tulojen välillä näyttää olevan positiivinen korrelaatio, vaikka tämä korrelaatio ei ole täydellinen (s. 5)

– jäsenvaltioiden välillä on myös hintojen osalta merkittäviä eroja, jotka voidaan selittää useilla tekijöillä; yksi näihin eroihin vaikuttavista tekijöistä näyttää olevan se, missä määrin jäsenvaltiot ovat ryhtyneet hintavalvontaan, vaikka on myös sellaisia suhdannetekijöitä kuin inflaatio ja valuuttavaihtelut (s. 6)

– euroon siirtymisen pitäisi tältä osin edistää vakaamman ympäristön aikaan saamista talous- ja rahaliittoon (EMU) osallistuville maille. Se tekee kuitenkin Euroopan markkinoilla vallitsevista hintaeroista huomattavasti näkyvämpiä, mikä saattaisi myös kannustaa tukkumyyjiä ja apteekkeja ryhtymään rajatylittäviin toimintoihin (s. 9)

– olisi äärimmäisen vaikeaa vahvistaa hintatasoa, joka olisi sopiva koko yhteisölle. Alhaisen hintatason valitsemisella olisi näet välitön suotuisa vaikutus terveydenhoitokulujen hillitsemisen kannalta (ainakin niissä valtioissa, joissa hinnat ovat tällä hetkellä korkeat), mutta se merkitsisi sitä, että Euroopan osuus lääkealan T & K -investointiponnistuksista jatkuvasti pienenisi, mikä saattaisi johtaa divestointeihin Euroopan taloudessa. Korkean hinnan vahvistamisesta saattaisi seurata sellaisten maiden kuluttajien ja maksajalaitosten hoitomahdollisuuksien rajoittaminen, joilla ei taloudellisten ja sosiaalisten olosuhteiden vuoksi ole varoja tämän hinnan maksamiseen (s. 14)

– lääkeyritykset käyttävät hintadifferointia erilaisen maksukyvyn huomioon ottamiseksi (s. 6).

265 Näitä innovaation asemaa sekä rinnakkaiskaupan ja hintadifferoinnin vaikutusta innovaatioon ei pidä tulkita siten, että GSK:n esittämät tosiseikkoja koskevat perustelut olisivat paikkansapitäviä perusteltuja tai että ne antaisivat täydellisen ja lopullisen kuvan komission näkemyksestä tämän monitahoisen kysymyksen osalta. Ne tukevat kuitenkin osaa näistä perusteluista ja taloudellisista selvityksistä, jotka sisältyvät niiden tueksi esitettyihin todisteisiin, ja osoittavat siten niiden luotettavuuden ja todenperäisyyden.

266 Komissio on korostanut ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, että edellä 135 kohdassa mainitussa tiedonannossa KOM(98) 588 lopullinen todettiin myös, että huolimatta merkittävistä hintaeroista jäsenvaltioiden välillä oli tarpeen omaksua yhteismarkkinoiden periaatteiden mukainen lähestymistapa, joka teki mahdottomaksi sen, että turvautuminen toimenpiteisiin, joilla jatketaan tai korostetaan yhteismarkkinoiden jakaantumista kansallisten rajojen mukaan, olisi perusteltavissa (s. 23). Lisäksi se selitti, että päätös oli tämän lähestymistavan mukainen. Tätä perustelua ei voida

kuitenkaan hyväksyä. Siinä näet oletetaan, että sopimus, jossa määrätään siitä, että patentoidut lääkkeet, jotka korvataan kansallisista sairausvakuutusjärjestelmistä, myydään eri hintoihin eri maantieteellisillä markkinoilla kuluista vastaavan lopullisen kuluttajan mieltymysten mukaisesti, ei todennäköisesti missään tapauksessa saa poikkeusta. EY 81 artiklassa ei määrätä tällaisesta.

267 Talousteorian yleisemmällä tasolla on korostettava, että komissio on esittänyt vastinekirjelmänsä liitteessä "Executive Summary" -nimisen lyhennelmän NERAn komission sisämarkkinoiden ja rahoituspalvelujen pääosaston lukuun tekemästä 8.2.1999 päivätystä tutkimuksesta, joka on otsikoitu "The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks". Tämä lyhennelmä, erityisesti sen sivulla 5 mainitut näkemykset, tukee tiettyjä selvityksiä, joita on esitetty todisteissa, joita GSK on esittänyt siitä intressistä, joka lääkeyhtiöllä saattaisi olla differoida hintoja niiden markkinoiden mukaan, joilla sen lääkkeitä myydään, ja lopullisten kuluttajien mieltymysten mukaan.

268 Näin ollen komissio, joka on EY 81 artiklan 1 kohdan nojalla tekemänsä tutkimuksen yhteydessä itse todennut yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 käyttöön otetun hintadifferointijärjestelmän olevan asianomaisten lääkkeiden kohdemaan perusteella syrjivä (edellä 174 kohta), ei voi väittää, kuten se on tehnyt ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamissaan vastauksissa, että tämä kysymys ei ole asiaankuuluva EY 81 artiklan 3 kohdan nojalla suoritettavan tutkimuksen yhteydessä. Se ei voi myöskään väittää, että GSK ei olisi viitannut siihen hallinnollisessa menettelyssä tai tämän oikeudenkäynnin aikana. GSK on päinvastoin uudelleen vedonnut siihen, että se pyrkii estämään sen, että niillä hinnoilla, jotka sille määrätään Espanjassa, vietäisiin lääkkeitä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, ja viitannut muun muassa ajatukseen, jonka mukaan se haluaa ottaa käyttöön hintadifferoinnin taatakseen sen, että sen lääkkeitä myydään Yhdistyneessä kuningaskunnassa aina siihen hintaan, jota se saa tässä jäsenvaltiossa käyttää, eikä hintaan, jonka Espanjan kuningaskunta sille määrää.

– Rinnakkaiskauppaan liittyvä tehokkuuden menetys

269 On korostettava, että päätelmä, jonka mukaan ei ole osoitettu, että rinnakkaiskauppa aiheuttaisi tehokkuuden menetystä sen vuoksi, että se muuttaisi GSK:n innovointikykyä, perustuu päätöksen 155–161 perustelukappaleeseen sisältyvään asian käsittelyyn, jossa ei oteta huomioon kaikkia tosiseikkoja koskevia perusteluja ja todisteita, jotka GSK on asianmukaisesti esittänyt, toisin kuin komissio on väittänyt kirjelmissään, eivätkä vakuuttavat todisteet tue tätä tutkimusta. Vaikka komission tehtävänä ei luonnollisestikaan ole tutkia kaikkia sille esitettyjä perusteluja, sen tehtävänä on sitä vastoin edellä 236 ja 242 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti tutkia riittävällä tavalla kaikki asiaankuuluvat perustelut ja tarvittaessa hylätä ne sen päätelmää tukevien seikkojen perusteella.

270 Näistä perusteluista ilmenee kaiken kaikkiaan, että GSK:ta koskeva kilpailuongelma ja ratkaisu, jota se oli siihen etsinyt, olivat seuraavat.

271 Lääkealalle on ensinnäkin ominaista innovaatiokilpailun tärkeys. T & K on kallista ja riskialtista. Sen kustannukset koostuvat kiinteistä kuluista (jotka eivät liity myytyjen lääkkeiden lukumäärään), yhteiskuluista (jotka aiheutuvat tuotannon ja jakelun aikaisemmassa vaiheessa ja jotka eivät osittain liity mihinkään tiettyyn lääkkeeseen) ja maailmanlaajuisista kuluista (jotka eivät liity mihinkään tiettyyn maahan). Se rahoitetaan yleensä omin varoin eikä lainoilla. Se edellyttää siten optimaalista tulovirtaa. Tulojen optimointi voidaan varmistaa mukauttamalla lääkkeiden hinta kuluttajien mieltymyksiin, silloin kun ne poikkeavat toisistaan. Hintadifferointi mahdollistaa siten varojen keräämisen T & K -menoihin sellaisilta kuluttajilta, jotka ovat valmiita ne maksamaan. Tämä hintadifferointikäytäntö, joka on esitetty tässä yksinkertaistetussa muodossa, tunnetaan taloustieteilijöiden keskuudessa nimellä "Ramsey Pricing" (Ramseyn hinnoittelu).

272 Toiseksi tämän käytännön käyttöönotolle lääkealalla ovat ominaisia tietyt erityispiirteet. Kun lääkkeitä suojaa patentti, niiden hinta voidaan valmistajan erityisen intressin mukaisesti pitää marginaalikuluja ylemmällä tasolla patentin voimassaolon ajan. Koska nämä samat lääkkeet korvataan kansallisista sairausvakuutusjärjestelmistä, niiden hinnat on kuitenkin suoraan (hintavalvonta) tai epäsuorasti (voittojen valvonta) pidettävä yleisen edun nimissä tasolla, joka ei ole liian paljon marginaalikuluja korkeampi. Tämän ylityksen suuruus kuvaa lopullisen kuluttajan mieltymystä eli lähinnä kansallista sairausvakuutusjärjestelmää. Jos järjestelmä on verrattain herkkä lääkkeen hinnalle, ylitys on yleensä vähäinen; mikäli järjestelmä ei ole kovin herkkä tälle hinnalle, ylitys on yleensä huomattava. Käytännössä herkkyys riippuu eri tekijöistä, kuten elintasosta tai julkisten varojen tilanteesta. Se osa T & K -menoista, jonka tuotteiden valmistajat saavat takaisin, vaihtelee siten jäsenvaltiosta toiseen niiden tulojen mukaan, joihin voimassa olevat hinnat antavat mahdollisuuden. Tässä tapauksessa GSK kykenisi sovellettavan lainsäädännön perusteella saamaan nimenomaan Yhdistyneestä kuningaskunnasta T & K:sta aiheutuvista kuluista maailmanlaajuisten kulujen ja yhteiskulujen osuuden.

273 Kolmanneksi rinnakkaiskauppa vähentää tosiasiallisesti näitä tuloja, vaikka vähennyksen suuruudesta ei olekaan varmaa tietoa. Tälle käytännölle, jota taloustieteilijät kutsuvat nimellä "free riding" (parasitismi), on ominaista se, että väliportaan kauppias jättää perinteisen roolinsa arvoketjussa ja alkaa harjoittaa arbitraasia ja saa siten suuremman osuuden voitosta. Kilpailuoikeuden kannalta ei sinänsä ole kiinnostavaa se, onko tämä varallisuuden siirto valmistajalta väliportaan kauppiaalle laillinen, sillä kilpailuoikeudessa huolehditaan ainoastaan sen vaikutuksista lopullisen kuluttajan hyvinvointiin. Siltä osin kuin väliportaan kauppias osallistuu merkin sisäiseen kilpailuun, rinnakkaiskauppa voi edistää kilpailua. Lääkealalla tähänkin toimintaan liittyy kuitenkin erityispiirteitä, sillä se ei tuo merkittävää lisäarvoa lopulliselle kuluttajalle.

274 Neljänneksi yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 pyritään optimoimaan tulot ja korvaamaan rinnakkaiskaupan vaikutus. Sillä rajoitetaan GW:n tukkumyyjille aiemmin annettua mahdollisuutta myydä Espanjan ulkopuolelle lääkkeitä, jotka on ostettu kiinteään hintaan Espanjan sairausvakuutusjärjestelmästä korvattaviksi. Siinä

ei siten sallita sitä, että lääkkeet myydään toisissa jäsenvaltioissa tiettyyn hintaan asianomaisesta kansallisesta sairausvakuutusjärjestelmästä korvattaviksi. Voiton säilyminen valmistajalla aiheuttaa todennäköisesti tehokkuuden lisäyksen verrattuna tilanteeseen, jossa voitto jaetaan väliportaan toimijan kanssa, koska rationaalisella valmistajalla, joka kykenee takaamaan innovaatioidensa kannattavuuden ja joka toimii alalla, jolle on tunnusomaista voimakas innovaatiokilpailu, on täysi syy sijoittaa ainakin osa tuloksensa ylijäämästä innovaatioon.

275 Jo päätöksen 155–161 perustelukappaleen rakenne osoittaa sen, että sen jälkeen kun komissio oli myöntänyt innovaatiokilpailun merkityksen kyseisellä alalla, se ei ryhtynyt tutkimaan tarkasti tosiseikkoja koskeneita perusteluja ja todisteita, joita GSK oli esittänyt T & K -investointien luonteesta, T & K -rahoituksen ominaisuuksista, T & K:n rahoituskyvystä, rinnakkaiskaupan vaikutuksista siihen ja sovellettavasta lainsäädännöstä, vaan pitäytyi, kuten päätöksen 155 perustelukappaleesta ilmenee, huomautuksiin, jotka ovat vähintäänkin osittaisia eivätkä, kuten GSK perustellusti huomauttaa, kovin asiaankuuluvia tai vakuuttavia.

276 Tällainen laiminlyönti on erityisen vakava silloin, kun komission on ratkaistava, täyttyvätkö EY 81 artiklan 3 kohdan soveltamisedellytykset lääkealalle ominaisessa oikeudellisessa ja taloudellisessa asiayhteydessä, jossa kilpailua vääristävät kansalliset säännökset. Tämän seikan vuoksi komission on näet tutkittava erityisen tarkasti perustelut ja todisteet, joita esittää EY 81 artiklan 3 kohtaan vetoava henkilö.

277 Esimerkiksi päätöksen 157 perustelukappaleen ensimmäinen virke, joka koskee T & K -päätösten taustalla olevia tekijöitä, perustuu yhteen asiakirja-aineistossa olevista taloudellisista tutkimuksista mutta antaa siitä vain osittaisen kuvan, joka ei ole kovin vakuuttava. Tässä tutkimuksessa tosiaankin todetaan, että rinnakkais-

kauppa ei ole T & K -päätösten tärkein taustavoima. Siinä lisätään kuitenkin heti perään, että näitä päätöksiä tehdään muun muassa nykyisten tulojen tason ja kehitteillä olevien tuotteiden odotetun kannattavuuden perusteella, kuten kyseisen perustelukappaleen toisessa virkkeessäkin todetaan. Kyseessä ovat tekijät, joihin GSK väittää rinnakkaiskaupan vaikuttavan kielteisesti, minkä komissio hyväksyy saman perustelukappaleen kolmannessa virkkeessä. Näin ollen komissio ei olisi saanut jättää syventämättä tutkimustaan tältä osin, kun otetaan huomioon sen tueksi esitetyt todisteet.

278 Päätöksen 157 perustelukappaleen loppuosassa tyydytään puolestaan ainoastaan viittaamaan mahdollisuuksiin, joita GSK:lla olisi vastata tehokkuuden menetykseen, joka sille voi aiheutua rinnakkaiskaupasta, ja joihin kuuluu muiden budjettikohtien pienentäminen tai se, että se käyttää siihen osan huomattavista voitoistaan, joten siinä ei vastata väitteisiin, joiden mukaan GSK:lla olisi täysi syy investoida T & K:hon merkkien välisen innovaatiokilpailun voimakkuuden vuoksi ja joiden mukaan sen on rinnakkaiskaupan vuoksi mahdotonta saada täyttä hyötyä tästä investoinnista kyetäkseen investoimaan uudelleen T & K:hon. Siinä jätetään niin ikään huomiotta GSK:n perustelut, joiden mukaan sen voittojen merkitystä vähentää niiden kirjauskäytäntö.

279 Näin ollen rinnakkaiskaupan ja T & K:n välistä korrelaatiota koskevaa kysymystä ei olisi saanut jättää käsittelemättä perusteellisemmin eikä tyytyä lyhytsanaiseen päätelmään, jonka mukaan ei ollut osoitettu, että rinnakkaiskaupan (tai sen rajoittamisen) ja T & K:n välillä oli syy-yhteys, kuten päätöksen 151, 154, 155 ja 159 perustelukappaleessa todetaan.

280 Koska komissio on kirjelmissään hyödyntänyt päätöksen 169 perustelukappaleen sanamuodon moniselitteisyyttä selittäessään sitä, että GSK ei ollut myöskään osoittanut syy-yhteyden olemassaoloa yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 ja siltä odottamansa tehokkuuden lisäyksen välillä vaan näiden kahden osatekijän suoran yhteyden, on korostettava, että tätä väitettä, johon vedottiin vielä istunnossakin, ei voida hyväksyä. Tätä erottelua ei näet ole tehty päätöksen 155–161 perus-

telukappaleessa, joihin 169 perustelukappaleessa viitataan, koska niissä päätellään vivahteettomasti, että yleisten myyntiehtojen ja teknisen kehityksen edistämisen välillä ei ollut yhteyttä. Tästä erottelusta ei määrätä myöskään EY 81 artiklan 3 kohdassa, jossa sallitaan poikkeuksen myöntäminen sellaisille sopimuksille, jotka lisäävät tehokkuutta, eikä tehdä eroa sen mukaan, onko tämä vaikutus suora vai epäsuora, eikä eroa lähtökohtaisesti voida tehdä silloin, jos perustamissopimuksessa ei tehdä eroa (edellä 110 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Consten ja Grundig v. komissio, tuomion s. 493). Edellä 247 ja 248 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti kaikki tehokkuuden lisäyksen muodossa koituvat edut on siis otettava huomioon sillä edellytyksellä, että ne ovat objektiivisia ja huomattavia ja että niiden olemassaolo osoitetaan vakuuttavalla tavalla.

– Rinnakkaiskauppaan liittyvän tehokkuuden menetyksen laajuus

281 On todettava, että toissijaista päätelmää, jonka mukaan ei ole ainakaan osoitettu, että rinnakkaiskauppa aiheuttaisi huomattavia tehokkuuden menetyksiä muuttamalla GSK:n innovointikykyä, ei tueta vakuuttavalla tavalla, ja että tämän päätelmän perustana olevassa pohdinnassa, joka sisältyy päätöksen 159 ja 162–168 perustelukappaleeseen, ei oteta huomioon kaikkia tältä osin asiaankuuluvasti esitettyjä seikkoja. Tästä pohdinnasta ilmenee lähinnä, että GSK:n väittämät tehokkuuden menetykset ovat vähäisiä ensinnäkin ajallisesti, koska ne selittyvät vähemmän hintaeroilla, jotka liittyvät yhteisön jäsenvaltioiden eri säännösten olemassaoloon, kuten päätöksen 162 ja 163 perustelukappaleessa todetaan, kuin vuosina 1996–1998 tapahtuneilla valuuttavaihteluilla, kuten päätöksen 164–166 perustelukappaleessa todetaan. Siitä ilmenee lisäksi, että tehokkuuden menetys on aineelliselta kannalta rajoitettu, kuten päätöksen 167–169 perustelukappaleessa todetaan.

282 Riippumatta siitä, että Espanjan hinnat eivät ole huomattavasti yhteisön keskitasoa alemmat, kuten päätöksen 162 ja 163 perustelukappaleessa todetaan, ja että tämän toteamuksen merkitys on vähäinen sen vuoksi, että kansalliset hinnat ovat rakenteellisesti eri tasoilla jäsenvaltioilla tällä alalla olevan lainsäädäntövallan vuoksi tai että ei vaikuta siis taloudelliselta kannalta ilmeisen tyydyttävältä tehdä päätelmiä

yhteisön hypoteettisten keskiarvojen perusteella, on todettava, että komissio on tehnyt ilman vakavasti otettavaa asian käsittelyä viime kädessä päätöksen 164 ja 165 perustelukappaleessa päätelmän siitä, että Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välinen rinnakkaiskauppa oli vuosina 1996–1998 satunnaista ja vähäistä.

283 Kuten GSK:n kirjelmistä ilmenee, se ei kiistä sitä, että valuuttavaihtelut, erityisesti spekulatiiviset Englannin puntaan kohdistuneet valuuttaliikkeet EMU:n loppuvaiheen lähestyessä, edistivät syklisesti GW:n Espanjassa myymien lääkkeiden rinnakkaiskauppaa vuosina 1996–1998. GSK väittää kuitenkin, että niin huomattava kuin tämä syklinen vaikutus on saattanutkin olla, se on vain raskauttava tekijä, koska rinnakkaiskauppaan liittyy valuuttavaihteluista riippumatta se, että erilaisten kansallisten säännösten olemassaolo johtaa siihen, että hinnat ovat rakenteellisesti erilaisia yhteisön jäsenvaltioissa.

284 Tämä perustelu on asiaankuuluva, ja todisteita, joihin se nojautuu, tukevat sekä edellä 264 kohdassa olevat tiedonannon KOM(98) 588 lopullinen sitaatit että päätös itse. Päätöksen 31, 32 ja 53 perustelukappaleessa näet todetaan, että valuuttavaihtelut, jotka jo luonnostaan vaikuttavat syklisesti rinnakkaiskauppaan, ovat vain yksi tärkeä monimutkaistava sellaisen ilmiön osatekijä, jonka rakenteellinen selitys on se, että yhteisön eri jäsenvaltioissa on eri hinnat samalle lääkkeelle.

285 Tämä tilanne ei tosin sinänsä olisi estänyt komissiota katsomasta, että Espanjan kuningaskunnan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välille vuosina 1996–1998 syntynyt rinnakkaiskauppa oli erityistapaus, joka johtui lähinnä Englannin punnan (GBP) arvon noususta Espanjan pesetaan (ESP) nähden.

286 Komission mainitsemat numerotiedot ovat kuitenkin liian moniselitteisiä, jotta ne voisivat olla vakuuttavalla tavalla tämän päätelmän pohjana. Päätöksen mukaan GBP:n arvo nousi 30 prosenttia ESP:hen nähden lokakuun 1996 ja huhtikuun 1998 välisenä aikana. Tämän ajanjakson aikana Espanjasta lähtöisin olevan rinnakkaistuonnin osuus Yhdistyneeseen kuningaskuntaan kohdistuneen rinnakkaiskaupan kokonaismäärästä pysyi määrältään vakaana (noin 40 prosenttia), kun tämän rinnakkaistuonnin arvo puolestaan kasvoi (noin 20 miljoonasta GBP:sta vuonna 1996 noin 42 miljoonaan GBP:aan vuonna 1998). Kuten komissio esitti viime kädessä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kysymyksiin antamissaan vastauksissa, tämä johtuu siitä, että GBP:n arvon nousu on lisännyt rinnakkaistuontia muista jäsenvaltiosta. Tämä vahvistaa kuitenkin myös sen, että sekä ennen GBP:n arvon nousua että sen jälkeen suurin osa (noin 40 prosenttia) Yhdistyneeseen kuningaskuntaan kohdistuvasta rinnakkaistuonnista on lähtöisin Espanjasta, ja loppuosa jakautuu muiden lähtöjäsenvaltioiden kesken. Se ei siten ole riittävä vastaus GSK:n väitteeseen, jonka mukaan GBP:n arvon nousu ei muuta Espanjasta lähtöisin olevan rinnakkaiskaupan aiheuttaman ongelman rakenteellista alkuperää, vaikka se on epäilemättä pahentanut sitä.

287 Komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin antamassaan vastauksessa esittämä perustelu, jonka mukaan Espanjasta lähtöisin olevan rinnakkaistuonnin kasvu ajanjaksolla 1996–1998 selittyi sillä, että Espanjan kuningaskunnan liittymisasiakirjan 47 ja 209 artiklassa määrätty siirtymäkausi päättyi 6.10.1995, ja sillä aikaa patentin haltija pystyi käyttämään tähän patenttiin perustuvia oikeuksiaan vastustaakseen Espanjassa itse myymiensä tai sen suostumuksella myytävien lääkkeiden maahantuontia, ei muuta tätä päätelmää, koska se ei selvästikään koske ilmoituspäivän jälkeistä ajanjaksoa, johon GSK:n perustelut liittyvät.

288 Kuten päätöksen 15, 18 ja 55 perustelukappaleesta ilmenee, GSK ilmoitti hallinnollisessa menettelyssä, että vaikka yleisiä myyntiehtoja sovellettiin 82 lääkkeeseen, rinnakkaiskauppa koski lähinnä kahdeksaa niistä. Kuten päätöksen 22 ja 35 perustelukappaleesta lisäksi ilmenee, GSK esitti niin ikään, että vaikka näitä yleisiä myyntiehtoja sovellettiin riippumatta asianomaisten lääkkeiden lopullisesta kohteesta, ne koskivat lähinnä rinnakkaiskauppaa Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välillä. Se antoi komissiolle siis lähinnä, vaikkakaan ei yksinomaan, lukuja, jotka koskivat ensinnäkin Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välisiä hintaeroja, toiseksi Becloforten, Beconasen, Becotiden, Flixotiden, Imigranin,

Lamictalin, Sereventin ja Ventolínin rinnakkaiskauppaa Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välillä ajanjaksolla 1996–1998 ja kolmanneksi vaikutusta, joka sillä oli sen tuloihin ja T & K -budjettiin. Nämä luvut mainitaan päätöksen 55, 59–67, 70, 83, 92, 98 ja 99 perustelukappaleessa.

289 Kuten päätöksen 70 ja 71 perustelukappaleesta lisäksi ilmenee, GSK on täsmentänyt, että rinnakkaiskauppa tapahtui virallisesti valvottujen jakelukanavien ulkopuolella, ja lisäsi, että komissiolle annetut luvut olivat arvioita, jotka saattoivat olla epäluotettavia mutta joita se ei kyennyt tarkentamaan. Näiden vastauskirjelmässä esitettyjen tosiseikkoja koskevien väitteiden paikkansapitävyyttä ei ole kiistetty.

290 GSK väittää perustellusti, että sen lisäksi, että nämä luvut eivät ole ilmeisen virheellisiä, niitä oli pidettävä otoksena, joka osoitti sen, että tehokkuuden menetykset eivät olleet satunnaisia ja vähäisiä vaan yleisempiä ja todennäköisesti jatkuvia menetyksiä.

291 Ensin mainitun seikan osalta on muistettava, että vaikka komissio on tutkiessaan sitä, voisiko yleisten myyntiehtojen lauseke 4 olla haitallinen, suostunut keskittymään kahdeksaan lääkkeeseen, joita Espanjan ja Yhdistyneen kuningaskunnan välinen rinnakkaiskauppa lähinnä koskee, kuten se on todennut päätöksen 18, 56, 57 ja 69 perustelukappaleessa, se on ottanut huomioon myös muiden lääkkeiden rinnakkaiskauppaan liittyvän verkostovaikutuksen Espanjan ja muiden jäsenvaltioiden välillä, kuten päätöksen 72–75, 117, 126, 140 ja 144 perustelukappaleesta ilmenee. Nimenomaan tämä verkostovaikutus on tehnyt merkittäväksi yhden kilpailunrajoituksen, joka olisi päätöksen 133 perustelukappaleen mukaan ollut marginaalinen yksin Yhdistyneen kuningaskunnan tasolla. Komissio ei selitä millään tavoin, miksi sen täytyi noudattaa erilaista lähestymistapaa tutkiessaan sitä, voisiko yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4 olla etua, ja nojautua yksinomaan GSK:n sille toimittamiin lukuihin, kun otetaan huomioon se, miten vaikeaa on tietää rinnak-

kaiskaupan todellista tilannetta, ja se, että komissio suostui pitämään GSK:n toimittamia lukuja otoksena.

292 Jälkimmäisen seikan osalta on todettava, että rinnakkaiskauppa on ilmiö, joka saattaa pitkittyä komission arvioimaa lyhyttä ajanjaksoa pidemmäksikin, ei yksinomaan sen mahdollistamien hintaerojen pysyvyyden vuoksi vaan myös valuuttavaihtelujen syklisyyden vuoksi siltä osin kuin nämä vaihtelut jatkuvat. Komissio myöntää tämän edellä 135 kohdassa mainitussa tiedonannossaan KOM(98) 588 lopullinen. Se myöntää myös vastineessaan, että valuuttavaihtelut ovat edelleen todellisia niiden jäsenvaltioiden osalta, jotka eivät siirtyneet EMU:n kolmanteen vaiheeseen vuonna 1999, ja niihin kuuluu nimenomaan Yhdistynyt kuningaskunta.

293 Tässä yhteydessä GSK:n toimittamien lukujen otos paljastaa tietyn suuntauksen. Päätöksen 168 perustelukappaleeseen sisältyvä komission kysymys, joka koski sitä, että GSK:n bruttotulomenetyksistään vuodelta 1998 esittämä luku saattoi olla yliarvioitu, ei kyseenalaista tätä päätelmää. Tältä osin 14.12.1998 ja 14.2.2000 esitetty luku on suurempi kuin kahta edellistä vuotta koskenut luku, kuten päätöksen 67 perustelukappaleesta ilmenee. Lisäksi GSK:n selitys, jonka mukaan tässä yhteydessä aikaisemmin eli 28.7.1998 esitetty luku oli arviointi mutta joulukuussa 1998 ja helmikuussa 2000 esitetty luku todellinen sen vuoksi, että yleisiä myyntiehtoja oli sovellettu keväästä syksyyn 1998, kuten päätöksen 19, 23, 26, 64, 67 ja 168 perustelukappaleesta ilmenee, oli riittävän uskottava, jotta se olisi pitänyt tutkia perusteellisesti.

– Yleisten myyntiehtojen lausekkeeseen 4 liittyvä tehokkuuden lisäys

294 On korostettava, että kuten GSK perustellusti väittää, komissio ei ole tutkinut perusteellisesti sen tosiseikkoja koskevia perusteluja ja todisteita, jotka eivät liittyneet enää rinnakkaiskaupan haittoihin vaan yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 etuihin.

295 Kun otetaan huomioon yhtäältä GSK:n perustelujen rakenne ja toisaalta hallinnollisen menettelyn aikana tästä käyty keskustelu, päätöksessä ei olisi saanut jättää tutkimatta ensinnäkään sitä, aiheuttiko rinnakkaiskauppa tehokkuuden menetyksiä lääketeollisuudelle yleensä ja GSK:lle erityisesti. Ainoastaan siinä tapauksessa, että tätä ei olisi millään tavoin kiistetty, komissio olisi voinut pätevästi jättää tämän seikan tutkimatta (ks. vastaavasti edellä 248 kohdassa mainittu asia Compagnie générale maritime ym. v. komissio, tuomion 345 kohta).

296 Kun verrataan GSK:n esittämiä todisteita ja muita todisteita, joihin komissio viittaa päätöksessä, vertailusta ilmenee selvästi, että lääkealalla rinnakkaiskaupan vaikutus kilpailuun on moniselitteinen, koska tehokkuuden lisäys, joka siitä aiheutuu merkin sisäiselle kilpailulle, jonka merkitystä rajoittaa sovellettava lainsäädäntö, on suhteutettava tehokkuuden menetykseen, joka siitä saattaa aiheutua merkkien väliselle kilpailulle, jonka merkitys on keskeinen.

297 Näin ollen komissio ei olisi saanut pidättyä tutkimasta toiseksi, oliko yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 perusteella mahdollista palauttaa GSK:n innovointikyky ja saada tältä osin aikaan tehokkuuden lisäystä merkkien väliselle kilpailulle.

298 Tämä oli myös sen tulevaisuuteen kohdistuvan tarkastelun ydin, joka komission olisi pitänyt tehdä vastatessaan GSK:n poikkeuslupahakemukseen. Edellä 247 kohdassa mainittu vakiintunut oikeuskäytäntö edellyttää näet sen selvittämistä, liittyykö sopimukseen, joka on kielletty siitä kilpailulle aiheutuvan haitan vuoksi (EY 81 artiklan 1 kohta), sellainen etu, joka voi korvata tämän haitan (EY 81 artiklan 3 kohta).

299 Komission tehtävänä oli siis vielä tutkia GSK:n väitteet, jotka liittyivät yleisten myyntiehtojen lausekkeelta 4 odotettuihin etuihin. Päätöksen 156 perustelukappaleessa, joka on ainoa perustelukappale, josta ilmenee tätä koskevat pohdinnat, todetaan tältä osin lähinnä seuraavaa:

"Lääkeyhtiöt voivat itse päättää, kuinka paljon ne tahtovat investoida T & K:hon. Näin ollen säästöt, joita rinnakkaiskaupan estämisellä mahdollisesti saavutetaan, eivät automaattisesti johda suurempiin T & K -investointeihin. On mahdollista, että säästöt lisätään yhtiöiden voittoihin. On selvää, että lisävoittojen saavuttaminen yksinään ei ole poikkeuksen peruste. Tämän osalta [GSK:n] peruste merkitsisi, että [EY 81 artiklan 3 kohdan] ensimmäinen edellytys täyttyisi jokaisen sopimuksen osalta, jonka voitaisiin katsoa lisäävän T & K -toimintaa harjoittavan yrityksen tuloja. Edellytyksellä ei myöskään olisi merkitystä, koska jokainen kilpailua rajoittava sopimus todennäköisesti lisää yrityksen tuloja."

300 GSK ei ole väittänyt, että lisävoittojen luomisen pitäisi yksinään olla hyväksyttävä peruste poikkeukselle. Se on päinvastoin väittänyt, että rinnakkaiskauppa esti sitä saamasta voittoja, jotka olivat välttämättömiä sen T & K:n optimaaliseksi rahoittamiseksi, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 mahdollisti sen, että se kasvattaisi tulojaan, ja että sillä olisi täysi intressi, kun otetaan huomioon merkkien välisen kilpailun intensiivisyys, innovaation keskeinen asema tässä kilpailussa ja T & K:n rahoitustavat, investoida osa tästä ylijäämästä T & K:hon voittaakseen kilpailijansa tai välttääkseen sen, että se joutuisi niiden voittamaksi. Se on toisin sanoen vedonnut siihen, että sen yleisille myyntiehdoille piti myöntää poikkeus, koska niiden välittömänä vaikutuksena ei ollut yksinomaan sen tulojen kasvattaminen vaan erityisesti seurannaisvaikutuksena sen innovointikyvyn lisääminen. Lisäksi se on väittänyt, että tätä etua piti verrata siihen, että jos tämän ylijäämän saisivat rinnakkaismyyjät, siitä ei koituisi etua, koska rinnakkaismyyjien ei tarvitsisi ryhtyä todelliseen keskinäiseen kilpailuun, joten ne alentaisivat hintoja vain siinä määrin kuin se on tarpeen vähittäismyyjien houkuttelemiseksi, ja ne pitäisivät siten suurimman osan tästä ylijäämästä itsellään, kuten se on istunnossakin todennut.

301 Komissio ei olisi saanut tyytyä hylkäämään näitä perusteluja heti aluksi sillä perusteella, että GSK:n kuvaama etu ei välttämättä olisi toteutunut, kuten se on tehnyt päätöksen 156 perustelukappaleessa, vaan sen olisi pitänyt oikeuskäytännön mukaisesti tutkia niin konkreettisesti kuin mahdollista tulevaisuuteen kohdistuvan tarkastelun yhteydessä, oliko nyt käsiteltävään asiaan liittyvissä olosuhteissa ja sille esitettyjen todisteiden valossa todennäköisempää, että GSK:n kuvaamat edut toteutuisivat, vai että näin ei päinvastoin olisi (edellä 248 kohdassa mainittu asia Compagnie générale maritime ym. v. komissio, tuomion 365 kohta). Se ei olisi saanut katsoa lopullisesti ja perustelematta, että GSK:n esittämiä tosiseikkoja koskevia perusteluja ja todisteita oli pidettävä hypoteettisina, kuten se väitti vielä istunnossa.

302 Lisäksi komissio on vastatessaan tätä koskeviin istunnossa esitettyihin kysymyksiin myöntänyt useaan kertaan, että päätelmiä oli tehtävä todennäköisyyksien perusteella, mutta lisännyt, että tältä osin piti olla tarkka, ja vedonnut lähinnä siihen, että tässä tapauksessa esitettyjen todisteiden ja erityisesti GSK:n laatimien numerotietojen perusteella vaikutti todennäköisemmältä, että etu, johon vedottiin, ei toteutuisi. Päätöksessä omaksuttu päättely ei ole kuitenkaan tällainen.

303 Edellä esitetyn perusteella päätöksestä ilmenevä asian käsittely on puutteellinen, koska komissio ei ole ottanut asianmukaisella tavalla huomioon kaikkia GSK:n asianmukaisesti esittämiä tosiseikkoja koskevia perusteluja ja todisteita, koska se ei ole osoittanut paikkansapitämättömiksi tiettyjä näistä perusteluista, vaikka ne olivat riittävän asiaankuuluvia ja toteennäytettyjä, jotta ne olisivat edellyttäneet vastausta, ja koska se ei ole tukenut oikeudellisesti riittävällä tavalla päätelmäänsä, jonka mukaan ei ollut osoitettu, että rinnakkaiskauppa aiheuttaisi tehokkuuden menetystä muuttamalla huomattavasti GSK:n innovointikykyä ja että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 oli omiaan mahdollistamaan tehokkuuden lisäyksen saamisen parantamalla innovointikykyä.

Vertailu

304 Koska komissio päätyi tutkiessaan GSK:n esittämiä tosiseikkoja koskevia perusteluja ja todisteita siihen, että ne eivät osoittaneet huomattavan objektiivisen hyödyn

olemassaoloa, se ei ryhtynyt monitahoiseen arviointiin (ks. edellä 241 kohta), joka olisi merkinnyt yhtäältä tämän hyödyn ja toisaalta päätöksen EY 81 artiklan 1 kohdan soveltamista koskevassa osassa yksilöidyn kilpailulle aiheutuvan haitan vertailemista, kuten se on useaan kertaan korostanut istunnossa.

305 Se on näet arvioinut päätöksen 151 perustelukappaleessa, että GSK ei ollut osoittanut, että yleisten myyntiehtojen lausekkeeseen 4 sisältyisi hyötyjä, ja päätöksen 152 perustelukappaleessa, että näissä olosuhteissa vertailu ei ollut lainkaan tarpeen, joskin se lisäsi, että vaikka sen pitäisi tutkia tämä kysymys, tästä lausekkeesta aiheutuvat haitat olisivat joka tapauksessa suurempia kuin sen hyödyt.

306 Kuten edellä esitetyistä perusteluista ilmenee, komission päätelmä, jonka mukaan näyttöä huomattavan taloudellisen hyödyn olemassaolosta ei ollut esitetty, ei perustu asianmukaiseen asian käsittelyyn (edellä 303 kohta). Sen päätelmä, jonka mukaan yleisten myyntiehtojen lausekkeella 4 rajoitetaan kilpailua, on puolestaan perusteltu ainoastaan siltä osin kuin siinä katsotaan, että tällä lausekkeella evätään kansallisista sairausvakuutusjärjestelmistä korvattavien lääkkeiden lopullisilta kuluttajilta hyöty, jonka he olisivat saaneet hinnan ja kulujen osalta siitä, että espanjalaiset tukkumyyjät olisivat osallistuneet merkin sisäiseen kilpailuun Espanjasta lähtöisin olevan rinnakkaiskaupan kohdemarkkinoilla (edellä 147, 190 ja 194 kohta).

307 Näin ollen komission päätelmää, jonka mukaan vertailu ei ole tarpeen, koska se joka tapauksessa osoittaisi, että lausekkeeseen 4 liittyvä hyöty ei korvaisi siitä kilpailulle aiheutuvaa haittaa, ei voida hyväksyä. Komission olisi pitänyt tehdä aluksi riittävä tutkimus GSK:n esittämistä tosiseikkoja koskevista perusteluista ja todisteista, jotta se olisi kyennyt sen jälkeen tekemään monitahoisen arvioinnin, jota yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4 johtuvan haitan ja hyödyn vertaileminen edellyttää.

Päätelmä

308 Edellä esitetyn perusteella komissio ei olisi saanut laillisesti päätellä, että GSK ei ollut teknisen kehityksen edistämisen osalta osoittanut, että EY 81 artiklan 3 kohdan ensimmäinen soveltamisedellytys täyttyi. Näin ollen ei ole tarpeen tutkia GSK:n perusteluja, jotka liittyvät lääkkeiden jakelun tehostamiseen.

c) Näyttö, joka koskee käyttäjälle aiheutuvia vaikutuksia, yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 välttämättömyyttä ja sitä, että kilpailua ei ole poistettu

309 Kuten edellä on todettu (edellä 237–239 kohta), päätöksestä ja kirjelmistä ilmenee, että lyhyet päätelmät, jotka komissio on tehnyt käyttäjälle aiheutuvista vaikutuksista, yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 välttämättömyydestä ja siitä, että kilpailua ei ole poistettu, perustuvat tehokkuuden lisäyksen olemassaoloa koskevaan päätelmään.

310 Koska viimeksi mainittu päätelmä on lainvastainen siltä osin kuin se koskee teknisen kehityksen edistämistä, myös nämä päätelmät ovat pätemättömiä.

311 Siltä osin kuin komissio on lisännyt päätöksen 188 perustelukappaleessa tutkiessaan sitä, oliko kilpailu poistunut yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 vuoksi merkittävältä osalta kyseisiä tuotteita, että GSK:lla oli joka tapauksessa useiden niiden

tuotteiden osalta, joita sen yleiset myyntiehdot lähinnä koskivat, huomattavia markkinaosuuksia (esim. Zofranin, Flixonasen, Zoviraxin ja Imigranin osalta) yhdessä tai useammassa jäsenvaltiossa, on vielä tutkittava tämä arviointi.

312 Tässä yhteydessä on todettava komission myöntäneen istunnossa, että se ei ole varsinaisesti käsitellyt GSK:n markkinavoimaa koskevaa kysymystä, ja lisänneen, että sen olisi pitänyt tutkia asiaa lisää, jotta se olisi kyennyt ottamaan tähän kantaa.

313 Kun otetaan huomioon tarkasteltavalle alalle ominainen oikeudellinen ja taloudellinen asiayhteys, merkittävien markkinaosuuksien hallinnasta, joka koskee lisäksi vain tiettyjä kyseisistä tuotteista, joista komissio on tyytynyt esittämään neljä esimerkkiä, ei selvästikään yksistään voida päätellä vakuuttavalla tavalla, että kilpailu olisi poistettu merkittävältä osalta kyseisiä tuotteita.

314 Riippumatta merkityksellisten tuotemarkkinoiden määritelmästä, josta osapuolet ovat keskustelleet, useat seikat, joihin GSK on vedonnut hallinnollisessa menettelyssä ja sittemmin kirjelmissään, ovat sellaisia, että tällaisen päätelmän tekeminen automaattisesti ei olisi ollut sallittua.

315 Erityisesti GSK:n perustelu, johon viitataan päätöksen 188 perustelukappaleessa, jossa puolestaan viitataan päätöksen 104 perustelukappaleeseen, ei ollut niin merkityksetön, että komissio olisi saanut pidättäytyä tekemästä erillistä arviointia EY 81 artiklan 3 kohdan neljännen soveltamisedellytyksen osalta. Se, että yleisten myyntiehtojen lauseke 4 estäisi sen vähäisen paineen, joka saattaisi Espanjasta lähtöisin olevan rinnakkaiskaupan vuoksi kohdistua lääkkeiden hintaan ja kustannuksiin kohteena olevilla maantieteellisillä markkinoilla, on suhteutettava tosiseikkoihin, joihin GSK on vedonnut ja joita komissio ei ole kiistänyt, ja niiden mukaan innovaatiokilpailu on erittäin voimakasta tällä alalla ja hintakilpailua esiintyy toisessa

muodossa, vaikka lainsäädännön mukaisesti hintakilpailu on mahdollinen vasta sen jälkeen kun patentin voimassaolon päättyminen mahdollistaa geneeristen lääkkeiden valmistajien tulon markkinoille. Tässä tilanteessa pitäisi vielä edellä 109 kohdassa mainitun oikeuskäytännön mukaisesti arvioida, mille kilpailun muodolle pitäisi antaa etusija, jotta taattaisiin EY 3 artiklan 1 kohdan g alakohdalla ja EY 81 artiklalla tavoitellun tehokkaan kilpailun säilyminen.

4. Päätelmä

316 Edellä esitetyn perusteella kanneperuste, joka koskee EY 81 artiklan 3 kohdan virheellistä soveltamista, on hyväksyttävä, ja GSK:n vaatimukset on siten hyväksyttävä siltä osin kuin ne koskevat päätöksen 2 artiklan kumoamista, ilman että olisi tarpeen tutkia suhteellisuusperiaatteen loukkaamista koskevaa kanneperustetta.

317 Näin ollen päätös on kumottava siltä osin kuin sen 2 artiklassa hylätään GSK:n esittämä poikkeuslupahakemus.

318 Koska sitä mahdollisuutta, että EY 81 artiklan 1 kohdan määräyksiä ei voitaisi soveltaa GSK:n yleisten myyntiehtojen lausekkeeseen 4 EY 81 artiklan 3 kohdan nojalla, ei voida poissulkea, on vastaavasti kumottava päätös myös siltä osin kuin sen 3 artiklassa määrätään GSK välittömästi lopettamaan tämä rikkominen, jollei se ole jo tehnyt näin, ja 4 artiklassa ilmoittamaan komissiolle tätä varten toteutetut toimenpiteet.

319 EY 233 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan komission on toteutettava tämän tuomion täytäntöön panemiseksi tarvittavat toimenpiteet.

320 Vaikka asetuksessa N:o 17 säädetty ilmoitusmenettely ei olekaan enää voimassa perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16 päivänä joulukuuta 2002 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1) soveltamisalalla, komission tehtävänä on, kun otetaan huomioon päätöksen osittainen kumoaminen ja siihen liittyvä taannehtiva vaikutus, antaa ratkaisu GSK:n poikkeuslupahakemuksesta siten, että se tarkastelee asiaa hakemuksen esittämispäivän kannalta (ks. vastaavasti asia T-328/03, O2 (Germany) v. komissio, tuomio 2.5.2006, Kok. 2006, s. II-1231, 47 ja 48 kohta) siltä osin kuin asia on edelleen vireillä komissiossa.

Oikeudenkäyntikulut

321 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut.

322 Työjärjestyksen 87 artiklan 3 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi määrätä oikeudenkäyntikulut jaettaviksi asianosaisten kesken tai määrätä, että kukin vastaa omista kuluistaan, jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi.

323 Tässä tapauksessa GSK:n vaatimukset on hylätty siltä osin kuin ne koskevat päätöksen 1 artiklan kumoamista. Komission väliintulijoiden tukemana esittämät vaatimukset, jotka koskevat kanteen hylkäämistä kokonaan, on puolestaan hylätty.

324 Näin ollen oikeudenkäyntikulut on määrättävä jaettaviksi asianosaisten kesken. GSK:n vastattavana on puolet sen omista oikeudenkäyntikuluista, ja se on velvoitettava korvaamaan puolet komission oikeudenkäyntikuluista, väliintuloihin liittyvät kulut mukaan lukien. Komission vastattavana on puolet sen omista oikeudenkäyntikuluista, ja se on velvoitettava korvaamaan puolet GSK:n oikeudenkäyntikuluista, väliintuloihin liittyvät kulut mukaan lukien. Väliintulijat vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(laajennettu neljäs jaosto)

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta asioissa IV/36.957/F3 – Glaxo Wellcome (ilmoitus), IV/36.997/F3 – Aseprofar ja Fedifar (kantelu), IV/37.121/F3 – Spain Pharma (kantelu), IV/37.138/F3 – BAI (kantelu) ja IV/37.380/F3 – EAEPC (kantelu) 8 päivänä toukokuuta 2001 tehdyn komission päätöksen 2001/791/EY 2, 3 ja 4 artikla kumotaan.**

2) **Kanne hylätään muilta osin.**

3) **GlaxoSmithKline Services Unlimitedin vastattavana on puolet sen omista oikeudenkäyntikuluista, ja se on velvoitettava korvaamaan puolet komission oikeudenkäyntikuluista, väliintuloihin liittyvät kulut mukaan lukien.**

4) **Komission vastattavana on puolet sen omista oikeudenkäyntikuluista, ja se on velvoitettava korvaamaan puolet GlaxoSmithKline Servicesin oikeudenkäyntikuluista, väliintuloihin liittyvät kulut mukaan lukien.**

5) **Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) ja Spain Pharma, SA, vastaavat kukin omista kuluistaan.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Julistettiin Luxemburgissa 27 päivänä syyskuuta 2006.

E. Coulon H. Legal

kirjaaja jaoston puheenjohtaja

Sisällys

Asiaa koskevat oikeussäännöt ja riidan tosiseikasto ..... II - 2984

Yhteisön oikeus ..... II - 2984

Espanjan oikeus ..... II - 2985

Asian tausta ..... II - 2986

Asian käsittelyn vaiheet ..... II - 2990

Asianosaisten vaatimukset ..... II - 2993

Oikeudellinen arviointi ..... II - 2995

I Päätöksen 1 artiklan kumoamista koskevat kanneperusteet ..... II - 2996

A Perustelujen riittämättömyyttä koskeva kanneperuste ..... II - 2996

1. Asianosaisten lausumat ..... II - 2996

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 2997

B EY 81 artiklan 1 kohdan virheellistä soveltamista koskeva kanneperuste ... II - 2998

1. Alustavia huomautuksia ..... II - 2998

2. Yritysten välisen sopimuksen olemassaolo ..... II - 3000

a) Päätöksen sisältö ..... II - 3000

b) Asianosaisten lausumat ..... II - 3000

c) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3001

Tahtojen riippumattomuus ..... II - 3001

Yhteisymmärrys ..... II - 3003

3. Kilpailunrajoituksen olemassaolo ..... II - 3007

a) Päätöksen sisältö ..... II - 3007

b) Asianosaisten lausumat ..... II - 3009

c) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3010

Kilpailu, joka vallitsi ennen yleisten myyntiehtojen lauseketta 4 ..... II - 3010

Yleisten myyntiehtojen lausekkeesta 4 johtuva kilpailunrajoitus ..... II - 3012

– Kilpailunvastaisen tarkoituksen olemassaolo ..... II - 3013

– Kilpailunvastaisen vaikutuksen olemassaolo ..... II - 3023

4. Päätelmä ..... II - 3036

C Kanneperuste, joka koskee harkintavallan väärinkäyttöä, toissijaisuusperiaatteen loukkaamista ja EY 43 artiklan rikkomista ..... II - 3037

1. Asianosaisten lausumat ..... II - 3037

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3037

II Kanneperusteet, jotka koskevat päätöksen 2 artiklan kumoamista ..... II - 3040

A Perustelujen riittämättömyyttä koskeva peruste ..... II - 3040

1. Asianosaisten lausumat ..... II - 3040

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3041

B Kanneperuste, joka koskee EY 81 artiklan 3 kohdan virheellistä soveltamista II - 3042

1. Päätöksen sisältö ..... II - 3042

2. Asianosaisten lausumat ..... II - 3043

3. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3046

a) Alustavia huomautuksia ..... II - 3046

b) Tehokkuuden lisäysten olemassaolosta esitetty näyttö ..... II - 3050

Huomattavan objektiivisen hyödyn olemassaolo ..... II - 3052

– GSK:n esittämien tosiseikkoja koskevien perustelujen ja todisteiden asiaankuuluvuus ..... II - 3058

– Rinnakkaiskauppaan liittyvä tehokkuuden menetys ..... II - 3063

– Rinnakkaiskauppaan liittyvän tehokkuuden menetyksen laajuus II - 3067

– Yleisten myyntiehtojen lausekkeeseen 4 liittyvä tehokkuuden lisäys ..... II - 3071

Vertailu ..... II - 3074

Päätelmä ..... II - 3076

c) Näyttö, joka koskee käyttäjälle aiheutuvia vaikutuksia, yleisten myyntiehtojen lausekkeen 4 välttämättömyyttä ja sitä, että kilpailua ei ole poistettu ..... II - 3076

4. Päätelmä ..... II - 3078

Oikeudenkäyntikulut ..... II - 3079