FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning)
den 27 september 2006 *

I mål T-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc, med säte i Brentford, Middlesex (Förenade kungariket), företrätt av I. Forrester, QC, och F. Depoortere, T. Louko, S. Martínez Lage, A. Schulz och I. Vandenborre, avocats,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av P. Oliver, därefter av É. Gippini Fournier, båda i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

med stöd av

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), med säte i Bryssel (Belgien), inledningsvis företrätt av U. Zinsmeister och M. Lienemeyer, därefter av A. Martin-Ehlers och slutligen av M. Hartmann-Rüppel, avocats,

av

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, med säte i Mülheim an der Ruhr (Tyskland), inledningsvis företrätt av M. Epping och W. Rehmann, därefter av Rehmann, avocats,

av

Spain Pharma, SA, med säte i Madrid, företrätt av P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza och R. Gutiérrez Sánchez, avocats,

och av

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), med säte i Madrid (Spanien), inledningsvis företrätt av M. Araujo Boyd och R. Sanz, och därefter av Araujo Boyd och J. L. Buendia Sierra, avocats,

intervenienter,

rörande en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2001/791/EG av den 8 maj 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärenden: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (Anmälan), IV/36.997/F3 Aseprofar och Fedifar (Klagomål), IV/37.121/F3 Spain Pharma (Klagomål), IV/37.138/F3 BAI (Klagomål) och IV/37.380/F3 EAEPC (Klagomål) (EGT L 302, s. 1)),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden H. Legal, samt domarna P. Lindh och I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas och E. Moavero Milanesi,

justitiesekreterare: handläggaren C. Kristensen,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 juni 2006,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser och bakgrunden

Gemenskapsrätten

1 Enligt artikel 3.1 g EG skall gemenskapens verksamhet innefatta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

2 I artikel 81.1 EG föreskrivs att alla avtal mellan företag som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden är oförenliga med densamma och förbjudna.

3 Enligt artikel 81.3 EG får bestämmelserna i artikel 81.1 EG förklaras icke tillämpliga bland annat på alla avtal mellan företag som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål eller ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

4 Rådet antog den 21 december 1988, med stöd av artikel 100 A i EG-fördraget (nu artikel 95 EG i ändrad lydelse), direktiv 89/105/EEG av den 21 december 1988 om insyn i de åtgärder som reglerar prissättningen på humanläkemedel och deras inordnande i de nationella sjukförsäkringssystemen (EGT L 40, 1989, s. 8; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 45). Direktivets syfte är att uppnå en samsyn vad gäller medlemsstaternas åtgärder i syfte att genom direkt och indirekt priskontroll på läkemedel få kontroll över den offentliga sjukvårdens kostnader för sådana produkter och att undanröja sådana skillnader mellan dessa åtgärder som kan hindra eller snedvrida handeln med läkemedel inom gemenskapen och därigenom direkt påverka den gemensamma marknaden på läkemedelsområdet. Direktivet innehåller därför, som ett första steg, en rad krav som syftar till att göra det möjligt för alla berörda parter att kontrollera att de nationella åtgärderna inte innebär kvantitativa inskränkningar i fråga om import eller export eller ingrepp med likvärdig effekt. Dessa krav får emellertid inte påverka den politik som förs av medlemsstaterna eller den långsiktiga nationella prispolitiken eller utformningen av socialförsäkringssystemen, utom i den mån det är nödvändigt för att möjliggöra insyn. Medlemsstaternas tidsfrist för att anpassa sig till direktivet gick ut den 31 december 1989.

Spansk rätt

5 Konungariket Spanien antog den 20 december 1990 Ley 25/1990 del Medicamento (lag 25/1990 om läkemedel, BOE nr 306, av den 22 december 1990, s. 2643) (nedan kallad lag 25/1990). Denna lag har ändrats, bland annat genom Ley 66/1997 av den 30 december 1997 (BOE nr 313, av den 31 december 1997, s. 38517), och under det administrativa förfarande som ledde fram till att det här omtvistade beslutet antogs, genom Ley 55/1999, av den 30 december 1999 (BOE nr 312, av den 30 december 1997, s. 46095).

6 Konungariket Spanien antog den 23 februari 2003 Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas

de uso humano (kungligt dekret 271/1990 om omorganisering av priskontrollen avseende farmaceutiska specialiteter för behandling av människor, BOE nr 53, av den 2 mars 1990, s. 6086) (nedan kallat dekret 271/1990). Detta dekret syftar bland annat till att göra det möjligt för Konungariket Spanien att anpassa sig till direktiv 89/105/EEG.

7 Del VIII i lag 25/1990 och dekret 271/1990 innehåller särskilt bestämmelser om att det spanska hälso- och konsumentministeriet och dess Comisión interministerial de precios de los medicamentos (regeringskommissionen för priskontroll rörande läkemedel) (nedan, tillsammans, kallade de spanska myndigheterna), har rätt att besluta om maximipriser i grossistledet vad gäller läkemedel för vilka ersättning beviljas enligt det spanska sjukförsäkringssystemet.

Tvistens bakgrund

8 Sökanden GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc (nedan kallad GSK), är ett bolag bildat enligt brittisk rätt, med säte i Brentford (Förenade kungariket). GlaxoSmithKline-koncernen, i vilken sökanden ingår, är en av världens största läkemedelsproducenter. Koncernen bildades genom en sammanslagning mellan Glaxo Wellcome plc och Smithkline Beecham plc. Kommissionen förklarade i ett beslut av den 8 maj 2000 (ärende N IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham) att den inte motsatte sig denna sammanslagning.

9 Glaxo Wellcome, SA (nedan kallat GW), är ett bolag som bildats enligt spansk rätt, med säte i Madrid (Spanien), och är ett dotterbolag i GlaxoSmithKline-koncernen. Dess huvudsakliga verksamhet går ut på att, direkt eller genom sina dotterbolag, skapa, utveckla, tillverka och saluföra läkemedel i Spanien.

10 GW sände genom skrivelse av den 6 mars 1998 in en handling med titeln "Allmänna villkor avseende [GW:s] och dess dotterbolags försäljning av farmaceutiska specialiteter till godkända grossister" till kommissionen. Syftet var att erhålla ett icke-ingripandebesked eller ett undantag enligt rådets första förordning om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). GSK lämnade i skrivelse av den 28 juli 1998 kompletterande upplysningar till kommissionen.

11 De allmänna försäljningsvillkoren gäller för 82 läkemedel som säljs till spanska grossister med vilka GW har handelsförbindelser men inte ingår i samma distributionsnät. Grossisterna kan sälja dessa läkemedel till spanska sjukhus eller apotek som lämnar ut läkemedlen till patienterna vid uppvisande av recept för desamma. Grossisterna kan också vidareförsälja läkemedlen i andra medlemsstater genom parallellhandel, som grossisterna ägnar sig åt på grund av prisskillnaderna. Bland de 82 läkemedel för vilka de allmänna försäljningsvillkoren gäller ingår åtta läkemedel som enligt GSK:s beskrivning särskilt kan misstänkas bli föremål för parallellhandel, i huvudsak från Spanien till Förenade kungariket. Det rör sig om följande läkemedel:

— Ett allergiläkemedel med namnet Beconase.

— Fem astmaläkemedel med namnen Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent och Ventolín.

— Ett epilepsiläkemedel med namnet Lamictal.

— Ett migränläkemedel med namnet Imigran.

12 Artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren anger för alla dessa 82 läkemedel två olika priser (nedan kallade 4 A-priset och 4 B-priset). Artikeln har följande lydelse:

"A) Enligt bestämmelserna i underavdelning 1 (punkt 1) och 2 i artikel 100 i [lag 25/1990], skall priset på farmaceutiska produkter från [GW] och dess dotterbolag inte i något fall överstiga det maximala branschpris som fastställs av de spanska hälsovårdsmyndigheterna när de två kriterier som krävs för att dessa regler skall kunna tillämpas är uppfyllda, nämligen

— att de farmaceutiska produkterna i fråga finansieras med medel från den spanska socialförsäkringen eller med andra offentliga medel, och

— att de förvärvade farmaceutiska produkterna därefter återförsäljs i Spanien, dvs. på apotek eller spanska sjukhus.

B) Om något av dessa två kriterier inte är uppfyllt (dvs. i alla fall där den spanska lagstiftningen ger företagen full frihet att själva sätta sina priser), kommer [GW] och dess dotterbolag att fastställa priset på sina farmaceutiska produkter enligt verkliga, objektiva och icke-diskriminerande ekonomiska kriterier och fullständigt oberoende av produkternas slutmål, som bestäms av den grossist som köper produkten. Framför allt kommer [GW] och dess dotterbolag att på sina farmaceutiska produkter tillämpa de priser som, på grundval av företagens interna ekonomiska undersökningar, först föreslogs för de spanska hälsovårdsmyndigheterna och sedan objektivt höjts med hänsyn till höjda levnadsomkostnader i enlighet med underavdelningarna 1 (punkt 1) och 2 i artikel 100 i [lag 25/1990]."

13 GW sände genom skrivelser av den 6 mars 1998 de allmänna försäljningsvillkoren till 89 grossister med säte i Spanien. I skrivelserna anges bland annat följande:

"Viktig anmärkning: Ni ombedes att delge oss ert godkännande genom att sända oss en undertecknad kopia av bilagda handling senast den 13 mars 1998."

14 75 grossister, vilka svarade för mer än 90 procent av GW:s sammanlagda försäljning i Spanien år 1998, följde denna uppmaning.

15 De allmänna försäljningsvillkoren trädde i kraft den 9 mars 1998.

16 Två spanska branschorganisationer, Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) och Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas, och en spansk grossist, Spain Pharma, SA, ifrågasatte därefter vid den spanska konkurrensmyndigheten och i spansk domstol om villkoren var lagenliga.

17 Aseprofar inkom, med stöd av en annan spansk branschorganisation, Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de espacialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (Fedifar), Spain Pharma och av två andra europeiska branschorganisationer, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (nedan kallat BAI) och European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), inkom med klagomål till kommissionen om att de allmänna försäljningsvillkoren strider mot artikel 81.1 EG.

18 Kommissionen antog den 8 maj 2001 beslut 2001/791/EG om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (Äärenden: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (Anmälan), IV/36.997/F3 Aseprofar och Fedifar (Klagomål), IV/37.121/F3 Spain Pharma (Klagomål), IV/37.138/F3 BAI (Klagomål) och IV/37.380/F3 EAEPC (Klagomål)) (EGT L 302, 2001, s. 1) (nedan kallat beslutet).

19 I artikel 1 i beslutet anges att GW "har överträtt artikel 81.1 i EG-fördraget genom att ingå ett avtal med spanska grossister där en åtskillnad görs mellan de priser som betalas av grossister som återförsäljer ersättningsberättigade läkemedel till apotek och sjukhus i Spanien och de högre priser som tas ut vid export till andra medlemsstater.

20 Enligt artikel 2 i beslutet avslås begäran om undantag för detta avtal.

21 I artiklarna 3 och 4 i beslutet anmodas GW att omedelbart upphöra med den överträdelse som beskrivs i artikel 1, om företaget inte redan har gjort detta, och att informera kommissionen om de åtgärder man har vidtagit för att upphöra med överträdelsen.

Förfarandet

22 GSK har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 23 juli 2001.

23 EAEPC, BAI, Spain Pharma och Aseprofar har genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 8, 12 och 16 november 2001 begärt att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden enligt artikel 40 andra stycket i domstolens stadga och artikel 115.1 i förstainstansrättens rättegångsregler.

24 GSK har genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 28 november 2001, den 14 december 2001 och den 21 mars 2002 begärt att vissa hemliga eller konfidentiella handlingar och upplysningar skall undantas när parternas inlagor sänds till de personer som har tillåtits intervenera i målet enligt artikel 116.2 i rättegångsreglerna.

25 Första avdelningens ordförande har i beslut av den 27 november 2002 bifallit ansökningarna om intervention och meddelat att beslut i frågan om konfidentiell behandling kommer att meddelas senare.

26 Första avdelningens ordförande har i beslut av den 5 augusti 2003 delvis bifallit begäran om konfidentiell behandling och avslagit den i övriga delar.

27 Referenten har bytt avdelning till fjärde avdelningen vid en ändring av förstainstansrättens avdelningars sammansättning den 1 oktober 2003, varför målet omlottats till nämnda avdelning.

28 GSK har i en handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 25 mars 2004 begärt att vissa hemliga eller konfidentiella upplysningar skall undantas när dennes kommentarer rörande intervenienternas inlagor sänds till desamma. Denna begäran bifölls.

29 Förstainstansrätten har i skrivelse av den 16 april 2004 anmodat GSK och kommissionen att inge vissa handlingar och svara på en skriftlig fråga enligt artiklarna 49 och 64 i rättegångsreglerna. Anmodan efterföljdes inom den föreskrivna tidsfristen.

30 Spain Pharma har i en handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 7 maj 2004 begärt att få uttrycka sig på spanska i det muntliga förfarandet enligt artikel 35.2 i rättegångsreglerna. Denna begäran bifölls efter det att parterna beretts tillfälle att yttra sig.

31 GSK har genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 maj och den 22 juni 2004 begärt att vissa hemliga eller konfidentiella upplysningar skall undantas när bolagets kommentarer rörande intervenienternas inlagor och kommissionens svar på förstainstansrättens begäran av den 16 april 2004 sänds till intervenienterna. Denna begäran bifölls.

32 Förstainstansrätten beslutade, på fjärde avdelningens förslag och efter dett att parterna beretts tillfälle att yttra sig, den 7 mars 2006 att med tillämpning av artikel 14 i rättegångsreglerna hänskjuta målet till fjärde avdelningen i utökad sammansättning.

33 Förstainstansrätten (fjärde avdelningen) inledde den 15 mars 2006 det muntliga förfarandet, efter yttrande från referenten.

34 Förstainstansrätten begärde i skrivelser av den 7 och den 20 mars 2006 att GSK, kommissionen och intervenienterna skulle besvara vissa skriftliga frågor och inge en handling enligt artiklarna 49 och 64 i rättegångsreglerna. Dessa åtgärder för processledning efterföljdes inom föreskriven tidsfrist, med undantaget att GSK besvarade en fråga genom en handling som inkom till förstainstansrättens kansli först den 6 juni 2006. Vid förhandlingen tillfrågades parterna om de hade några

invändningar, vilket de svarade att de inte hade, varför denna handling upptogs bland handlingarna i målet.

35 GSK begärde i en handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 28 april 2006 att vissa hemliga eller konfidentiella upplysningar skulle undantas när bolagets svar på förstainstansrättens begäran av den 7 och den 20 mars 2006 sändes till intervenienterna. Denna begäran bifölls.

36 Aseprofar begärde i handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 16 maj 2006 att få uttrycka sig på spanska i det muntliga förfarandet enligt artikel 35.2 i rättegångsreglerna. Denna begäran bifölls efter det att parterna beretts tillfälle att yttra sig.

37 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 7 juni 2006.

Parternas yrkanden

38 GSK har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

39 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

40 Aseprofar har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta GSK att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet GSK:s kostnader.

41 BAI har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta GSK att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet BAI:s kostnader.

42 EAEPC har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta GSK att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet EAEPC:s kostnader.

43 Spain Pharma har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta GSK att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet Spain Pharmas kostnader.

Rättslig bedömning

44 GSK har till stöd för sina yrkanden i huvudsak åberopat sex grunder, vilka kan delas upp i grunder som syftar till att beslutet skall ogiltigförklaras helt eller delvis.

45 GSK har åberopat tre grunder till stöd för sitt huvudyrkande att artikel 1 i beslutet, i vilken det fastställs att artikel 81.1 EG har åsidosatts, skall ogiltigförklaras, nämligen:

— Bristande motivering.

— Åsidosättande av artikel 81.1 EG.

— Maktmissbruk, åsidosättande av subsidiaritetsprincipen och av artikel 43 EG.

46 GSK har åberopat tre grunder till stöd för sitt andrahandsyrkande att artikel 2 i beslutet, i vilken GSK:s begäran om undantag enligt artikel 81.3 EG avslås, skall ogiltigförklaras, nämligen:

— Bristande motivering.

— Åsidosättande av artikel 81.3 EG.

— Åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

I — *Grunderna för yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 1 i beslutet*

A — *Grunden om bristande motivering*

1. Parternas argument

47 GSK har i huvudsak gjort gällande att beslutet är bristfälligt motiverat, eftersom det inte hänvisas till förstainstansrättens dom av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen (REG 2000, s. II-3383).

48 Kommissionen har med stöd av intervenienterna hävdat att denna grund saknar stöd.

2. Förstainstansrättens bedömning

49 I artikel 253 EG föreskrivs bland annat att kommissionens beslut skall vara motiverade.

50 För att vara tillräckligt motiverat måste ett beslut från kommissionen innehålla en motivering av vilken det klart och tydligt framgår hur kommissionen har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen därför och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Det krävs dock inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller kraven i artikel 253 EG inte skall ske endast utifrån dess ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området (domstolens dom av den 20 mars 1957 i mål 2/56, Geitling mot Höga myndigheten, REG 1957, s. 9, på s. 37, och förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i mål T-171/02, Regione Autonoma della Sardegna mot kommissionen, REG 2005, s. I-2123, punkt 73).

51 Kommissionens skyldighet att motivera sina beslut innebär således inte någon allmän skyldighet för kommissionen att hänvisa till ett bestämt rättsligt avgörande i sina beslut.

52 I förevarande fall har GSK endast hävdat att beslutet är bristfälligt motiverat på grund av att det där inte hänvisas till ett rättsligt avgörande.

53 Talan kan därför inte bifallas med stöd av grunden om bristande motivering vad avser att beslutet inte innehåller någon hänvisning till domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Bayer mot kommissionen.

54 I den del som GSK:s syfte med denna grund i själva verket är att ifrågasätta beslutets innehåll, skall det anmärkas att prövningen av om kommissionen har motiverat ett beslut och om denna motivering är tillräcklig rör beslutets formella lagenlighet. Denna prövning skall särskiljas från huruvida motiveringen är hållbar, vilken skall hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende (domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 67, och förstainstansrättens dom av den 18 januari 2005 i mål T-93/02, Confédération nationale du Crédit mutuel mot kommissionen, REG 2005, s. II-93/02, punkt 67). Denna grund ansluter i detta avseende till grunden om åsidosättande av artikel 81.1 EG, som kommer att prövas nedan.

B — *Grunden om åsidosättande av artikel 81.1 EG*

1. Inledande anmärkningar

55 Artikel 81.1 EG skall tillämpas om ett antal skilda villkor är uppfyllda (domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société technique minière, REG 1966, s. 337, på s. 356–360, och domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 174) och det är den som åberopar denna bestämmelse som har bevisbördan härför (domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt 78). Denne måste således visa, för det första, att det föreligger ett avtal mellan företag, ett samordnat förfarande eller ett beslut fattat av en företagssammanslutning, för det andra, att detta har till syfte eller verkan att i betydande mån begränsa konkurrensen och, för det tredje, att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas därav, varvid det sista kravet endast syftar till att bestämma gemenskapsrättens tillämpningsområde (domen i det ovan nämnda målet Société technique minière, s. 359, domstolens dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85–C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 176, domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 174).

56 I förevarande fall hävdar GSK att kommissionen har tillämpat artikel 81.1 EG på ett beteende som inte utgör ett avtal, i den mening som avses i denna bestämmelse, det vill säga ett begränsande avtal, varvid det skall erinras om att frågan huruvida det föreligger ett avtal mellan företag respektive huruvida detta avtal är begränsande är två skilda frågor, vilka skall prövas var och en för sig (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan nämnda målet Société technique minière, s. 358 och 359).

57 Den domstol som skall pröva en talan om ogiltigförklaring av ett beslut som fattats med tillämpning av artikel 81.1 EG skall göra en fullständig överprövning av kommissionens prövning (domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 2545, punkt 34, och domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 62). Det är endast när gemenskapsdomstolarna prövar komplicerade ekonomiska bedömningar som gjorts av kommissionen som de måste begränsa sin prövning till att undersöka om förfarandereglerna följts, om motiveringen är tillräcklig, om uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta samt undersöka att det inte föreligger något uppenbart misstag i bedömningen (domen i det ovan nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 34, och domen i de ovan i punkt 55 nämnda målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 279).

58 Denna prövning skall för övrigt endast ske i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som rådde den dag då det omtvistade beslutet fattades (domstolens dom av den 7 februari 1979 i de förenade målen 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen, REG 1976, s. 321, punkt 7, och förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-875, punkt 252), utan att det påverkar parternas möjlighet att som ett led i rätten att till försvar komplettera med bevisning som rör omständigheter som inträffat efter denna dag men som särskilt syftar till att ifrågasätta eller försvara detta beslut (förstainstansrättens dom av den 21 september 2005 i mål T-87/05, EDP mot kommissionen, REG 2005, s. III-3745, punkt 158, se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 22 oktober 1986 i mål 75/84, Metro mot kommissionen, REG 1986, s. 3021 (nedan kallat Metro II), punkterna 75 och 78, och domen i det ovan nämnda målet Atlantic Container Lines m.fl. mot kommissionen, punkt 254).

59 I förevarande fall innebär detta att förstainstansrätten överhuvudtaget inte kommer att behandla de uppgifter om de faktiska omständigheterna som inte förelåg den dag när beslutet antogs, särskilt sifferuppgifter om perioden 2001/2005, och den

bevisning som inte förelåg denna dag och som inte har upprättats i syfte att ifrågasätta eller försvara detta beslut, i den del som det i beslutet fastställs att en överträdelse har ägt rum, särskilt studier som rör vilka verkningar som parallellhandel med läkemedel har inom gemenskapen, men som inte har ingetts under det administrativa förfarandet.

2. Frågan huruvida det förelåg ett avtal mellan företagen

a) Beslutets innehåll

60 Kommissionen har i skäl 109 i beslutet angett att de allmänna försäljningsvillkoren utgör ett avtal mellan GW och de spanska grossister som undertecknat villkoren.

b) Parternas argument

61 GSK har gjort gällande att de allmänna försäljningsvillkoren inte utgör ett avtal.

62 GW och de spanska grossister som undertecknat de allmänna försäljningsvillkoren har nämligen inte lämnat någon oberoende viljeyttring, eftersom grossistpriserna för läkemedel som ersätts av det spanska sjukförsäkringssystemet regleras i den spanska lagstiftningen på området.

63 De har inte heller uttryckt en gemensam vilja att begränsa konkurrensen, utan endast en gemensam vilja att sälja och köpa läkemedel i enlighet med de villkor som anges i de allmänna försäljningsvillkoren.

64 Kommissionen har med stöd av intervenienterna hävdat att dessa argument är ogrundade.

c) Förstainstansrättens bedömning

65 GSK:s argument gör att förstainstansrätten först måste pröva om GW och de spanska grossisterna har lämnat någon oberoende viljeyttring i förhållande till den spanska lagstiftningen om priserna på läkemedel som ersätts av det spanska sjukförsäkringssystemet, och således om kommissionen hade att göra med ett beteende från företagens eller från statens sida. För det andra måste förstainstansrätten i förekommande fall pröva om GW och dess grossister har uttryckt en gemensam vilja och om kommissionen hade att göra med ett ömsesidigt beteende och inte med ensidiga beteenden.

Oberoende viljor

66 Artikel 81.1 EG är endast tillämplig på konkurrensbegränsande beteenden som företagen själva har tagit initiativ till (domstolens dom av den 21 september 1988 i mål 267/86, Van Eycke, REG 1988, s. 4769, punkt 16, av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, REG 1997, s. I-6265, punkt 33, och av den 9 september 2003 i mål C-198/01, CIF, REG 2003, s. I-8055, punkt 45).

67 I de fall då domstolen vid bedömningen av huruvida denna bestämmelse är tillämplig först måste avgöra vilken inverkan eventuella statliga bestämmelser har, måste denna avgöra om bestämmelserna ändå ger utrymme för konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom företagens självständiga beteenden (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, punkterna 32 och 35, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet CIF, punkt 66).

68 Om det efter denna bedömning framgår att lagstiftningen i fråga påtvingar företagen ett konkurrenshämmande beteende eller har undanröjt alla möjligheter till konkurrens från deras sida, är artikel 81.1 EG inte tillämplig (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, punkt 33, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet CIF, punkt 67).

69 Om det däremot framgår att denna lagstiftning ändå ger utrymme för konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom företagens självständiga beteenden, är artikel 81.1 EG fortfarande tillämplig (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, punkt 34, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet CIF, punkt 56).

70 Gemenskapsdomstolarna har varit restriktiva vad gäller att utnyttja sin möjlighet att undanta ett visst beteende från denna bestämmelses tillämpningsområde på grund av att beteendet har sin grund i statlig lagstiftning (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet CIF, punkt 67, och förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-513/03, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mot kommissionen, REG 2000, s. II-1807, punkt 60).

71 Förstainstansrätten måste därför avgöra huruvida den spanska lagstiftningen, såsom GSK har hävdat, tvingar GW att i sina avtal med de spanska grossisterna tillämpa differentierade priser beroende på om de läkemedel som säljs kommer att ersättas av det spanska sjukförsäkringssystemet eller inte.

72 Det är emellertid uppenbart att den spanska lagstiftningen, såsom denna följer av avsnitt VIII i lag 25/1990, jämförd med dekret 271/1990, inte reglerar grossistpriserna för läkemedel som inte kommer att ersättas av det spanska socialförsäkringssystemet. GSK har dessutom både i skriftliga inlagor och vid förhandlingen medgett att detta konstaterande, som följer implicit men med nödvändighet av att inget sägs i frågan i lag 25/1990 om sådana varor, i den lydelse som var tillämplig när de allmänna försäljningsvillkoren trädde i kraft, uttryckligen har bekräftats genom senare tillägg, såsom anges i skälen 37 och 139 i beslutet.

73 Även om man godtar GSK:s argument att de spanska myndigheterna självständigt har bestämt grossistpriset på läkemedel som ersätts enligt nämnda system och att GW och de spanska grossisterna är tvungna att tillämpa detta pris, vilket intervenienterna bestrider skulle vara fallet, är det ändå så, att den spanska lagstiftningen inte på något sätt föreskriver att GW genom avtal måste införa ett system med differentierade priser, enligt vilket de spanska grossister som köper läkemedel hos GW måste köpa dessa läkemedel till detta pris (4 A-priset) och läkemedel som de återförsäljer i andra medlemsstater till ett annat högre pris (4 B-priset). GSK har vid förhandlingen medgett att så är fallet, efter en fråga från förstainstansrätten.

74 Det stämmer således inte att den nationella lagstiftningen i fråga tvingade GW att i sina avtal med de spanska grossisterna tillämpa differentierade priser beroende på om de läkemedel som GW säljer till dem kommer att ersättas av det spanska sjukförsäkringssystemet eller inte.

Gemensam vilja

75 Artikel 81.1 EG är endast tillämplig på företags bilaterala eller multilaterala beteenden (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/52 P, kommissionen mot

Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkterna 79 och 112) vilka kan bestå av avtal, samordnade förfaranden eller beslut fattade av företagssammanslutningar.

76 För att det skall vara fråga om avtal räcker det att de två företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt (domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, punkt 112, och av den 11 januari 1990 i mål C-277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici mot kommissionen, REG 1990, s. I-45, publicerad i sammanfattning, punkt 13, domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Bayer mot kommissionen, punkterna 67 och 173).

77 Kommissionen måste i beslut där denna tillämpar artikel 81.1 EG styrka att de berörda haft en gemensam vilja att bete sig på ett bestämt sätt på marknaden, men den behöver, tvärtemot vad GSK har hävdat, inte styrka att de haft en gemensam vilja att verka konkurrensbegränsande.

78 I förevarande fall har kommissionen i beslutet angett att GW och de spanska grossister som undertecknat de allmänna försäljningsvillkoren hade en gemensam vilja att på marknaden bete sig på det sätt som anges i artikel 4 i detsamma, det vill säga att sälja och köpa de 82 läkemedel som omfattas av villkoren till 4 A-priset respektive 4 B-priset, beroende på om villkoren i punkt A är uppfyllda eller inte.

79 Denna slutsats synes bekräftas av handlingarna i ärendet av vilka det framgår att GW författade de allmänna försäljningsvillkoren som innehåller ett system med differentierade priser. Därefter sände GW dessa allmänna försäljningsvillkor till 89 grossister som de har affärsförbindelser med i Spanien. GW uppmanade dem att återsända en undertecknad kopia "som bevis om att [de] godtog villkoren", inom en viss tidsfrist, och underströk att detta var av högsta vikt. Dessa upplysningar visar på

GW:s vilja att komma överens med de spanska grossisterna om de allmänna försäljningsvillkoren och således att lämna dem ett anbud i detta syfte. 75 av de 89 grossister som fick detta anbud gjorde som GW begärde och undertecknade de allmänna försäljningsvillkoren och återsände dem inom föreskriven tidsfrist. Detta visar på dessa grossisters vilja att anta GW:s anbud och på så sätt ingå ett avtal med GW, vilket GSK för övrigt har medgett vid förhandlingen.

80 Inget av GSK:s argument kan ändra denna slutsats.

81 GSK kan särskilt inte hämta stöd för sin ståndpunkt från omständigheten att kommissionen inte har visat att GW formellt har förbjudit de spanska grossisterna att exportera och att dessa grossister lämnat sitt tysta godkännande till detta förbud.

82 Det åligger nämligen kommissionen att bevisa de överträdelser som den påstår föreligger och i de beslut denna fattar med tillämpning av konkurrensreglerna förete precis och samstämmig bevisning som övertygande visar på de omständigheter som dessa överträdelser består av (domstolens dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink mot kommissionen, REG 1984, s. 1679, punkt 20, och av den 6 januari 2004 i de förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P, BAI och kommissionen mot Bayer, REG 2004, s. I-23, punkt 62).

83 Bevisningen kan bestå av direkta bevis, exempelvis i skriftlig form (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen 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 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot

kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 862, och, efter överklagande, domen i de ovan i punkt 55 nämnda målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 237), eller, om sådan inte kan uppbådas, indirekt bevisning, som exempelvis kommit till uttryckt i ett beteende (domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 73, och, efter överklagande, domen i det ovan i punkt 82 nämnda målet BAI och kommissionen mot Bayer, punkt 100).

84 I förevarande fall har det redan anmärkts att kommissionen grundade sig på en skriftväxling som helt utan tvivel visade att GW hade erbjudit de spanska grossisterna att på marknaden bete sig på det sätt som anges i de allmänna försäljningsvillkoren och att de flesta av dem hade antagit detta anbud. Det var därför, såsom kommissionen har understrukit vid förhandlingen, onödigt att söka andra upplysningar, exempelvis rörande GW:s och grossisternas beteende.

85 GSK har på samma sätt inte stöd för att hävda att de grossister som GW vände sig till i huvudsak var oense med GW.

86 När kommissionen, såsom i förevarande fall har styrkt att det föreligger ett avtal, ankommer det på det deltagande företaget att visa att man har tagit avstånd från det, och av denna bevisning måste det framgå att företaget har uttryckt sin vilja att ställa sig utanför avtalet på ett klart sätt, så att detta har framgått för de övriga deltagande företagen (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 82 nämnda målet BAI och kommissionen mot Bayer, punkt 63, domen i de ovan i punkt 55 nämnda målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 81–84, och förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-61/99, Adriatica di Navigazione mot kommissionen, REG 2003, s. II-5349, punkterna 135–138).

87 Det är i och för sig riktigt att vissa av de spanska grossister som undertecknade de allmänna försäljningsvillkoren har uttryckt tvivel om huruvida de var lagliga, såsom framgår av skäl 12 i beslutet, men det framgår inte av handlingarna i ärendet att dessa har ställt sig utanför avtalet, i den mening som avses i rättspraxis. Det är på samma sätt riktigt att vissa av dem exporterade läkemedel som inköpts till 4 A-priset. Det framgår emellertid av handlingarna i ärendet att dessa till slut gått med

på GSK:s begäran att de skulle betala fakturor för skillnaden mellan detta pris och 4 B-priset. I vilket fall som helst rör dessa uppgifter bara några grossister och de visar således inte att alla grossister har ställt sig utanför det avtal som de tidigare hade ingått med GW.

88 Det är vidare riktigt att de tre branschorganisationerna Aseprofar, Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas och Fedifar framställt klagomål till kommissionen och Servicio de defensa de competencia (konkurrensmyndigheten), såsom anges i skäl 3 i beslutet, och att de två första organisationerna har vissa av de grossister som har undertecknat de allmänna försäljningsvillkoren som direkta medlemmar och den tredje har sådana grossister som indirekta medlemmar. Den enda omständigheten att branschorganisationer som bland annat har en del av de företag som undertecknat de allmänna försäljningsvillkoren som medlemmar har framställt sådana klagomål räcker inte som bevis för att samtliga grossister i själva verket, redan från början eller efter detta klagomål, inte ville delta i avtalet med GW.

89 Det går således inte att säga att GW och de grossister som har undertecknat de allmänna försäljningsvillkoren inte gett uttryck för en gemensam vilja.

90 Av det ovanstående följer att GSK:s argument inte har visat att kommissionen gjorde fel när denna konstaterade att det förelåg ett avtal.

3. Huruvida konkurrensen har begränsats

a) Beslutets innehåll

91 Kommissionen har i skälen 116–143 och 189 i beslutet angett att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren hade till syfte och verkan att begränsa konkurrensen.

92 Kommissionen prövade först vad denna bestämmelse har för syfte och anmärkte i skäl 116 i beslutet att bestämmelsens syfte är att begränsa parallellhandeln med de läkemedel som GW saluför, vad gäller export från Spanien till andra medlemsstater. Kommissionen konstaterade också i skäl 117 i beslutet att en jämförelse mellan 4 A-priset, som tillämpas på läkemedel som säljs och ersätts i Spanien, och 4 B-priset, som tillämpas på läkemedel som säljs och ersätts i andra medlemsstater, visar att bestämmelsen leder till att parallellhandel stoppas eller begränsas.

93 Kommissionen ansåg vidare i skälen 117–119 i beslutet att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har effekter som är liktydiga med ett exportförbud i ett stort antal fall. I andra fall hindrar bestämmelsen parallellhandel i stort sett på samma sätt som ett system med dubbel prissättning. Kommissionen ansåg också i skälen 120–123 i beslutet att omständigheten att det i Spanien finns en statlig reglering av hur grossistpriser på läkemedel som ersätts av det nationella sjukförsäkringssystemet bestäms inte påverkar denna slutsats.

94 Kommissionen anmärkte slutligen i skälen 124 och 125 i beslutet att domstolen och förstainstansrätten alltid har ansett att avtal som innehåller exportförbud, system med dubbel prissättning eller andra begränsningar av parallellhandel har till syfte att begränsa konkurrensen, varför artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren skall anses ha som syfte att begränsa konkurrensen.

95 Kommissionen prövade därefter vad artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har för verkan och ansåg i skäl 126 i beslutet att omständigheten att man har bestämt ett högre grossistpris vid export jämte övriga kostnader vid denna transaktion (expediering, ompaketering etc.) ledde till att parallellhandeln blev mindre än vad som hade varit fallet vid ett lägre pris.

96 Kommissionen ansåg därefter i skälen 127–135 i beslutet att bestämmelsen inte bara rättar till en snedvridning i konkurrensen som Konungariket Spanien är ansvarig för och inte rättfärdigas av ett speciellt rättsläge.

97 Kommissionen anmärkte dessutom i skälen 136–140 i beslutet att de differentierade priserna i artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren hade till verkan att dels begränsa handlingsfriheten för de grossister som är verksamma i den medlemsstat som parallellhandeln utgår ifrån, dels begränsa konkurrensen mellan dessa grossister och distributörer som är verksamma i den medlemsstat som denna parallellhandel går till.

98 Kommissionen tog slutligen i skälen 141–143 i beslutet upp frågan hur växelkursfluktuationer mellan år 1996 och år 1998 påverkade parallellhandeln med läkemedel, särskilt mellan Spanien och Förenade kungariket.

b) Parternas argument

99 GSK har i huvudsak gjort gällande att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren inte utgör en konkurrensbegränsning.

100 GSK hävdar för det första att konkurrensen alltid är snedvriden vad gäller läkemedel som ersätts av de nationella sjukförsäkringssystemen och att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren bara har till syfte att rätta till denna situation som har sin grund dels i den statliga regleringen av priset på dessa läkemedel, dels frånvaron av gemenskapslagstiftning med syfte att harmonisera desamma.

101 GSK menar för det andra att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren inte har till syfte att begränsa konkurrensen och att kommissionen inte har visat att den haft sådan verkan, med hänsyn till de särskilda förhållanden som råder på marknaden i fråga och, rent allmänt, det juridiska och ekonomiska sammanhang som bestämmelsen ingår i.

102 Kommissionen, som stöds av intervenienterna, har ifrågasatt om dessa argument är välgrundade. Kommissionen anser att den har rätt i att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, som är av sådan art att den stoppar eller hindrar parallellhandel, hade till syfte och verkan att begränsa konkurrensen.

c) Förstainstansrättens bedömning

103 GSK ifrågasätter inte att de faktiska omständigheter som kommissionen har grundat sig på när den valt att tillämpa artikel 81.1 EG är riktiga, utan denna institutions bedömning av desamma. Denna kritik rör i huvudsak på vilket sätt de speciella juridiska och ekonomiska förhållanden som gäller inom läkemedelssektorn skall påverka analysen av frågan huruvida det är frågan om en konkurrensbegränsning. GSK:s kritik rör särskilt dels det konkurrensläge som gällde före artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, dels vilken eventuell konkurrensbegränsning som denna bestämmelse medför.

Konkurrensläget före artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren

104 GSK har rätt i att marknaden för läkemedel som ersätts av det nationella sjukförsäkringssystemet i många medlemsstater kännetecknas av en ingående reglering av denna verksamhet, särskilt vad gäller prissättningen (domstolens dom

av den 29 november 1983 i mål 181/82, Roussel m.fl., REG 1982, s. 3849, punkt 8). Att situationen regleras på olika sätt i olika stater kan medföra att konkurrensen snedvrids (domstolens dom av den 5 december 1996 i de förenade målen C-267/95 och C-268/95, Merck och Beecham, REG 1996, s. I-6285, punkt 47). En sådan situation medför också ofta att det byggs murar mellan de nationella marknaderna (se, analogt, domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 24).

105 Enligt den rättspraxis som nämnts i punkterna 67–70 ovan är det emellertid endast om den sektor som avtalet gäller regleras av lagstiftning som inte ger utrymme för konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom detta avtal som artikel 81.1 EG inte är tillämplig.

106 I förevarande fall konkurrerar läkemedelsproducenterna med varandra, i huvudsak på andra områden än priset, främst genom produktutveckling (domen i det ovan i punkt 104 nämnda målet Roussel, punkt 9), såsom GSK understrukit i sina inlagor och vid förhandlingen.

107 Dessutom kan det finnas konkurrens mellan en producent och dennes distributörer, eller mellan parallellimportörer och nationella distributörer, där konkurrensen just har sin grund i de betydande prisskillnader som de statliga regleringarna ger upphov till. Detta är den enda priskonkurrens som kan uppstå vad gäller patentskyddade läkemedel där innehavaren har ett tillfälligt monopol under hela den tid som patentet gäller, vilket GSK har understrukit i sina inlagor.

108 Den rättsliga situation som GSK har beskrivit är sådan att konkurrensen begränsas även om den inte helt stoppas, varför artikel 81.1 EG fortfarande är tillämplig.

Frågan vilken konkurrensbegränsning som artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren medför

109 GSK har gjort gällande att kommissionen inte korrekt har beaktat den relevanta juridiska och ekonomiska kontexten när den prövat huruvida konkurrensen begränsas. Förstainstansrätten anmärker att med konkurrens avses i artiklarna 3.1 g EG och 81.1 EG effektiv konkurrens, det vill säga konkurrens av sådan styrka att fördragets syften kan uppnås. Konkurrensen kan variera beroende på varan och marknadsstrukturen. Dessa parametrar kan dessutom vara av väldigt olika betydelse, varvid priskonkurrens inte utgör det enda effektiva konkurrensmedlet och inte heller det konkurrensmedel som under alla förhållanden skall ges absolut prioritet (domstolens dom av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, Metro mot kommissionen, REG 1977, s. 1875 (nedan kallat Metro I), punkterna 20 och 21, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet CIF, punkt 68).

110 Vid bedömningen av en påstådd konkurrensbegränsning, i den mening som avses i artikel 81.1 EG, måste man beakta den rådande verkligheten och således den juridiska och ekonomiska kontext som ligger bakom det avtal som påstås ha medfört en begränsning. En sådan skyldighet gäller både vad gäller bedömningen av avtalets syfte och dess verkan (domen i det ovan i punkt 55 nämnda målet Société technique minière, s. 359 och s. 360, domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, på s. 497, och av den 12 december 1995 i mål C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl., REG 1995, s. I-4515, punkt 20).

111 När en analys av olika bestämmelser i ett avtal mot deras juridiska och ekonomiska bakgrund visar att konkurrensen har hämmats, kan det antas att detta avtal har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen (se domen i det ovan i punkt 55 nämnda målet Société technique minière, s. 359 och s. 362, och domen i de ovan i punkt 110 nämnda målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 497), varför det inte är nödvändigt att undersöka avtalets verkan (domen i de ovan i punkt 110 nämnda målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 496, och domen i det ovan i punkt 75 nämnda målet kommissionen mot Anic Participazioni, punkt 99).

112 När så inte är fallet räcker det däremot att undersöka avtalets verkan och styrka att avtalet för närvarande eller potentiellt hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen (domen i det ovan i punkt 55 nämnda målet Société technique minière, sidorna 359, 360 och 362, och domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111, punkterna 75 och 77).

113 I förevarande fall kommer förstainstansrätten i tur och ordning att undersöka GSK:s argument rörande syftet med och verkan av artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren.

— Frågan huruvida bestämmelsen har ett konkurrensbegränsande syfte

114 GSK bestrider inte att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har införts i syfte att begränsa parallellhandeln med 82 läkemedel, som GW saluför, från Spanien till andra medlemsstater, särskilt Förenade kungariket.

115 Det framgår av rättspraxis att avtal med slutligt syfte att förbjuda parallellhandel i princip skall anses ha till syfte att hindra konkurrensen (domen i de ovan i punkt 110 nämnda målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 496–498, domstolens dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller International mot kommissionen, REG 1978, s. 131, punkterna 7 och 18, av den 12 juli 1979 i de förenade målen 32/78, 36/78 och 82/78, BMW Belgium mot kommissionen, REG 1979, s. 2435, punkterna 20–28 och 31, och domen i det ovan i punkt 76 nämnda målet Sandoz Prodotti Farmaceutici mot kommissionen, punkt 16).

116 Av denna rättspraxis framgår också att avtal som helt klart syftar till att missgynna parallellhandel i princip skall anses ha konkurrensbegränsande syfte (domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkterna 23–25, och av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen, REG 2006, s. I-3173, punkterna 67 och 68).

117 GSK har emellertid rätt i att kommissionen, med hänsyn till den juridiska och ekonomiska kontexten, inte kunde bygga sin slutsats att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har till syfte att begränsa konkurrensen endast på omständigheten att artikeln innehåller ett system med differentierade priser som har till syfte att begränsa pararallhandeln.

118 Syftet med artikel 81.1 EG, vilken är en grundläggande bestämmelse som är nödvändig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrotts skall kunna utföras och, i synnerhet, för att den inre marknaden skall kunna fungera (domstolens dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss, REG 1999, s. I-3055, punkt 36, och av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage och Crehan, REG 2001, s. I-6297, punkt 20), är nämligen att undvika att företagen minskar slutkonsumentens välbefinnande genom att begränsa konkurrensen dem emellan eller i förhållande till tredje person (förstainstansrättens dom av den 7 juni 2006 i de förenade målen T-213/01 och T-214/01, Österreichische Postsparkasse och Bank für Arbeit und Wirtschaft mot kommissionen, REG 2006, s. I-1601, punkt 115, se även, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 110 nämnda målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 493, och domstolens dom av den 20 juni 1978 i mål 28/77, Tepea mot kommissionen, REG 1978, s. 1391, punkt 56). Vid förhandlingen har kommissionen vidare upprepade gånger understrukit att det var med hänsyn till detta som den i sin undersökning först konstaterade att de allmänna försäljningsvillkoren helt klart minskade konsumenternas välbefinnande och sedan undersökte huruvida denna begränsning möjligen kompenseras av ökad effektivitet som gynnar konsumenterna.

119 Frågan huruvida artikel 81.1 EG är tillämplig i förevarande fall kan således inte avgöras genom att uteslutande beakta huruvida avtalet i fråga har till syfte att begränsa parallellhandeln med läkemedel eller avdela den gemensamma marknaden, vilket är avgörande för om avtalet påverkar handeln mellan medlemsstaterna och således omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde (domen i det ovan i punkt 55 nämnda målet Société technique minière, sidorna 358, 359 och 361, och domen i de ovan i punkt 110 nämnda målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 495), utan det är också nödvändigt att analysera huruvida avtalet har till syfte eller till verkan att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden i fråga, till slutkonsumentens nackdel. När så inte är fallet, måste, såsom framgår av den rättspraxis som anges i punkterna 111 och 112 ovan, denna analys kompletteras alltefter vad omständigheterna kräver i det enskilda fallet (domen i det ovan i punkt 55 nämnda målet Société technique minière, s. 358–361, och domen i de ovan i punkt 110 nämnda målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 496–498). Analysen kan förenklas i fall där avtalet innehåller klausuler som i sig visar på att konkurrensen påverkas, vilket kommissionen har anmärkt vid förhandlingen, vilket är en fråga som omfattas av konkurrensrättens tillämpningsområde.

120 GSK har särskilt anmärkt att domstolen i domen i de ovan i punkt 110 nämnda målen Consten och Grundig mot kommissionen, vilken har varit utgångspunkten för den senare rättspraxis som omnämns i punkterna 115 och 116 ovan, tvärtemot vad kommissionen har hävdat i sina inlagor, inte ansåg att ett avtal som syftar till att begränsa parallellhandeln till sin art, det vill säga oavsett vad en analys från konkurrenssynpunkt visar, skall anses ha till syfte att begränsa konkurrensen. Domstolen inskränkte sig tvärtemot till att börja med att fastställa att ett avtal mellan en producent och en distributör med syfte att återupprätta nationsbundna murar i handeln mellan medlemsstaterna kan vara sådant att de går emot gemenskapens mest grundläggande syften (s. 494), vilket gjorde att domstolen ansåg att talan inte kunde bifallas med stöd av en grund om att artikel 81.1 EG inte är tillämplig på vertikala avtal (s. 492–494). Domstolen gjorde därefter en begränsad men reell konkurrensanalys i vilken domstolen bland annat fann att avtalet i fråga hade till syfte att eliminera varje möjlighet till konkurrens i grossistledet, så parterna kunde bestämma priserna utan att påverkas av en effektiv konkurrens, varför domstolen fann att talan inte kunde bifallas med stöd av en grund om att konkurrensen inte hade begränsats (s. 496–498).

121 Även om det sedan dess är fastställt att parallellhandel har ett visst skydd, så skall det anmärkas att skyddet inte rör parallellhandel som sådan, utan domstolen har ansett att parallellhandel är skyddad i den mån den gynnar handelsutbytets

utveckling och stärker konkurrensen (domstolens dom av den 16 januari 1992 i mål C-373/90, X, REG 1992, s. I-131, punkt 12). Det är med andra ord den andra aspekten som kan göra parallellhandel skyddsvärd, om slutkonsumenterna kan dra nytta av en effektiv konkurrens vad avser utbud och priser (domen i det ovan i punkt 118 nämnda målet Tepea mot kommissionen, punkterna 43 och 56). Även om det är fastställt att ett avtal med syfte att begränsa parallellhandeln i princip måste anses ha till syfte att begränsa konkurrensen, så bygger detta resonemang på att man kan anta att denna begränsning gör att slutkonsumenterna förlorar dessa fördelar.

122 Med hänsyn till den juridiska och ekonomiska kontexten bakom GSK:s allmänna försäljningsvillkor, kan man inte anta att de berövar slutkonsumenterna av läkemedel sådana fördelar. Grossisternas uppgift är nämligen, såsom domstolen har fastställt, att säkerställa att detaljhandeln kan utnyttja ett utbud som kännetecknas av konkurrens mellan producenterna (domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet Metro I, punkt 40), varvid grossisterna är verksamma i mellanledet och inte slutkonsumenter. Slutkonsumenterna kan inte dra nytta av de lägre priser som parallellhandeln skulle kunna leda till om de ekonomiska aktörer som är verksamma i ett mellanled själva behåller hela prisskillnaden.

123 Denna kontext beskrivs i Avsnitt I i beslutet, vilken rör fakta i ärendet, och särskilt i underavsnittet F, med rubriken Parallellhandel med läkemedel inom gemenskapen: Medlemsstaternas regelverk och valutafluktuationer, och underavsnitt G, med rubriken Parallellhandel med GW:s produkter inom gemenskapen: Effekterna av GW:s försäljningsvillkor.

124 Den juridiska och ekonomiska kontexten kännetecknas huvudsakligen av följande, enligt av vad som framgår av dessa avsnitt och vad GSK har angett i sina inlagor och vid förhandlingen.

125 I skälen 31, 36 och 50 i beslutet anges för det första att priset på de läkemedel som ersätts av de nationella sjukförsäkringssystemen inte bestäms genom konkurrens över hela gemenskapen, utan i de flesta medlemsstater fastställs genom ett administrativt förfarande och att övriga medlemsstater indirekt kontrollerar detsamma.

126 Enligt skäl 31 i beslutet har medlemsstaterna endast i mindre omfattning harmoniserat sina bestämmelser på detta område. I direktiv 89/105 anges bara att om priserna på dessa läkemedel fastställs på detta sätt enligt nationell rätt skall det ske i ett förfarande som medger insyn och grundas på objektiva och kontrollerbara kriterier. Enligt skäl 50 i beslutet kan medlemsstaten i nationell rätt föreskriva att olika kriterier skall beaktas, beroende på dess sjukvårdspolitik och hur det nationella sjukförsäkringssystemet finansieras, vilket även har anmärkts i direktiv 89/105. Så är bland annat fallet vad gäller spansk rätt, i vilken det enligt skälen 37 och 38 i beslutet föreskrivs att ett maximipris i grossistledet skall fastställas direkt och ett maximipris i detaljhandelsledet skall fastställas indirekt. I brittisk rätt föreskrivs att inte fastställa priser, men enligt skälen 44–46 i beslutet skall läkemedelsbolagens vinstmarginaler begränsas.

127 Enligt skälen 29–31 och 34 i beslutet ingår, för det tredje, skillnaderna mellan tillämpliga nationella bestämmelser på området i en struktur som gör att det har uppstått betydande prisskillnader mellan medlemsstaterna.

128 Enligt skälen 30, 32 och 53 i beslutet är, för det fjärde, valutafluktuationerna en konjunkturfråga som lett till att prisskillnader uppstått. Denna företeelse, som potentiellt berörde samtliga medlemsstater i gemenskapen den 6 mars 1998, vilket var den dag då GSK delgav kommissionen de allmänna försäljningsvillkoren, berörde fortfarande Förenade kungariket, Danmark och Sverige den 8 maj 2001, vilket var den dag då kommissionen antog beslutet, såsom framgår av skäl 53 i beslutet.

129 För det femte är dessa prisskillnader själva orsaken till parallellhandeln med läkemedel inom gemenskapen, enligt skäl 29 i beslutet. Denna parallellhandel går främst till Danmark, Nederländerna och Förenade kungariket, enligt skälen 33 och 34 i beslutet.

130 För det sjätte har vissa medlemsstater antagit bestämmelser som, oavsett huruvida deras syfte är att främja parallellhandel — vilket kommissionen har anfört i skälen 31, 33, 34, 36 och 52 i beslutet, men som GSK ifrågasätter — ändå kan ha sådan verkan. Så är exempelvis fallet med Förenade kungariket, där National Health Service, såsom anges i skäl 49 i beslutet, automatiskt ersätter apotekarna med samma belopp som gäller för läkemedlet när det säljs på den brittiska marknaden, efter ett schablonavdrag på 4–5 procent, vilket antas motsvara den besparing som apotekarna gör när de inköper läkemedlet från annat håll till ett lägre pris.

131 För det sjunde står patienten, såsom framgår av skälen 31 och 51 i beslutet, i allmänhet endast för en begränsad del av kostnaden, vilken varierar från medlemsstat till medlemsstat, för de läkemedel denne konsumerar och som ersätts av det nationella sjukförsäkringssystemet. Det nationella sjukförsäkringssystemet står för huvuddelen av kostnaden. Så är exempelvis fallet i Förenade kungariket, där patienten, enligt vad som framgår av skäl 48 i beslutet, betalar 6 GBP för varje läkemedel, om denne inte hör till en grupp av personer som helt slipper betala någon del av kostnaden.

132 Kommissionen har hänvisat till vissa delar i denna beskrivning i sin bedömning av syftet med artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren. Den har hänvisat därtill i skäl 117 i beslutet, när den har fastställt att denna bestämmelse inverkar på parallellhandeln, vilket inte är omtvistat. Den har också hänvisat därtill i skäl 121 i beslutet, där den har förklarat att tvärtemot vad GSK hävdar har läkemedelsbolagen en möjlighet att delta i de förhandlingar som ingår i det spanska förfarandet för att fastställa grossistpriset på läkemedel.

133 Kommissionen har emellertid inte vid något tillfälle undersökt vad som specifikt och väsentligt kännetecknar sektorn, nämligen att priserna på varorna i fråga kontrolleras av medlemsstaterna, som direkt eller indirekt fastställer den prisnivå som de tycker är lämplig, och gör det på olika strukturnivåer, samt att varornas pris, till skillnad från priset på andra konsumtionsvaror som kommissionen har hänvisat till i sina inlagor och vid förhandlingen, såsom sportartiklar eller motorcyklar, i vilket fall som helst i hög grad inte omfattas av det fria samspelet mellan utbud och efterfrågan.

134 Denna omständighet gör att man inte kan anta att parallellhandeln påverkar det pris som de som är slutkonsumenter för de läkemedel som ersätts av de nationella sjukförsäkringssystemen betalar och därmed ger dem en betydande fördel på samma sätt som om dessa priser bestämdes genom spelet mellan utbud och efterfrågan.

135 Kommissionen har dessutom medgett att det vid ett första påseende framstår som om det är oklart om parallellhandeln med läkemedel ökar slutkonsumenternas välbefinnande, eftersom den i sitt meddelande KOM(1998)0588, av den 25 november 1999 om den inre marknaden för läkemedel, som omnämns i skäl 161 i beslutet och som parterna har tagit upp i sina inlagor och i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor, har angett att i de fall som parallellhandeln inte kan få en dynamisk inverkan på priserna, medför den i stället en ineffektiv marknad, eftersom kanske inte all men en stor del av prisskillnaden stannar hos den som ligger bakom parallellhandeln och inte går till sjukvårdssystemet eller patienten (s. 6).

136 Man kan därför inte anse att kommissionens undersökning av artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, vilken enligt GSK syftar till att säkerställa att det grossistpris som Konungariket Spanien har fastställt endast kommer att tillämpas på det läkemedel som lagstiftningen avser, i sig visar att konkurrensen har hindrats, begränsats eller snedvridits.

137 Inget av kommissionens och intervenienternas argument talar emot denna slutsats.

138 Kommissionen kan särskilt inte, som den har gjort i skälen 118 och 119 i beslutet och i sina inlagor nöja sig med att hänvisa till likheter med de avtal som denna har undersökt i sin tidigare beslutspraxis, och därför anse att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren liknar dessa avtal eller kan jämställas med dem. Detta sätt att förfara innebär nämligen att kommissionen bortser från de omständigheter som ingår i den juridiska och ekonomiska kontexten som har beskrivits ovan och som inte var för handen vad gäller de beslut med tillämpning av artikel 81.1 EG som kommissionen hänvisar till.

139 Kommissionen har vidare inte haft grund för sitt påstående att den spanska lagstiftningen om priskontroll vad gäller grossistpriser på läkemedel inte är avgörande för dessa priser, eftersom läkemedelsbolagen i denna lagstiftning ges utrymme att förhandla, enligt vad som anges i skälen 120–123 i beslutet och i dess inlagor. Kommissionen har inte heller stöd för sitt påstående att omständigheten att staternas lagstiftning skiljer sig åt inte heller är avgörande, med hänsyn till rättspraxis (domen i det ovan i punkt 115 nämnda målet BMW Belgium mot kommissionen, punkt 5, och förstainstansrättens dom av den 19 maj 1999 i mål T-175/95, BASF mot kommissionen, REG 1999, s. II-1581, punkterna 121–123 och 136), vilket kommissionen också har gjort i sina inlagor.

140 Även om man antar att den spanska lagstiftningen ger läkemedelsbolagen möjlighet att delta i förhandlingar, såsom kommissionen och intervenienterna har hävdat vid förhandlingen, är det nämligen så att denna lagstiftning tillsammans med andra medlemsstaters lagstiftning på samma område har ett betydande inflytande på en väsentlig parameter för konkurrensen (se, analogt, domen i de ovan i punkt 56 nämnda målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkterna 17 och 71), och detta är en viktig del i kontexten som man inte kan bortse ifrån i analysen av konkurrenssituationen.

141 Det går således inte att dra några paralleller mellan de mål som kommissionen har hänvisat till, vilka, såsom denna institution själv har angett vid förhandlingen, rör fastställda priser för nybilar (domen i det ovan i punkt 115 nämnda målet BMW Belgium mot kommissionen, punkt 5) eller varor för ommålning av bilar (domen i det ovan i punkt 139 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 123), vilka bara gäller i en enda medlemsstat, och förevarande mål, vilket kännetecknas av att priset på varorna i fråga, vilket medlemsstaterna har fastställt, helt hamnar utanför strukturen med ett samspel mellan utbud och efterfrågan, och i stället fastställs på skilda strukturella nivåer inom gemenskapen, även om det kan finnas marginell konkurrens genom parallellhandel.

142 Det går slutligen inte av punkt 75 i domen i det ovan i punkt 116 nämnda målet General Motors mot kommissionen, som kommissionen har hänvisat till i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor och frågor vid förhandlingen, dra slutsatsen det inte finns någon som helst anledning att beakta de faktiska omständigheter som beskrivs i punkten ovan.

143 Det framgår nämligen av punkt 75 i nämnda dom att omständigheten att skattelagstiftningen inte har harmoniserats inte påverkar slutsatsen att ett avtal som syftar till att begränsa parallellhandeln med bilar har till syfte att begränsa konkurrensen, fastän denna omständighet påverkar konkurrensen inom denna sektor, såsom kommissionen påpekat vid förhandlingen. Det finns däremot inget som talar för att de statliga lagstiftningar som här är i fråga saknar betydelse för konkurrensen, eftersom de har till syfte att se till att priset på läkemedel som ersätts av de nationella sjukförsäkringssystemen fastställs, utan hänsyn till konkurrensen.

144 Intervenienterna kan inte med rätta hävda att de statliga lagstiftningarna i fråga i själva verket inte syftar till att se till att priset på dessa läkemedel fastställs utan inverkan av samspelet mellan utbud och efterfrågan, utan till att mildra följderna av den bristande konkurrensen på denna marknad som har sin grund i läkemedelsbolagens styrka och säkerställa rättvisa priser, såsom intervenienterna har gjort vid förhandlingen.

145 Gemenskapsdomstolen skall nämligen, när den har att ta ställning till en talan om ogiltigförklaring av ett beslut som kommissionen har fattat med tillämpning av konkurrensreglerna, i enlighet med artikel 230 EG och med reservation för vad som gäller enligt artikel 229 EG, pröva huruvida skälen och artikeldelen i detta beslut är lagenliga. Intervenienternas argument bygger dock på omständigheter som kommissionen inte har nämnt och i än högre grad inte har prövat i beslutet. Det ankommer inte på förstainstansrätten att träda i kommissionens ställe och göra en sådan prövning.

146 Dessa argument skall dessutom ställas mot GSK:s argument att de statliga lagstiftningarna om patent har till syfte att göra det möjligt för läkemedelsbolagen att få ersättning för sina kostnader för forskning och utveckling (nedan kallad FoU) genom att ge dem ett tillfälligt monopol, efter vars utgång tillverkare av generiska läkemedel kan börja ägna sig åt priskonkurrens, varför parallellhandlare som är verksamma på marknaden under patentets giltighet, ägnar sig åt konstlad konkurrens och inte åt en effektiv konkurrens, i den mening som avses i artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG.

147 Kommissionens huvudsakliga slutsats att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren skall anses vara förbjudna enligt artikel 81.1 EG i den del som den begränsar eller har till syfte att begränsa parallellhandeln, saknar således fog. Priserna på läkemedlen i fråga saknar till stor del anknytning till det fria samspelet mellan utbud och efterfrågan, på grund av att dessa fastställs i lag eller kontrolleras av myndigheter, varför det inte kan anses fastställt att parallellhandeln syftar till att sänka priserna och på detta sätt förbättra slutkonsumenternas välbefinnande. En analys av ordalydelsen i artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren mot denna kontext ger inte anledning att anta att denna bestämmelse, som syftar till att begränsa parallellhandeln, också syftar till att minska slutkonsumenternas välbefinnande. I denna tämligen ovanliga situation går det således inte att genom att läsa artikelns ordalydelse mot bakgrund av dess kontext dra slutsatsen att avtalet begränsar konkurrensen, och dess verkan måste med nödvändighet också beaktas, om inte annat för att pröva huruvida det som tillsynsmyndigheten härigenom har utläst är korrekt.

— Frågan huruvida avtalet har konkurrensbegränsande verkan

148 En prövning av ett avtals inverkan på konkurrensen förutsätter att man först definierar marknaden eller marknaderna i fråga, vad avser det som omsätts och det geografiska området (domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis, REG 1991, s. I-935, punkterna 15, 16 och 18).

149 Kommissionen har, vad gäller frågan om vilka varor som omsätts på förevarande marknad, i skälen 112 och 113 i beslutet ansett att GSK:s uppgifter om parallellhandelns respektive de allmänna försäljningsvillkorens art och omfattning visar att de varor som marknaden omfattar är samtliga receptförskrivna läkemedel, varför det inte var nödvändigt att exakt avgöra vilken marknadsandel GW har för vart och ett av de 82 läkemedlen i fråga. I den del som kommissionen vid förhandlingen nu har ställt sig tvivlande till GSK:s uppgifter som dessa skäl grundas på, konstaterar förstainstansrätten att det av det kompletterande meddelandet framgår att beslutet inte är felaktigt på denna punkt.

150 Vad avser den geografiska marknaden har kommissionen slutligen i skäl 114 i beslutet ansett att det var fråga om en nationell marknad, bland annat eftersom det i gemenskapens olika medlemsstater förekommer skillnader i bestämmelserna om prissättning och ersättning, samt vad gäller varumärkesstrategin, förpackningarnas utseende, distributionssystemen och förskrivningsvanorna.

151 Kommissionen har inte uttryckligen angett vilka marknader som påverkas av avtalet. Av skälen 112–114, 117 och 126 i beslutet kan man emellertid, vilket kommissionen har bekräftat i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor, utläsa att det rör sig om dels den spanska marknaden, där de spanska grossisterna kan antas köpa

läkemedel från GW, dels samtliga nationella marknader inom gemenskapen där grossisterna har anledning att vidareförsälja dessa läkemedel, det vill säga de marknader där skillnaden mellan det spanska priset och det inhemska priset är tillräckligt stor för att parallellhandeln skall bli lönsam.

152 GSK ifrågasätter inte kommissionens syn på den geografiska marknaden i fråga, vilken kommissionen har bekräftat vid förhandlingen. Det är således ostridigt att denna marknad, vilken omfattar det territorium för vilket de objektiva konkurrensvillkoren för varan i fråga är likvärdiga eller åtminstone tillräckligt homogena för samtliga ekonomiska aktörer (domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkterna 44 och 53, och förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/89, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, svensk specialutgåva, volym 16, s. II-1, punkt 91), i förevarande fall kan anses vara en nationell marknad, med hänsyn bland annat till skillnaderna mellan lagstiftningarna om hur priserna bestäms och hur kostnader för läkemedel ersätts.

153 GSK har däremot vänt sig mot kommissionens syn på vilka varor som marknaden omfattar. GSK hävdar att kommissionen, med hänsyn till den spanska lagstiftningen, borde ha gjort en distinktion mellan den reglerade marknaden, vilken omfattar läkemedel som skall säljas och ersättas i Spanien, å ena sidan, och den fria marknaden, vilken omfattar alla läkemedel som är avsedda att vidareförsäljas och ersättas i någon annan medlemsstat, å andra sidan. Denna kritik framstår emellertid inte som välgrundad.

154 Det framgår av skälen 112 och 113 i beslutet att kommissionen inte har fördjupat sig i frågan om vilka varor som marknaden omfattar. När förstainstansrätten skriftligen frågade kommissionen hur den resonerat i praktiken, svarade denna emellertid att den inte ansåg att det var nödvändigt att noggrant definiera vilka varor som marknaden omfattar, eftersom den hade övertygats om att avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte, varför den gjorde en summarisk definition av marknaden.

155 Kommissionen har även i sina skriftliga svar och senare vid förhandlingen förklarat att den, även om den inte gjort någon fördjupad analys på detta område, hållit sig till den definition som traditionellt används på området, nämligen den definition som grundas på den tredje nivån av ATC-klassificeringen (Anatomic Therapeutic Chemical), vilken utvecklats av European Pharmaceutical Medical Research Association (EphMRA). Denna definition bygger, såsom anges i skälen 16 och 110 i beslutet, på undergrupper indelade efter läkemedlets terapeutiska användningsområde och farmakologiska egenskaper.

156 När förstainstansrätten dömer i ett mål om ogiltigförklaring av en gemenskapsakt ankommer det på densamma att tolka denna rättsakt, exempelvis när den institution som är dess upphovsman kommer med förklaringar av hur rättsakten skall förstås (domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen, REG 2003, s. I-10821, punkterna 55 och 56). I förevarande fall framgår det vid en läsning av beslutet i dess helhet att kommissionen implicit men med nödvändighet i sitt resonemang har utgått från att den aktuella marknaden är marknaden för läkemedel som ersätts genom det spanska sjukförsäkringssystemet, i den del som dessa läkemedel kan tänkas bli föremål för parallellhandel som går till andra medlemsstater inom gemenskapen. Kommissionen har således rent allmänt beskrivit parallellhandeln med läkemedel som GW saluför i Spanien, i skälen 64–71 i beslutet, och den inverkan som de allmänna försäljningsvillkoren har på denna företeelse, i skälen 72–75 i beslutet. Kommissionen har på samma sätt undersökt vilken begränsande verkan som artikel 4 i dessa villkor har, i skälen 117, 126, 137, 139 och 140 i beslutet, varvid kommissionen har koncentrerat sig på ett urval av åtta läkemedel som särskilt kan tänkas bli föremål för parallellhandel och vilka GSK har lämnat kommissionen upplysningar om. Kommissionen har på samma sätt prövat huruvida denna konkurrensbegränsande verkan är betydande, i skäl 144 i beslutet, samt dess inverkan på handeln mellan medlemsstaterna, i skäl 146 i beslutet.

157 Såsom framgår av punkterna 13 och 14 i kommissionens tillkännagivande 97/C 372/03 om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, s. 5, punkterna 13 och 14), är denna institution skyldig att i huvudsak beakta huruvida efterfrågan respektive utbud är utbytbara när den definierar den relevanta marknaden för varorna i fråga.

158 Vad gäller den första aspekten framgår det av kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EGT L 336, s. 21) att det vad avser ett avtal av det slag som här är i fråga gäller att undersöka vilka varor som med hänsyn till sina egenskaper, pris och tilltänkta användning av köparen betraktas som likvärdiga med eller utbytbara med de varor eller tjänster som omfattas av avtalet.

159 Det framstår inte som uppenbart felaktigt att anse att köparen, det vill säga den spanske grossist som kan tänkas ägna sig åt parallellhandel, är mindre intresserad av det terapeutiska användningsområdet och de farmakologiska egenskaper för de olika läkemedlen som denne köper från GW och mer intresserad av att samtliga dessa läkemedel ersätts genom det spanska sjukförsäkringssystemet, och priserna för dessa läkemedel bestäms av de spanska myndigheterna. Det är på samma sätt inte uppenbart felaktigt att anse att denne köpare är mindre intresserad av de olika priserna på vart och ett av dessa läkemedel i sig och mer intresserad av huruvida det föreligger en tillräckligt stor prisskillnad för att det skall kunna bli lönande att ägna sig åt parallellhandel med dessa läkemedel från Spanien till den andra medlemsstaten. Mot denna bakgrund är det inte uppenbart felaktigt att hävda att den relevanta marknaden består av samtliga läkemedel som ersätts genom det spanska sjukförsäkringssystemet och som går att sälja vidare med förtjänst på grund av prisskillnaden mellan Spanien och destinationsmedlemsstaten.

160 Vad avser den andra aspekten konstaterar förstainstansrätten att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, såsom framgår av GSK:s uppgifter, vilka kommissionen har grundat sig på i skälen 112 och 113 i beslutet, har utformats i syfte att ta ett helhetsgrepp i frågan om parallellhandeln med läkemedel från GW mellan Spanien och medlemsstater till vilka de spanska grossisterna kan exportera med lönsamhet.

161 Eftersom den spanska lagstiftningen för såväl köparna som för GSK framstår som den gemensamma faktorn för marknaden för varorna i fråga och är det som särskiljer denna marknad från marknaden för läkemedel som konsumeras inom

landet, vilken är reglerad, och marknaden för läkemedel som skall exporteras, vilken är fri. Den distinktion som GSK har föreslagit är snarare knuten till omständigheten att den spanska lagstiftningen är tillämplig i Spanien och att marknaden i fråga geografiskt sett avser hela staten, vilket GSK också har medgett vid förhandlingen.

162 Förstainstansrätten skall därefter undersöka vilken inverkan avtalet har på konkurrensen för tillfället eller potentiellt. Denna undersökning innefattar att jämföra den konkurrenssituation som har uppstått genom avtalet och den som annars skulle vara för handen (domen i det ovan i punkt 55 nämnda målet Société technique minière, s. 360, och domen i det ovan i punkt 112 nämnda målet Deere mot kommissionen, punkt 76).

163 Förstainstansrätten vill härvid inledningsvis anmärka att det framgår av skälen 26 och 28 i beslutet att de allmänna försäljningsvillkoren, vilka trädde i kraft den 9 mars 1998, inte har tillämpats från och med den 16 oktober 1998, så var också fallet när beslutet antogs, vilket parterna har erinrat om vid förhandlingen. Följaktligen skall kommissionens undersökning tolkas så, att den främst rör försäljningsvillkorens potentiella verkan på konkurrensen, såsom parterna har angett vid förhandlingen.

164 GSK har härvid medgett att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren leder eller kan leda till att parallellhandeln begränsas, men har motsatt sig påståendet att de leder till eller kan leda till att konkurrensen begränsas. GSK:s argument rör i huvudsak fyra aspekter av kommissionens resonemang i beslutet. För det första innebär den omständigheten att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren begränsar parallellhandeln och inverkar negativt på de spanska grossisternas handlingsfrihet inte i sig att bestämmelsen begränsar konkurrensen. För det andra innebär, med hänsyn till bestämmelsens juridiska och ekonomiska kontext, omständigheten att bestämmelsen innehåller ett system med differentierade priser inte i sig att den begränsar konkurrensen. För det tredje har kommissionen inskränkt sig till att dra slutsatsen att denna bestämmelse medför att parallellhandeln begränsas, att de spanska grossisternas handlingsfrihet undergrävs och att

differentierade priser tillämpas, vilket innebär att kommissionen inte har styrkt att denna bestämmelse begränsar konkurrensen i lagens mening. Kommissionen har för det fjärde i vilket fall som helst inte beaktat att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren bara har till syfte att neutralisera den snedvridning av konkurrensen som Konungariket Spaniens beteende har lett till.

165 Förstainstansrätten måste avgöra om denna kritik visar att beslutet innehåller en felaktig slutsats att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren begränsar konkurrensen.

166 För det första är det utrett att denna bestämmelse, såsom anges i skäl 126 i beslutet, begränsar parallellhandeln med de läkemedel som GW saluför i Spanien. I många fall innebär bestämmelsen nämligen att 4 A-priset, vilket är betydligt lägre än det pris som tillämpas i många andra medlemsstaterna, ersätts av 4 B-priset, vilket är detsamma eller obetydligt lägre än det pris som tillämpas i dessa stater. Bestämmelsen innebär härvid att den prisfördel som de spanska grossisterna skulle kunna utnyttja vid export försvinner eller minskar.

167 Förstainstansrätten erinrar om att redan omständigheten att ett avtal begränsar eller kan tänkas begränsa parallellhandeln förvisso påverkar handeln mellan medlemsstaterna, men detta innebär inte med nödvändighet att konkurrensen begränsas. Frågan huruvida konkurrensen begränsas beror på vilka följder denna begränsning av parallellhandeln har eller skulle kunna ha för någon aspekt av konkurrensen, exempelvis mängden varor som levereras eller försäljningspriset (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 118 nämnda målet Tepea mot kommissionen, punkterna 41, 43 och 56).

168 De spanska grossisterna skulle, om artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren inte fanns, kunna köpa läkemedel till det grossistpris som de spanska myndigheterna har fastställt, utan hänsyn till vilken medlemsstat som läkemedlen kommer att

vidareförsäljas till och hur det nationella sjukförsäkringssystemet enligt vilket läkemedlen kommer att ersättas ser ut, och sedan vidareförsälja läkemedlen i medlemsstater där priset ligger tillräckligt högt över det spanska priset, så att de kan göra en vinst, även efter avdrag för transaktionskostnaderna. Denna omständighet räcker emellertid inte för att man skall kunna dra slutsatsen att bestämmelsen begränsar konkurrensen, utan att ta hänsyn till i vilken mån parallellhandeln medför priskonkurrens, med hänsyn till den roll medlemsstaterna spelar på detta område.

169 GSK har således rätt i att kommissionen, efter att ha tagit upp frågan om vilken verkan artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har på parallellhandel, därefter borde ha visat vilken inverkan denna bestämmelse har på konkurrensen.

170 För det andra har det inte ifrågasatts att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, såsom anges i skälen 137–139 i beslutet, medför att de spanska grossisternas handlingsfrihet, exempelvis vad gäller att välja kunder, begränsas.

171 Alla avtal som begränsar handlingsfriheten för ett eller flera företag som är parter i avtalet omfattas inte nödvändigtvis av förbudet i artikel 81.1 EG (domstolens dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl., REG 2002, s. I-1577, punkt 97, och förstainstansrättens dom av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2459, punkt 76). Varje avtal mellan ekonomiska aktörer som är verksamma på olika nivåer i produktions- eller distributionskedjan leder till att de blir bundna av avtalet och får sin handlingsfrihet begränsad enligt vad avtalet föreskriver. I förevarande fall är det så att oavsett vilket pris de spanska grossisterna har förbundit sig att betala till GW för läkemedel på den spanska marknaden (4 A-priset eller 4 B-priset), är deras handlingsfrihet begränsad genom att de, från en ekonomisk synpunkt, inte har möjlighet att under någon längre tid vidareförsälja läkemedlen till ett lägre pris på andra nationella marknader inom gemenskapen. Syftet med gemenskapsrättens konkurrensregler är emellertid att undvika att företagen minskar slutkonsumentens välbefinnande genom att begränsa konkurrensen dem emellan eller i förhållande till tredje person (punkt 118 ovan),

varför frågan återstår huruvida begränsningen i fråga minskar konkurrensen till slutkonsumentens nackdel. Kommissionen har dessutom själv vid förhandlingen förklarat att det är svårt att isolerat ta ställning till begränsningen av de spanska grossisternas handlingsfrihet och att det inte var utgångspunkten för dess undersökning.

172 GSK har därför helt rätt i att kommissionen, efter att ha tagit upp frågan om vilken inverkan artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har på de spanska grossisternas handlingsfrihet, därefter är skyldig att visa på vilket sätt denna bestämmelse begränsar konkurrensen, till slutkonsumentens nackdel.

173 För det tredje har det inte ifrågasatts att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren föreskriver ett system med differentierade priser beroende på om de 82 berörda läkemedlen skall säljas och ersättas i Spanien eller i någon annan medlemsstat.

174 Även om skäl 139 i beslutet vid ett första påseende framstår som otydligt på denna punkt, framgår det vid närmare undersökning att kommissionen har ansett att ett sådant system har diskriminerande verkan beroende på vad varorna i fråga har för destination (den spanska marknaden eller andra nationella marknader). Kommissionens inlagor bekräftar denna tolkning. För det första jämförs GW:s system med differentierade priser med en avskräckande prisdiskriminering vid export till vissa länder, varvid kommissionen anser att detta leder till att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, i den mening som avses i artikel 81.1 d EG. Kommissionen har för det andra hänvisat till rättspraxis rörande artikel 82 c EG, som har samma lydelse som denna bestämmelse.

175 Enligt artikel 81.1 d EG är det förbjudet med avtal som innebär att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel.

176 I förevarande fall råder det ingen tvekan om att de spanska grossisterna är GW:s handelspartners och att GW tillämpar olika villkor beroende på om de säljer läkemedlen i Spanien eller i andra medlemsstater inom gemenskapen. Däremot har det inte styrkts att dessa försäljningar utgör likvärdiga transaktioner och att villkoren för att tillämpa artikel 81.1 d EG således är uppfyllda.

177 Det framgår nämligen av den rättspraxis som kommissionen har hänvisat till att artikel 82 c EG inte utgör hinder för att ett företag i dominerande ställning fastställer olika priser i de olika medlemsstaterna, i synnerhet när prisskillnaderna motiveras av skillnader i marknadsföringsvillkoren och intensiteten i konkurrensen, men innebär ett förbud för företaget att tillämpa artificiella prisskillnader i de olika medlemsstaterna som kan medföra nackdelar för dess kunder och snedvrida konkurrensen som ett led i en konstlad avskärmning av de nationella marknaderna (domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkt 160, och där omnämnd rättspraxis). Rent allmänt framgår det av denna rättspraxis att omständigheten att ett företag i dominerande ställning tillämpar differentierade priser, i frånvaro av objektiva förklaringar, kan utgöra ett indicium på diskriminering om dessa priser tillämpas på en viss geografisk marknad som kännetecknas av tillräckligt homogena konkurrensvillkor, vilket inte är fallet när de differentierade priserna tillämpas på åtskilda geografiska marknader som kännetecknas av otillräckligt homogena konkurrensvillkor, som exempelvis beror på den relevanta lagstiftningen (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet United Brands mot kommissionen, punkterna 44–56 och 207, 208, 225, 228 och 233, och domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkterna 92–96 och 161, 164, 165, 167 och 170).

178 Dessa överväganden kan överföras på förevarande fall där en producent och dennes grossister har träffat ett avtal om att olika priser skall tillämpas beroende på i vilken medlemsstat som varorna i fråga kommer att säljas eller ersättas. Det är utrett att varje medlemsstat utgör en distinkt marknad, eftersom den geografiska marknaden i fråga är nationell, exempelvis beroende på skillnader mellan de olika lagstiftningarna om priskontroll och ersättning för läkemedlen i fråga. Kommissionen har därför

själv i beslutet ansett att den spanske grossisten när denne levererar till olika nationella marknader agerar under heterogena konkurrensvillkor, exempelvis genom att den relevanta lagstiftningen påverkar priserna, vilket är en viktig parameter som regleras i artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren.

179 GSK har således helt rätt i att prisskillnaden inte är tillräckligt stor för att man skall kunna anse att det är fråga om diskriminering. Det är nämligen möjligt att GSK har tillämpat olika priser på grund av att det är fråga om olika marknader och inte för att skapa olika marknader.

180 Kommissionen har för övrigt själv föreslagit denna tolkning i sitt ovan i punkt 135 nämnda meddelande KOM(1998)0588, där kommissionen har angett att läkemedelsbolagen tillämpar differentierade priser för att ta hänsyn till skillnader i betalningsförmåga (s. 6) och mer allmänt tillagt att det vore ytterligt svårt att fastställa en lämplig prisnivå över hela gemenskapen, eftersom låga prisnivåer skulle gynna omedelbara mål i fråga om hälso- och sjukvårdskostnader, men skulle leda till en stadig minskning av det europeiska bidraget till den globala läkemedelsforskningen och -utvecklingen, och höga prisnivåer skulle begränsa tillgången för konsumenter och betalningsansvariga i de länder där de ekonomiska och sociala förhållandena innebär att man inte har råd med dessa priser (s. 14).

181 GSK har för det fjärde hävdat att kommissionen inte på något sätt har styrkt att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har lett till att konkurrensen har begränsats.

182 Så är emellertid inte fallet. Kommissionen har tvärtom — efter en undersökning som kommissionen i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor har medgett var relativt kortfattad, men som är tillräckligt komplett med avseende på de

omständigheter som här är i fråga (se punkt 119 ovan) och med avseende på GSK:s argument — dragit slutsatsen att denna bestämmelse även ledde till att slutkonsumenternas välbefinnande minskar, genom att de hindras från att dra nytta av att de spanska grossisterna konkurrerar på andra marknader genom parallellhandel med läkemedel avsedda för den spanska marknaden, vilket skulle leda till lägre priser och kostnader.

183 Kommissionen har i skälen 72–75 i beslutet konstaterat att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren innebär en skyldighet för de spanska grossisterna som köper läkemedel som GW saluför i Spanien att betala ett pris (4 B-priset) som är högre än det som de spanska myndigheterna har fastställt (4 A-priset), vilket de skulle ha betalat om de allmänna försäljningsvillkoren inte fanns. Denna bestämmelse medför att skillnaden mellan de priser som gäller i Spanien och i andra medlemsstater inom gemenskapen minskar eller helt försvinner i ett antal fall. Det är fråga om ett stort antal fall, oavsett om man tar hänsyn till de ökade kostnader som de spanska grossisterna har vid parallellhandel (transport, ompackning etc.) eller inte. GSK ifrågasätter inte detta konstaterande.

184 Kommissionen har därefter i skälen 48 och 51 i beslutet konstaterat att patienten, som i detta sammanhang är slutkonsumenten, i begreppets ekonomiska mening, för varorna i fråga, i ett antal medlemsstater står för en begränsad del av priset på läkemedel som omfattas av de allmänna försäljningsvillkoren. Kommissionen har även i skälen 49 och 51 i beslutet konstaterat att resten av priset för dessa läkemedel ersattes av det nationella sjukförsäkringssystemet, vilket också är en slutkonsument för varorna i fråga, eftersom systemet ersätter de försäkrades sjukvårdskostnader. Domstolen har dessutom redan anmärkt att handeln med läkemedel har en specifik karaktär och präglas av att kostnaderna för sjukvården inte betalas av konsumenterna utan av socialförsäkringsinstitutionerna (domstolens dom av den 7 februari 1984 i mål 238/82, Duphar m.fl., REG 1984, s. 523, svensk specialutgåva, volym 8, s. 505, punkt 20). GSK har inte ifrågasatt dessa konstateranden om de faktiska omständigheterna. Kommissionen har vid förhandlingen erinrat om att dessa omständigheter varit mycket viktiga för dess resonemang i beslutet.

185 Även om man utgår ifrån att konkurrensen mellan spanska grossister som ägnar sig åt parallellhandel, eller mellan sådana grossister och distributörer på marknaden i den medlemsstat som parallellhandeln går till, är så begränsad att de kan ta ut priser som bara överstiger de senares så mycket som är absolut nödvändigt för att locka detaljhandlarna, såsom övertygande framgår av vissa handlingar som GSK har ingett, kunde kommissionen, såsom denna har gjort i skäl 140 i beslutet, av de konstateranden om de faktiska omständigheterna som det har erinrats om i punkterna ovan, dra slutsatsen att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren utgör hinder för denna konkurrens och den prispress som annars hade kunnat ligga på enhetspriset för läkemedlen i fråga, vilket skadar slutkonsumenten, med vilket uttryck här förstås både patienten och det nationella sjukförsäkringssystemet som tillhandahåller de försäkrade deras rättigheter.

186 Det är korrekt att detta tryck, såsom kommissionen har anmärkt i skäl 133 i beslutet, och därefter i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor och vid förhandlingen, vid en individuell bedömning som avser en av de nationella marknader som påverkas av artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, såsom den brittiska marknaden, kan ha en marginell inverkan. Kommissionen har emellertid i skäl 140 i beslutet även anmärkt att omständigheten att denna bestämmelse, som är ett avtal mellan en betydande andel av de spanska grossisterna och som påverkar en betydande mängd varor och nationella marknader inom gemenskapen, påverkar detta tryck, och därmed bidrar eller skulle kunna bidra till att förstärka den redan stela prisbilden på marknaden. En sådan förstärkning strider emellertid mot artikel 81.1 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet Metro I, punkt 22, domstolens dom av den 29 oktober 1980 i mål 209/78, Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, svensk specialutgåva, volym 5, s. 345, punkt 139).

187 GSK har inte styrkt någon felaktig bedömning i denna fråga. GSK har tvärtom vid förhandlingen medgett att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, även om denna bestämmelses främsta syfte är att förhindra att grossisterna får ett överskott, kan leda till att slutkonsumenterna förlorar den, förvisso begränsade, nytta som grossisternas medverkan i konkurrensen avseende dessa varor kan innebära för slutkonsumenten på de marknader som parallellhandeln går till.

188 Kommissionen har slutligen i skälen 33, 34, 52 och 134 i beslutet konstaterat att vissa av de nationella sjukförsäkringssystemen, i olika hög grad och enligt olika metoder, drar nytta av parallellhandeln för att minska sina kostnader för de läkemedel som de ersätter. Även om GSK har vänt sig mot påståendet att de nationella åtgärder som kommissionen har hänvisat till har till syfte att uppmuntra parallellhandeln, har GSK inte ifrågasatt att åtgärderna kan få en sådan verkan, såsom kommissionen har anmärkt vid förhandlingen utan att motsägas. Vissa av de handlingar som kommissionen har ingett understryker tvärtom övertygande att så kan vara fallet. GSK har även, senast i sina svar på de skriftliga frågorna och vid förhandlingen, medgett att vissa medlemsstater har vidtagit åtgärder för att få del av de besparingar som apoteken kan göra genom parallellhandel.

189 Kommissionen kunde genom att koncentrera sig på exemplet Förenade kungariket, vilket enligt GSK är den viktigaste marknaden för parallellhandel med de läkemedel som GW säljer i Spanien, med rätta i skäl 134 i beslutet dra slutsatsen att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har som verkan att beröva de nationella sjukförsäkringssystemen de fördelar, i form av minskade kostnader, som de annars skulle kunna få av att de spanska grossisterna deltar i konkurrensen avseende dessa varor, och detta även om priserna i detaljhandeln inte sjunker. GSK har vid förhandlingen medgett att artikeln har denna verkan, även om den understrukit att den är begränsad. GSK har även medgett att en sådan verkan kan uppstå i andra medlemsstater än Förenade kungariket.

190 Förstainstansrätten finner därför att kommissionen, med hänsyn till omständigheter som GSK inte har kunnat vederlägga, med rätta kunde anse att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren leder till att slutkonsumenternas välbefinnande minskar, genom att de hindras från att dra nytta av att de spanska grossisterna konkurrerar på andra marknader genom parallellhandel med läkemedel avsedda för den spanska marknaden, vilket skulle kunna leda till lägre priser och kostnader.

191 Inget av GSK:s argument är av sådan art att de vederlägger denna slutsats.

192 Förstainstansrätten anser särskilt att det inte finns något stöd för GSK:s huvudargument att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren är berättigad, på grund av att den neutraliserar den snedvridning av konkurrensen som Konungariket Spaniens beteende har lett till. Omständigheten att den juridiska och ekonomiska kontexten för företagens verksamhet bidrar till att begränsa konkurrensen kan nämligen inte göra det tillåtet för dessa företag att i sin tur bryta mot konkurrensreglerna genom att hindra eller begränsa konkurrensen (domen i de ovan i punkt 104 nämnda förenade målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkt 620, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet CIF, punkt 57).

4. Slutsats

193 Av det ovanstående följer att GSK inte har lyckats vederlägga kommissionens slutsats att de allmänna försäljningsvillkoren utgör ett avtal, i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

194 Av detta följer även att GSK, även om kommissionens grundläggande slutsats att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren har till syfte att begränsa konkurrensen skulle vara felaktig, inte har kunnat vederlägga kommissionens slutsats i andra hand att denna bestämmelse leder till att slutkonsumenternas välbefinnande minskar, genom att de hindras från att dra nytta av att de spanska grossisterna konkurrerar på andra marknader genom parallellhandel med läkemedel avsedda för den spanska marknaden, vilket skulle leda till lägre priser och kostnader.

195 Talan kan således inte bifallas med stöd av grunden om åsidosättande av artikel 81.1 EG.

C — *Grunden om maktmissbruk och åsidosättande av subsidiaritetsprincipen och artikel 43 EG*

1. Parternas argument

196 GSK har i huvudsak gjort gällande att beslutet genom sitt förbud mot differentierade priser innebär att GSK tvingas tillämpa de priser som de spanska myndigheterna har fastställt vid försäljning i grossistledet av läkemedel som skall säljas i Spanien och som ersätts av det spanska sjukförsäkringssystemet även vid försäljning i grossistledet av läkemedel som skall säljas i andra medlemsstater eller ersättas av andra nationella sjukförsäkringssystem, vilka har sina egna system med reglerade priser. Detta innebär att subsidiaritetsprincipen åsidosätts. Det innebär också att etableringsfriheten enligt artikel 43 EG åsidosätts. Om kommissionens syfte härvid har varit att på detta sätt harmonisera priserna på läkemedel inom gemenskapen, innebär detta ett maktmissbruk.

197 Kommissionen, som stöds av intervenienterna, har hävdat att denna grund saknar stöd.

2. Förstainstansrättens bedömning

198 Förstainstansrätten anmärker för det första att ett beslut innebär maktmissbruk endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter kan antas att det har antagits uteslutande, eller åtminstone huvudsakligen, för att uppnå andra mål än de som angetts (domstolens dom av den 21 juni 1958 i mål 8/57, Groupement des hauts Fourneaux et aciéries belges mot Höga myndigheten, REG 1958, s. 223, på s. 245, och av den 11 november 2004 i de förenade målen C-186/02 P och C-188/02 P, Ramondín m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-10653, punkt 44).

199 I förevarande fall framgår det emellertid av GSK:s inlagor att GSK spekulerar om kommissionens syfte, men inte har hänvisat till uppgifter som styrker att beslutet uteslutande eller huvudsakligen har antagits i syfte att underlätta harmonisering av priset på läkemedel inom gemenskapen.

200 I artikel 5 andra stycket EG föreskrivs för det andra att på de områden där gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå.

201 I artikel 81.1 EG har subsidiaritetsprincipen konkretiserats genom att förbudet i detsamma har begränsats till att avse avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater. Om det på grundval av en sammantagen bedömning av de objektiva, rättsliga och faktiska omständigheterna går att förutse med tillräcklig grad av sannolikhet att sådana beteenden direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan påverka handelsflödet mellan medlemsstater, skall de anses påverka handeln mellan medlemsstaterna (domen i de ovan i punkt 110 nämnda målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 495, och domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-359/01 P, British Sugar mot kommissionen, REG 2004, s. I-4933, punkt 27), varför det kan vara lämpligt att gemenskapen ingriper på grund av åtgärdens omfattning eller verkningar (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen, REG 2003, s. II-4653, punkterna 197 och 198).

202 När denna åtgärd är ett kommissionsbeslut skall den således anses vara förenlig med subsidiaritetsprincipen om kommissionen har styrkt att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas av det avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfarande som kommissionen har tagit ställning till.

203 I förevarande fall har kommissionen i skälen 145 och 146 i beslutet i huvudsak anfört att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, eftersom den föreskriver differentierade priser beroende på om de grossister som GW har affärsförbindelser med i Spanien har för avsikt att sälja de läkemedel som de köper i Spanien eller till andra medlemsstater inom gemenskapen, vilket GSK inte har invänt emot.

204 För det tredje ger artikel 43 EG alla medlemsstaters medborgare, vilket enligt artikel 48 EG inbegriper bolag som har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen, den grundläggande friheten (domstolens dom av den 6 oktober 1981 i mål 246/80, Broekmeulen, REG 1981, s. 2311, svensk specialutgåva, volym 6, s. 199, punkt 20, och av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus, REG 1993, s. I-1663, svensk specialutgåva, volym 14, s. 167, punkterna 28 och 29) att etablera sig i en annan medlemsstat på samma villkor som dess medborgare och förbjuder att inskränkningar i denna frihet bibehålls eller införs.

205 Som sådan inskränkning förstås varje nationell åtgärd, även om den tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt vad avser nationalitet, som kan försätta medborgare i andra medlemsstater i en situation som faktiskt eller rättsligt är mindre gynnsam än den situation som gäller för värdmedlemsstatens medborgare och på så sätt göra det svårare eller mindre attraktivt för dem att utöva denna grundläggande frihet, med undantag för de undantag som föreskrivs i fördraget eller som domstolen har erkänt (domstolens dom av den 11 maj 1999 i mål C-255/97, Pfeiffer, REG 1999, s. I-2835, punkterna 18 och 19, och av den 21 april 2005 i mål C-140/03, kommissionen mot Grekland, REG 2005, s. I-3177, punkt 27).

206 I förevarande fall har GSK emellertid yrkat på ogiltigförklaring av ett beslut om tillämpning av artikel 81.1 EG, vilket kommissionen har fattat med stöd av sin behörighet enligt gemenskapens konkurrensregler. Ett sådant beslut är till sin natur

sådant att det inte utgör eller inbegriper någon form av nationell åtgärd som kan innebära en inskränkning som är förbjuden enligt artikel 43 EG. Det går således inte att åberopa denna bestämmelse för att hävda att beslutet strider mot densamma (se, analogt, vad avser artikel 49 EG, domstolens beslut av den 23 februari 2006 i mål C-171/05 P, Piau mot kommissionen, REG 2006, s. I-37*, punkt 58).

207 Grunden om maktmissbruk och åsidosättande av subsidiaritetsprincipen och artikel 43 EG saknar således helt stöd, och samma sak gäller GSK:s yrkanden om ogiltigförklaring av artikel 1 i beslutet.

II — *Grunderna till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 2 i beslutet*

A — *Grunden om bristande motivering*

1. Parternas argument

208 GSK har i huvudsak gjort gällande att beslutet är bristfälligt motiverat, eftersom kommissionen inte i tillräcklig mån har prövat GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som ingetts i det administrativa förfarandet om vilka fördelar och nackdelar som parallellhandeln respektive artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren medför för konkurrensen inom läkemedelssektorn, vilket kommissionen borde ha gjort med hänsyn till domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Bayer mot kommissionen.

209 Kommissionen, som stöds av intervenienterna, har hävdat att denna grund saknar stöd.

2. Förstainstansrättens bedömning

210 Frågan huruvida kommissionen har gjort en tillräcklig undersökning innan den fattat ett beslut om tillämpning av konkurrensreglerna hör inte till frågan huruvida detta beslut har motiverats och hur omfattande denna motivering är, utan till frågan huruvida kommissionens bedömning är välgrundad (domen i det ovan i punkt 54 nämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 67, och förstainstansrättens dom av den 13 januari 2004 i mål T-158/99, Thermenhotel Stoiser Franz m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1, punkt 97).

211 I förevarande fall har GSK emellertid gjort gällande att beslutet är bristfälligt motiverat, eftersom kommissionen inte har gjort en tillräcklig prövning av de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som har anförts till stöd för GSK:s begäran om undantag. GSK ifrågasätter således inte främst beslutsmotiveringens omfattning utan främst huruvida kommissionens bedömning av denna begäran om undantag är korrekt med hänsyn till artikel 81.3 EG.

212 Denna grund inbegrips således i grunden om åsidosättande av denna bestämmelse, vilken kommer att prövas nedan.

213 I den del som GSK även vill göra gällande att beslutet är otillräckligt motiverat vad avser dess begäran om undantag, framstår denna kritik som ogrundad. Kommissionen har nämligen i skälen 147–188 i beslutet, gett en motivering som är tillräcklig för att GSK skall kunna förstå dess resonemang och för gemenskapsdomstolarna att pröva detsamma vad avser kommissionens slutsats att denna begäran enligt kommissionen måste avslås på grund av att GSK inte har styrkt att villkoren för att bevilja ett undantag inte är uppfyllda och att den omtvistade artikeln medför effektivitetsvinster.

B — *Grunden om åsidosättande av artikel 81.3 EG*

1. Beslutets innehåll

214 Kommissionen har i skälen 147–189 i beslutet ansett att GSK inte har styrkt att villkoren för att tillämpa artikel 81.3 EG inte är uppfyllda i förevarande fall.

215 Vad avser det första villkoret för att tillämpa denna bestämmelse har kommissionen i skälen 151 och 154–176 i beslutet ansett att GSK inte har styrkt att de allmänna försäljningsvillkoren bidrar till att främja tekniskt framåtskridande eller att förbättra distributionen av läkemedel.

216 Vad avser det andra villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG har kommissionen i skälen 177–186 i beslutet ansett att GSK inte har styrkt att de allmänna försäljningsvillkoren leder till att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås.

217 Kommissionen har i skälen 187 och 188 i beslutet tillagt att GSK inte heller har styrkt att de allmänna försäljningsvillkoren inte ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål eller ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av läkemedlen i fråga.

2. Parternas argument

218 GSK har hävdat att kommissionens slutsats att GSK inte har styrkt att villkoren för att bevilja ett undantag inte är uppfyllda är felaktig, varför artikel 2 i beslutet skall ogiltigförklaras.

219 GSK har rent allmänt i huvudsak gjort gällande att kommissionen har gjort en verklig prövning av GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och bevisning till stöd för dess begäran om undantag. GSK har därefter framfört argument rörande vart och ett av villkoren för att tillämpa artikel 81.3 EG.

220 GSK har för det första, vad avser det första av dessa villkor, gjort gällande dels att kommissionen inte på allvar har prövat dess argument om de faktiska omständigheterna och dess bevisning för att parallellhandeln leder till effektivitetsförluster genom att GSK:s utvecklingsresurser minskas, medan artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren medför effektivitetsvinster genom att GSK får förbättrade utvecklingsresurser. GSK anser att kommissionen har dragit den felaktiga slutsatsen att GSK inte har styrkt att parallellhandel påverkar utvecklingsmöjligheterna eller i vart fall inte har en betydande påverkan. GSK anser sig ha styrkt att försäljningsvillkoren bidrar till att främja teknisk utveckling.

221 GSK har dels hävdat att kommissionen dragit den felaktiga slutsatsen att GSK inte har styrkt att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren bidrar till att förbättra distributionen av läkemedel genom att begränsa parallellhandeln, vilken gör att vissa av de läkemedel som GSK säljer släpps ut på marknaden senare i vissa medlemsstater och att GSK:s läkemedelsportfölj inte blir optimal.

222 GSK har vidare, vad avser det andra villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG, anfört att kommissionen har dragit den felaktiga slutsatsen att inget tyder på att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren leder till att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås. Kommissionen har nämligen gjort en felaktig definition av konsumenterna genom att däri inbegripa grossisterna men däremot inte helt beaktat vilken roll medlemsstaterna spelar i sektorn i fråga. Det är dessutom uppenbart att kommissionen har gjort en felaktig bedömning av vilka fördelar som konsumenterna får genom GSK:s system med differentierade priser, jämfört med den situation som parallellhandeln ger dem.

223 GSK anser dessutom att man klart har visat att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren är nödvändig, i den mening som avses i det tredje villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG, för att ge konsumenterna dessa fördelar.

224 GSK anser slutligen att man har styrkt att denna bestämmelse inte leder till att en stor del av konkurrensen försvinner, med hänsyn till konkurrensens art och intensitet, i enlighet med det fjärde villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG.

225 Kommissionen, som stöds av intervenienterna, hävdar att dessa argument saknar stöd.

226 Kommissionen har för det första gjort gällande att den har gjort en seriös och tillräcklig prövning av de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har anfört till stöd för sin begäran om undantag.

227 Kommissionen har för det andra hävdat att den har rätt i att GSK inte har styrkt att villkoren för att tillämpa artikel 81.3 EG var uppfyllda.

228 Kommissionen anser härvid, för det första, att GSK inte kan nöja sig med att påstå att det avtal som GSK har ingått med syfte eller verkan att försvåra parallellhandeln gör det möjligt för GSK att göra så stora vinster som möjligt och använda en del av dessa vinster för att finansiera sin forskning och utveckling. Det ankom tvärtom på GSK att styrka att det föreligger ett objektivt, specifikt och direkt orsakssamband mellan den konkurrensbegränsning som detta avtal medför och de effektivitetsvinster som GSK påstår har uppkommit. Kommissionen har emellertid i förevarande fall konstaterat att GSK inte har styrkt ett sådant orsakssamband.

229 Kommissionen anser för det andra att även om man skulle anse att GSK:s argument om att parallellhandeln stör distributionen av läkemedel och leder till att läkemedel släpps ut senare på marknaden och att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren rättar till dessa problem, är tillräckligt specifika för att kunna beaktas, så har GSK inte någon gång under det administrativa förfarandet styrkt desamma.

230 Kommissionen anser, för det tredje, i huvudsak att grossisterna ingår bland konsumenterna och att dessa kan anses dra nytta av parallellhandeln, på samma sätt som patienterna och de nationella sjukförsäkringssystemen. Kommissionen har tillagt att GSK däremot aldrig har styrkt att konsumenterna kan dra nytta av artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren.

231 Kommissionen har, för det fjärde, anfört att GSK:s argument inte visar på att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, tvärtemot vad som var kommissionens slutsats i beslutet, är nödvändig.

232 Kommissionen har för det femte anfört att GSK:s argument i vilket fall som helst inte utgör en seriös grund för att ifrågasätta kommissionens bedömning att GSK inte har styrkt att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren inte leder till att konkurrensen försvinner för en stor del av varorna i fråga.

3. Förstainstansrättens bedömning

a) Inledande överväganden

233 Varje avtal som till sitt syfte eller sin verkan begränsar konkurrensen kan i princip beviljas ett undantag (domen i de ovan i punkt 110 nämnda förenade målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 496–498 och s. 501–505, och förstainstansrättens dom av den 15 juli 1994 i mål T-17/93, Matra Hachette mot kommissionen, REG 1994, s. II-595, punkt 85), såsom kommissionen för övrigt anmärkt i skäl 153 i beslutet och vid förhandlingen.

234 Vissa villkor måste vara uppfyllda för att denna bestämmelse skall vara tillämplig. Det är både nödvändigt och tillräckligt att dessa villkor är uppfyllda (domen i det ovan i punkt 57 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 38, och domen i det ovan i punkt 233 nämnda målet Matra Hachette mot kommissionen, punkt 104). För det första måste avtalet bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varorna i fråga eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, för det andra måste konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, för det tredje får avtalet inte ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga och för det fjärde får avtalet inte ge dessa företag en möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

235 Den som åberopar artikel 81.3 EG måste därför genom övertygande argument och bevisning styrka att dessa villkor är uppfyllda (domstolens dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen, REG 1982, s. 19, svensk specialutgåva, volym 7, s. 437, punkt 52, och domen i de ovan i punkt 55 nämnda målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 78).

236 Kommissionen måste å sin sida göra en ordentlig prövning av argumenten och bevisningen (domen i de ovan i punkt 110 nämnda förenade målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 501), det vill säga avgöra om de visar att villkoren för att tillämpa artikel 81.3 EG är uppfyllda. I vissa fall kan argumenten och bevisningen vara sådan att motparten tvingas lämna en förklaring eller en motivering, vid äventyr av att den som har åberopat artikel 81.3 EG kan anses ha uppfyllt sin bevisbörda (domen i de ovan i punkt 55 nämnda målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 79). Kommissionen måste i så fall i sina inlagor vederlägga argumenten och bevisningen.

237 I förevarande fall har kommissionen koncentrerat sin prövning till det första villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG, vilket denna också har understrukit i sina inlagor och senare vid förhandlingen. Kommissionen ansåg i skälen 151 och 154–176 i beslutet att de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK hade anfört under det administrativa förfarandet inte visade att villkoret var uppfyllt.

238 Kommissionen avfärdade följaktligen de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK hade anfört i syfte att styrka att en konsument tillförsäkras en skälig andel av den vinst som uppnås genom de allmänna försäljningsvillkoren och att det andra villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG således är uppfyllt, vilket kommissionen har bekräftat vid förhandlingen. Kommissionen ansåg nämligen i skäl 179 i beslutet att GSK inte hade styrkt att begränsningen av parallellhandeln verkligen leder till någon eller några av de fördelar som föreskrivs i det första villkoret, varför det andra villkoret inte heller kan

vara uppfyllt, vilket i sin tur leder till att det inte är nödvändigt att fortsätta prövningen. Kommissionen besvarade senare och bara för att göra en fullständig prövning i skälen 180–186 i beslutet vissa av GSK:s argument om att parallellhandel inte leder till vinster, varav konsumenterna får en skälig andel.

239 Kommissionen har i sina inlagor och sedan vid förhandlingen angett att den endast har gjort en summarisk prövning av huruvida det tredje och det fjärde villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG var uppfyllda, och kommissionen har i huvudsak funnit att så inte var fallet som en följd av den tidigare slutsatsen. Kommissionen ansåg i skäl 187 i beslutet att det tredje villkoret inte var uppfyllt på grund av att inget tyder på att de allmänna försäljningsvillkoren leder till några fördelar, varför det inte går att pröva huruvida försäljningsvillkoren är nödvändiga för att uppnå sådana fördelar. Kommissionen fann i skäl 188 i beslutet att det fjärde villkoret inte var uppfyllt, eftersom GSK inte hade framfört några argument angående detta villkor som man inte redan hade framfört någon annanstans och som kommissionen redan hade tillbakavisat.

240 Det ankommer därför på förstainstansrätten att först och främst avgöra huruvida kommissionen med rätta kunde anse att de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK hade anfört till stöd för sin begäran om undantag inte styrker att det första villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG var uppfyllt. Det är bara om denna fråga besvaras nekande som det ankommer på förstainstansrätten att även pröva huruvida kommissionen hade rätt att anse att GSK inte heller hade visat att de tre andra villkoren för att tillämpa denna bestämmelse är uppfyllda.

241 Den domstol som skall pröva en talan om ogiltigförklaring av ett beslut som fattats med tillämpning av artikel 81.1 EG skall härvid, eftersom det är fråga om komplicerade ekonomiska bedömningar, begränsa sin prövning till att undersöka om uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta och undersöka att det inte föreligger något uppenbart misstag i bedömningen av desamma samt pröva om den juridiska bedömning som därav följer är korrekt (domen i de ovan i punkt 110 nämnda förenade målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 501, domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet Metro I, punkt 25, domen i det ovan i punkt 57 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 34, och domen i de ovan i punkt 55 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 279).

242 Gemenskapsdomstolen skall inte bara pröva huruvida de bevis som har åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (domstolens dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987, punkt 39, och förstainstansrättens dom av den 14 december 2005 i mål T-210/01, General Electric mot kommissionen, REG 2005, s. I-5575, punkterna 62 och 63).

243 Gemenskapsdomstolen skall däremot inte göra en egen ekonomisk bedömning som ersätter den som den som har fattat det omtvistade beslutet har gjort.

244 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen har ett särskilt utrymme för eget skön, vilket endast kan bli föremål för en begränsad domstolsprövning, vad gäller att dels pröva huruvida ett av de kriterier för att ett undantag enligt artikel 81.3 EG skall kunna beviljas är uppfyllt, dels göra en avvägning mellan de fördelar som kan tänkas följa av avtalet och de nackdelar som det medför för slutkonsumenten på grund av dess inverkan på konkurrensen, varvid denna avvägning rör allmänintresset på gemenskapsnivå.

245 Denna prövning av kommissionens beslut skall för övrigt endast ske i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg när beslutet fattades, utan att det påverkar parternas möjlighet att som ett led i rätten att till försvar komplettera med bevisning som rör omständigheter som har inträffat efter denna dag men som särskilt syftar till att ifrågasätta eller försvara detta beslut (se punkt 58 ovan).

246 Av detta följer i förevarande fall att förstainstansrätten inte kan beakta den bevisning som inte förelåg när kommissionen fattade sitt beslut och som inte särskilt har upprättats för att ifrågasätta eller försvara detta beslut om avslag på GSK:s begäran

om undantag, särskilt informationen rörande de faktiska omständigheterna under perioden 2001/2005 och studierna med titeln "Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade", från York University i maj 2003, "The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis", från London School of Economics and Political Sciences i januari 2004, och "Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union", från M. Ganslandt och K. E. Maskus i februari 2004, såsom kommissionen med rätta har understrukit i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor och vid förhandlingen.

b) Bevisningen om effektivitetsvinster

247 För att ett avtal skall kunna beviljas undantag enligt artikel 81.3 EG måste det bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varorna eller främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Detta bidrag skall inte förstås som all vinst som de företag som är parter i detta avtal får från sin verksamhet, utan alla betydande objektiva fördelar som kan bidra till att kompensera för de nackdelar som avtalet medför för konkurrensen (se, vad avser ett bidrag till att förbättra produktion eller distribution, domen i de ovan i punkt 110 nämnda förenade målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 502 och s. 503, förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen, REG 1995, s. II-1533, punkt 180, och domen i det ovan i punkt 201 nämnda målet Van den Bergh Foods mot kommissionen, punkt 139, se även, vad avser ett bidrag till utvecklingsfrämjande, domen i det ovan i punkt 233 nämnda målet Matra Hachette mot kommissionen, punkterna 108–111).

248 Kommissionen är därför skyldig att undersöka om de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som har anförts i dess ärende övertygande visar att avtalet i fråga bör leda till betydande objektiva fördelar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet Metro I, punkt 43, domen i det ovan i punkt 58 nämnda målet Metro II, punkt 55, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 171 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 143, och dom av den 21 mars 2002 i mål T-231/99, Joynson mot kommissionen, REG 2002, s. II-2085, punkterna 48 och 49), eftersom dessa kan uppstå inte bara på marknaden

i fråga, utan även på andra marknader (förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-86/95, Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1011, punkt 343).

249 Detta kan inbegripa en prognos, varvid kommissionen i så fall skall pröva huruvida det, med hänsyn till de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som har anförts, framstår som mer troligt att avtalet i fråga kommer att leda till betydande objektiva fördelar eller inte (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 248 nämnda målet Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen, punkt 365, och domen i det ovan i punkt 201 nämnda målet Van den Bergh Foods mot kommissionen, punkt 143, se även, analogt, domen i det ovan i punkt 242 nämnda målet Tetra Laval mot kommissionen, punkterna 42 och 43, och domen i det ovan i punkt 242 nämnda målet General Electric mot kommissionen, punkt 64).

250 Om så är fallet skall kommissionen för det andra bedöma om dessa betydande objektiva fördelar är sådana att de kompenserar de nackdelar för konkurrensen som kommissionen har konstaterat vid sin prövning enligt artikel 81.1 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 186 nämnda målet Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkterna 183–185).

251 I förevarande fall har GSK gjort gällande att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren kommer att åstadkomma fördelar både innan varorna kommer ut på marknaden i fråga, genom att främja produktutvecklingen, och på själva marknaden, genom att optimera distributionen av läkemedel. Dessa marknader ligger i olika led i förädlingskedjan, men slutkonsumentens fördelar är desamma.

252 Förstainstansrätten måste därför först avgöra huruvida kommissionen hade rätt i att GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och dess bevisning, vid en prövning som innefattar en prognos, inte gjorde det troligt att artikel 4 i de allmänna

försäljningsvillkoren bör leda till en betydande objektiv fördel, på grund av att den främjar utveckling, som kompenserar den nackdel denna bestämmelse innebär för konkurrensen.

Frågan huruvida en betydande objektiv fördel följer av bestämmelsen

253 Med hänsyn till arten av GSK:s kritik kommer förstainstansrätten först att redogöra för de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK på denna punkt har anfört till stöd för sin begäran om undantag, och därefter kontrollera på vilket sätt kommissionen har prövat dem.

254 Förstainstansrätten finner för det första att kommissionen i skälen 90, 92–99, 151 och 154 i beslutet samt skälen 64–68 i beslutet, till vilka de förstnämnda hänvisar, utgör en korrekt sammanfattning av de argument som GSK har anfört för att övertyga kommissionen om att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren bör komma att främja produktutvecklingen.

255 Såsom framgår av beslutet kan argumenten indelas i två argumentationslinjer, som har ett nära samband men som ändå skiljer sig åt. För det första anges i första meningen i skäl 154 i beslutet att GSK har anfört att parallellhandeln med läkemedel som GW saluför i Spanien leder till att konkurrensen mellan olika läkemedelsproducenter minskar, på grund av att GSK:s utvecklingsresurser försvagas. För det andra anges i den andra och den tredje meningen i samma skäl att GSK anser att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren leder till att konkurrensen mellan olika läkemedelsproducenter ökar, på grund av att GSK:s utvecklingsresurser förstärks.

256 Såsom även framgår av beslutet har dessa två argumentationslinjer utvecklats i GW:s anmälan, GSK:s kompletterande anmälan och framför allt i den ekonomiska och analytiska bevisning som GSK har anfört under det administrativa förfarandet, särskilt som svar på kommissionens meddelande om anmärkningar. Denna bevisning har ingått i handlingarna i ärendet, oftast som bilagor till GSK:s inlagor, som stöd och komplettering för deras innehåll, och annars som svar på åtgärder för processledning i ärendet. Det rör sig om följande handlingar:

— "Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports", en studie från London Economics.

— "Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements", en studie från Frontier Economics.

— "The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare", en studie från professor P. Rey.

— "The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique", en studie från Frontier Economics.

— "The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique", en studie från professor P. Rey.

— "Glaxo Wellcome's R&D budgeting process", en presentation från A. Baxter.

257 Förstainstansrätten finner vid en läsning av beslutet jämfört med de andra handlingar som anges i punkten ovan att GSK:s argument — även om de hänvisar till olika handlingar, presenteras på olika sätt och är mer eller mindre utvecklade, exempelvis beroende på vilken aspekt i meddelandet om anmärkningar som kritiseras i handlingen i fråga — kan sammanfattas enligt följande.

258 Enligt de handlingar som GSK har ingett leder parallellhandeln med de läkemedel som GW saluför i Spanien till effektivitetsförluster. Närmare bestämt följande:

— Sektorn för patentskyddade läkemedel som ersätts av ett nationellt sjukförsäkringssystem kännetecknas av att produktutveckling är det avgörande konkurrensmedlet mellan olika läkemedelsproducenter.

— Produktutvecklingen görs möjlig genom att företagens FoU-kostnader är betydande i absoluta tal och även i förhållande till de flesta andra sektorer. I GSK:s fall uppgår dessa kostnader till ungefär 14 procent av dess omsättning, det vill säga ungefär 1 300 000 000 GBP.

— Eftersom FoU-investeringar är kostsamma, riskfyllda och långsiktiga, finansieras de i huvudsak genom egna medel, snarare än genom upplåning. I GSK:s fall finansieras dessa investeringar uteslutande genom egna medel.

— FoU-finansieringen är beroende dels av aktuella intäkter, dels av förväntade intäkter. I GSK:s fall har dess finansieringsmöjligheter ökat med 230 procent under 1980- och 1990-talen, tack vare dess mycket framgångsrika läkemedel, särskilt Zantac, som stod för 40 procent av dess vinst världen över fram till år 1994.

— Parallellhandeln leder till att det berörda läkemedelsbolagets intäkter minskar (varje enhet som säljs för priset 100 i ursprungslandet medför att en enhet inte säljs för priset 100 + n i destinationslandet), vilket leder till att bolaget förlorar möjligheten att för all försäljning på varje marknad använda det optimala priset, det vill säga ett pris som sätts med hänsyn till förhållandena i varje medlemsstat.

— Denna inverkan är koncentrerad till vissa varor och vissa geografiska marknader. I GSK:s fall rör förlusterna främst vissa läkemedel som konsumeras i Förenade kungariket.

— Denna inverkan är betydande med hänsyn till att priserna skiljer sig betydligt mellan gemenskapens olika medlemsstater. Skillnaden mellan de spanska och de brittiska priserna låg år 1998 på mellan 21 procent och 132 procent för de åtta läkemedel (punkt 11 ovan) som främst berörs.

— GSK har härvid konfidentiellt uppskattat sina uteblivna intäkter på grund av parallellhandel från samtliga medlemsstater till Förenade kungariket och för dess samtliga läkemedel samt för uteblivna intäkter på grund av parallellhandel från Spanien till Förenade kungariket rörande de åtta läkemedel som främst berörs, för åren 1996, 1997 och 1998.

— Parallellhandel leder även till att det belopp som GSK har rätt att dra av för sina FoU-investeringar från sin vinst vid beräkningen av huruvida GSK överskrider den maximigräns för avkastning på investeringar som National Health Service har fastställt. GSK har härvid konfidentiellt uppskattat hur mycket detta belopp har minskat, på grund av den totala parallellhandeln respektive parallellhandeln från Spanien, år 1998.

— Omständigheten att läkemedelsbolaget trots detta har gjort betydande vinster gör inte dessa argument mindre relevanta, eftersom det är nödvändigt att beakta hur FoU-investeringar bokförs, hur de är utspridda över tiden, genomsnittskostnader och vilka risker dessa investeringar innebär.

— Parallellhandeln leder slutligen till att GSK:s möjligheter att finansiera sin FoU minskar. GSK har härvid konfidentiellt uppskattat vilken procentandel av sin vinst före skatt som bolaget återinvesterar i FoU och hur mycket dess FoU-budget minskar genom förlorade intäkter på grund av parallellhandel från Spanien till Förenade kungariket rörande de åtta läkemedel som främst berörs, för åren 1996–1998.

— Omständigheten att denna minskning är begränsad i absoluta tal gör inte att detta argument saknar relevans, eftersom det här endast handlar om inverkan av parallellhandeln från Spanien till Förenade kungariket för de åtta läkemedel som främst berörs, för åren 1996–1998, och eftersom en minskning som är begränsad i absoluta tal i vilket fall som helst kan få betydande följder, exempelvis genom att GSK måste avbryta mindre vinstgivande eller mer riskfyllda projekt. GSK har angett nio projekt som bolaget har avbrutit av detta skäl.

— Parallellhandeln har däremot få positiva effekter, eftersom parallellimportörerna sällan priskonkurrerar utan i stället behåller en stor andel av skillnaden mellan priset i ursprungsmedlemsstaten och destinationsmedlemsstaten. Denna begränsade prispress gör att slutkonsumenten i slutändan får begränsad nytta av parallellimporten.

259 Enligt de handlingar som GSK har ingett medför artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren å andra sidan effektivitetsvinster. Närmare bestämt de följande:

— FoU-kostnaderna berör bolagets verksamhet världen över och hänger ihop med densamma, eftersom FoU äger rum världen över och oftast inte särskilt rör en viss produktionsenhet eller en viss vara.

— Läkemedelsbolagen kan inte själva bestämma sina priser i de flesta medlemsstaterna. De går med på att leverera till en nationell marknad under förutsättning att det pris som de nationella myndigheterna har bestämt ger dem möjlighet att täcka sina marginalkostnader, men de måste där det går täcka samtliga sina kostnader för FoU.

— Systemet med differentierade priser enligt artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren ger GSK möjlighet att täcka sina FoU-kostnader genom att priserna för varje nationell marknad bestäms till den nivå som slutkonsumenten, det vill säga den berörda medlemsstaten, kan godta. I förevarande fall gör artikeln det möjligt att hindra att det pris som Konungariket Spanien har bestämt tillämpas i Förenade kungariket.

— Det starka konkurrenstrycket vad rör produktutveckling inom sektorn garanterar att GSK beter sig som en ekonomiskt rationell aktör genom att i nödvändig mån överföra dessa högre vinstmarginaler till FoU-investeringar.

260 Kommissionen har för det andra i skälen 151, 154, 155 och 169 i beslutet angett att GSK inte har styrkt att parallellhandeln inverkar negativt på GSK:s FoU-verksamhet och att GSK i vilket fall som helst inte har styrkt att parallellhandeln har en betydande negativ inverkan på bolagets verksamhet.

261 Kommissionen har således i skälen 157–168 i beslutet i huvudsak prövat huruvida GSK har styrkt att parallellhandeln leder till minskad effektivitet och besvarat denna fråga nekande. Kommissionen ansåg således att det inte var nödvändigt att i detalj pröva huruvida GSK har styrkt att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren leder till effektivitetsvinster, varvid kommissionen endast gjort en begränsad prövning av denna fråga i skäl 156 i beslutet.

262 Förstainstansrätten anser att de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har anfört är av stor relevans. Kommissionens prövning av frågan huruvida parallellhandel leder till effektivitetsförluster, och hur stora dessa effektivitetsförluster respektive effektivitetsvinster från artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren är, kan därför inte anses vara tillräckligt omfattande för att kunna utgöra stöd för kommissionens slutsatser på dessa punkter.

— Huruvida de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har anfört är relevanta

263 Förstainstansrätten anser att de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har anfört framstår som relevanta, trovärdiga och sannolika,

med hänsyn till deras innehåll (domen i det ovan i punkt 83 nämnda målet Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 1838), och detta innehåll stöds på flera viktiga punkter av handlingar som kommer från kommissionen.

264 I det ovan i punkt 135 nämnda meddelandet KOM(1998)0588, av den 25 november 1999 som i huvudsak rör förbättringar av den inre marknaden för läkemedel, vilket inte är i fråga i förevarande mål, har även kommissionen ansett att det finns ett samband mellan produktutveckling, parallellhandel och konkurrens inom denna sektor. Vid en läsning av detta meddelande konstaterar förstainstansrätten att kommissionen, förutom sin ovan i punkt 135 omnämnda förklaring att det är osäkert vilken verkan parallellhandeln har för slutkonsumentens välbefinnande, även har angett följande:

— Läkemedelsindustrin är forskningsberoende (s. 3 och s. 11) och det är uppenbart att det råder en mycket stark konkurrens inom densamma vad avser produktutveckling av patentskyddade läkemedel (s. 16), vilket leder till att det hela tiden kommer ut nya varor på marknaden (s. 11), däremot råder det relativt lite dynamisk priskonkurrens efter det att varorna har lanserats (s. 16).

— Läkemedelsindustrin måste få täckning för sina FoU-investeringar (s. 14) och den har därför behov av att få tillräckligt hög lönsamhet för att kunna använda dessa resurser till att genom FoU få fram nyskapande varor (s. 17 och s. 23).

— Även om den europeiska läkemedelsindustrin är en stark industrisektor — de europeiska FoU-investeringarna var exempelvis år 1997 tre gånger så stora som de var tio år tidigare — är det tydligt att den har tappat i konkurrenskraft, vilket

bekräftar att denna situation har börjat förändras. Ett av skälen till denna situation är att dess totala lönsamhet och dess finansiella lönsamhet synes vara betydligt bättre i Förenta staterna än inom Europeiska unionen (s. 4 och s. 5).

— Läkemedelsindustrin försöker göra vinster världen över för att finansiera sin FoU-verksamhet (s. 3).

— Det föreligger stora skillnader mellan medlemsstaterna, både vad avser de allmänna makroekonomiska villkoren (invånarnas inkomster och förmögenhet) och vad gäller sjukvårdssystemen. Det verkar föreligga ett starkt samband mellan sjukvårdsutgifter och inkomster, även om det ibland varierar (s. 5).

— Det föreligger även betydande skillnader mellan medlemsstaterna vad gäller priserna, vilket kan förklaras av ett antal olika faktorer. En av de viktigaste faktorerna som har gett upphov till dessa skillnader verkar vara i vilken mån medlemsstaterna ägnar sig åt prisreglering, även om också konjunkturfaktorer påverkar, såsom inflation och valutafluktuationer (s. 6).

— Härvid bör övergången till euron bidra till att skapa en stabilare miljö för de stater som är medlemmar i Ekonomiska och monetära unionen (EMU). Denna övergång kommer emellertid också att göra existerande prisskillnader på den europeiska marknaden lättare att se, vilket även kan leda till att grossister och apotekare ökar sin handel över gränserna (s. 9).

— Det vore ytterligt svårt att fastställa en lämplig prisnivå över hela gemenskapen. Låga nivåer skulle nämligen gynna omedelbara mål i fråga om hälso- och sjukvårdskostnader (åtminstone i länder där priserna för närvarande är höga), men skulle leda till en stadig minskning av det europeiska bidraget till den globala läkemedelsforskningen och -utvecklingen, vilket kan leda till minskade investeringar i den europeiska ekonomin. Höga fastställda priser skulle begränsa tillgången för konsumenter och betalningsansvariga i de länder där de ekonomiska och sociala förhållandena innebär att man inte har råd med dessa priser (s. 14).

— Läkemedelsbolagen tillämpar differentierade priser för att ta hänsyn till skillnader i betalningsförmågan (s. 6).

265 Dessa uppgifter om produktutvecklingens roll och vilken inverkan parallellhandel respektive differentierade priser ger för produktutvecklingen får visserligen inte förstås så, att GSK:s argument om de faktiska omständigheterna med nödvändighet är välgrundade eller att nämnda uppgifter ger en fullständig och slutlig bild av kommissionens syn på denna komplexa fråga. Det står emellertid klart att de stöder en del av GSK:s argument och de ekonomiska analyser som finns med i den bevisning som GSK har ingett till stöd för desamma, vilket bekräftar att argumenten är trovärdiga och sannolika.

266 Kommissionen har i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor understrukit att det i det ovan i punkt 135 nämnda meddelandet KOM(1998)0588 även anges att det trots de stora prisskillnaderna mellan medlemsstaterna var det nödvändigt att inta en ställning som överensstämmer med den inre marknadens principer, vilket leder till att det inte är möjligt att tillåta åtgärder som leder till att den fragmenterade marknaden efter nationsgränserna består eller förvärras (s. 23). Kommissionen har dessutom förklarat att beslutet ligger i linje med denna syn. Förstainstansrätten finner emellertid inte detta argument övertygande. Det bygger

nämligen på utgångspunkten att det aldrig kan beviljas undantag för ett avtal enligt vilket patentskyddade läkemedel som ersätts av de nationella sjukförsäkringssystemen skall säljas till olika priser på olika geografiska marknader, beroende på vilka priser som den slutkonsument som bär kostnaden för desamma är beredd att acceptera. Någon sådan regel kan dock inte utläsas av artikel 81 EG.

267 På de ekonomiska teoriernas mer allmänna plan anmärker förstainstansrätten att kommissionen, som bilaga till sin svarsinlaga, har ingett en sammanfattning av en studie av den februari 1999 från NERA, vilken har upprättats på uppdrag från kommissionens generaldirektorat för den inre marknaden och finansiella tjänster: "The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks." Denna sammanfattning, och särskilt övervägandena på sidan 5 i densamma, stöder vissa av de analyser som ingår i den bevisning som GSK har ingett rörande det intresse som ett läkemedelsbolag kan ha av att tillämpa differentierade priser för olika marknader, beroende på slutkonsumenternas preferenser och betalningsvilja.

268 Kommissionen, som själv efter en analys av systemet med differentierade priser enligt artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren, i sin undersökning enligt artikel 81.1 EG, har kommit fram till att detta system diskriminerar export till vissa länder (punkt 174 ovan), kan mot denna bakgrund inte hävda att denna fråga saknar relevans i en undersökning enligt artikel 81.3 EG, vilket kommissionen har hävdat i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor. Kommissionen kan inte heller hävda att GSK inte har tagit upp denna fråga under det administrativa förfarandet eller i förevarande mål. GSK har tvärtom, genom att upprepade gånger hävda att bolaget vill hindra att de priser som det tvingas att tillämpa i Spanien exporteras till Förenade kungariket, företrätt ståndpunkten att bolaget vill tillämpa differentierade priser för att säkerställa att dess försäljning i Förenade kungariket sker till de priser som denna medlemsstat tillåter bolaget att tillämpa där och inte till de priser som Konungariket Spanien har bestämt.

— Frågan om vilka effektivitetsförluster som följer av parallellhandel

269 Förstainstansrätten anmärker att kommissionens slutsats att GSK inte har styrkt att parallellhandeln leder till effektivitetsförluster genom att minska bolagets utvecklingsresurser grundas på en undersökning som framgår av skälen 155–161 i beslutet där, utan övertygande skäl och tvärtemot vad kommissionen har hävdat i sina inlagor, GSK:s alla argument om de faktiska omständigheterna och all dess relevanta bevisning inte har beaktats. Även om kommissionen inte är skyldig att pröva samtliga argument som framförs, måste den däremot, i enlighet med den rättspraxis som omnämns i punkterna 236 och 242 ovan, i rimlig mån pröva alla relevanta argument och i förekommande fall anföra goda skäl för varför den anser att argumenten inte kan vinna bifall.

270 GSK:s argument rör i huvudsak GSK:s konkurrensproblem och hur bolaget har försökt att lösa denna situation, enligt följande.

271 För det första kännetecknas läkemedelssektorn av hur viktig produktutvecklingen är för läkemedelsbolagens konkurrenskraft. FoU är kostsam och riskfylld. Denna kostnad består av fasta kostnader (som inte har samband med hur mycket läkemedel bolagen säljer), rörliga kostnader (som tillkommer före produktion och distribution och som endast delvis är knuten till ett visst läkemedel) och allmänna kostnader (som inte är knutna till ett visst land). FoU finansieras oftast genom egna medel snarare än genom upplåning. Intäktsflödet måste således vara optimalt för att FoU skall kunna finansieras. Optimerade intäkter uppnås genom att priserna på läkemedel anpassas till de olika slutkonsumenternas preferenser och betalningsvilja. Differentierade priser gör det således möjligt att överföra FoU-kostnaderna till de slutkonsumenter som har störst betalningsvilja. Detta sätt att utnyttja differentierade priser, vilken här har presenterats i förenklad form, kallas bland ekonomer "Ramsey Pricing" (Ramsey-prissättning).

272 För det andra har läkemedelssektorn vissa särdrag som påverkar hur denna prissättning sker inom nämnda sektor. Eftersom läkemedlen är patentskyddade, kan priset i producentens intresse under patentets giltighet sättas högre än vad som motsvarar marginalkostnaderna. Eftersom samma läkemedel ersätts av de nationella sjukförsäkringssystemen, måste priset direkt (prisreglering) eller indirekt (vinstmarginalsreglering) sättas på en nivå som inte ligger alltför mycket över vad som motiveras av marginalkostnaderna. Hur mycket denna nivå ligger över vad som motiveras av marginalkostnaderna beror på slutkonsumentens, det vill säga i huvudsak de olika nationella sjukförsäkringssystemens, preferenser och betalningsvilja. Om man där är tämligen priskänslig, blir överskottet mindre; om man där är relativt prisokänslig, kan överskottet bli stort. Denna priskänslighet styrs av olika faktorer, såsom levnadsstandard eller statsfinansernas tillstånd. Hur stor andel av FoU-kostnaderna som läkemedelsproducenterna kan överlasta varierar således från en medlemsstat till en annan, beroende på hur stora intäkter som gällande priser medger. I förevarande fall var det till Förenade kungariket som GSK med hänsyn till tillämpliga bestämmelser kunde överlasta största delen av sina FoU-kostnader.

273 Parallellhandeln leder för det tredje till att intäkterna minskar. Denna minskning är svåruppskattad men reell. Denna praxis som ekonomerna kallar "free riding" (snyltning) kännetecknas av att mellanhanden frångår sin traditionella roll i förädlingskedjan och börjar agera som en arbitragör för att på detta sätt få större marginaler. Huruvida det kan anses rätt och riktigt med en sådan inkomstöverföring från producenten till mellanhanden är i sig ointressant för konkurrensrätten, vilken endast bryr sig om vilken inverkan detta har på slutkonsumentens välbefinnande. Om mellanhanden deltar i konkurrensen mellan olika läkemedelsbolag, kan parallellhandeln stärka konkurrensen dem emellan. Inom läkemedelssektorn leder emellertid denna verksamhet inte till några större kostnadsbesparingar för slutkonsumenten.

274 För det fjärde syftar artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren till att optimera GSK:s intäkter och begränsa parallellhandeln. Artikeln begränsar den möjlighet som GW:s grossister tidigare hade att i andra länder än Spanien sälja läkemedel som de inköpt till det pris som bestämts med hänsyn till vad det spanska sjukförsäkrings-

systemet ersätter. Artikeln gör det möjligt att sälja läkemedlen i andra medlemsstater men grossistens pris påverkas av vad som ersätts av respektive nationellt sjukförsäkringssystem. Att vinsten stannar hos producenten leder sannolikt till effektivitetsvinster jämfört med vad som sker om denna vinst delas med mellanhanden, eftersom en rationell producent som kan se till att dennes produktutveckling lönar sig och som verkar inom en sektor där det råder stark konkurrens genom produktutveckling har ett stort intresse av att återinvestera åtminstone en del av sitt överskott i sin produktutveckling.

275 Redan av strukturen i skälen 155–161 i beslutet framgår emellertid att kommissionen, efter att ha erkänt att konkurrensen genom produktutveckling är betydande i sektorn i fråga, har underlåtit att göra en ordentlig prövning av de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har anfört rörande sina FoU-investeringar, hur bolaget finansierar sin FoU, hur stora resurser bolaget har på detta område, vilken inverkan parallellhandeln har för FoU och tillämpliga bestämmelser, och i stället såsom framgår av skäl 155 i beslutet nöjt sig med att komma med vissa anmärkningar som åtminstone måste anses som ofullständiga och vilka förstainstansrätten i likhet med GSK finner föga relevanta eller övertygande.

276 En sådan underlåtenhet är särskilt allvarlig eftersom kommissionen har haft att ta ställning till huruvida villkoren för att tillämpa artikel 81.3 EG är uppfyllda mot bakgrund av den juridiska och ekonomiska kontext som gäller för läkemedelssektorn, där konkurrensen är snedvriden på grund av statliga interventioner. Denna omständighet gör nämligen att kommissionen måste ägna särskilt stor uppmärksamhet åt de argument och den bevisning som har anförts till stöd för begäran om undantag enligt artikel 81.3 EG.

277 Kommissionen har i första meningen i skäl 157 i beslutet, som rör de faktorer som påverkar beslut om FoU, stött sig på en av de ekonomiska studier som ingetts i ärendet, men gjort en ensidig och föga övertygande läsning av densamma. Denna studie visar visserligen att parallellhandeln inte är den viktigaste faktorn som

påverkar beslut om FoU. I studien anges emellertid också att dessa beslut även påverkas av bland annat hur stora de löpande intäkterna är eller den förväntade lönsamheten för de produkter som håller på att tas fram inom FoU-verksamheten, såsom anges i den andra meningen i skäl 157. Det är dock fråga om faktorer som enligt GSK påverkas negativt av parallellhandeln, vilket kommissionen medger i den tredje meningen i samma skäl. Kommissionen hade mot denna bakgrund inte rätt att underlåta att fördjupa sin undersökning på denna punkt, med beaktande av den bevisning som anförts rörande denna negativa inverkan.

278 Kommissionen har i återstående delar av skäl 157 i beslutet nöjt sig med att ta upp de möjligheter som GSK har att åtgärda de effektivitetsförluster som parallellhandeln kan leda till genom att minska sina kostnader avseende andra budgetposter eller genom att täcka förlusterna med hjälp av sina betydande vinstmedel. Den har således inte gett ett svar på GSK:s argument att bolaget har ett stort intresse av att investera i FoU, på grund av den starka konkurrens mellan läkemedelsbolagen som grundas på produktutveckling, och att bolaget på grund av parallellhandeln inte ges möjlighet att få full avkastning på denna investering för att återinvestera i FoU. Kommissionen har inte heller beaktat GSK:s argument om att bolagets vinster, av bokföringstekniska skäl, framstår som större än de är.

279 Mot denna bakgrund hade kommissionen inte rätt att avstå från att göra en mer djupgående undersökning av sambandet mellan parallellhandel och FoU och inte heller att nöja sig med att göra den skissartade slutledningen att GSK inte hade styrkt ett orsakssamband mellan parallellhandel (eller begränsning av parallellhandeln) och FoU, såsom den gjort i skälen 151, 154, 155 och 159 i beslutet.

280 Kommissionen har i sina inlagor utnyttjat faktumet att skäl 169 i beslutet är tvetydigt till att förklara att det som GSK inte har styrkt inte är ett samband mellan artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren och de effektivitetsvinster som GSK förväntade sig att artikeln kommer att leda till, utan det direkta sambandet mellan dessa två faktorer. Förstainstansrätten anser att detta argument, som även anförts vid förhandlingen, saknar stöd. Denna distinktion framgår nämligen inte av

skälen 155–161 i beslutet, som det hänvisas till i skäl 169, eftersom kommissionen i dessa skäl kort och gott har fastslagit att de allmänna försäljningsvillkoren inte bidrar till att främja teknisk utveckling. Denna distinktion finns inte med i artikel 81.3 EG. Enligt denna artikel kan undantag beviljas för avtal som ger effektivitetsvinster utan att det görs någon åtskillnad mellan direkt eller indirekt inverkan, och det är i princip inte möjligt att göra distinktioner som inte följer av fördraget (domen i de ovan i punkt 110 nämnda förenade målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 493). I enlighet med den rättspraxis som omnämns i punkterna 247 och 248 ovan, kan således varje fördel i form av effektivitetsvinster beaktas, förutsatt att det är fråga om en objektiv och betydande fördel och att det har anförts övertygande bevisning därom.

— Frågan hur stora effektivitetsförluster som parallellhandel medför

281 Förstainstansrätten anmärker att kommissionen inte har anfört övertygande stöd för sin andrahandsslutsats att GSK i vilket fall som helst inte har styrkt att parallellhandeln medför betydande effektivitetsförluster genom att minska bolagets utvecklingsresurser och att kommissionen i den prövning som har föregått denna slutsats, vilken beskrivs i skälen 159 och 162–168 i beslutet, inte har beaktat samtliga relevanta omständigheter på denna punkt. Avseende denna prövning har kommissionen i huvudsak angett att GSK:s påstådda effektivitetsförluster är begränsade i tid och omfattning, såsom kommissionen har angett i skälen 162 och 163 i beslutet, och inte främst beror på prisskillnader som har sin grund i omständigheten att gemenskapens medlemsstaters bestämmelser på området skiljer sig åt, utan främst beror på valutafluktuationer under åren 1996–1998, såsom anges i skälen 164–166 i beslutet. Kommissionen har även, i skälen 167–169 i beslutet angett att effektivitetsförlusterna är begränsade i materiellt hänseende.

282 De spanska priserna ligger inte betydligt under genomsnittspriset inom gemenskapen, såsom anges i skälen 162 och 163 i beslutet. Detta faktum är av begränsad relevans, eftersom prisnivån i olika länder beror hur bestämmelserna på området ser ut, varför det inte är en rimlig ekonomisk utgångspunkt att resonera om ett

hypotetiskt europeiskt genomsnittspris. Förstainstansrätten finner därför att kommissionens slutsats, i skälen 164 och 165 i beslutet, att parallellhandeln mellan Spanien och Förenade kungariket åren 1996–1998 var varierande och blygsam, inte har föregåtts av en seriös analys av situationen.

283 GSK har, såsom framgår av dess inlagor, inte ifrågasatt att det har förekommit valutafluktuationer, exempelvis på grund av det spekulationstryck som det brittiska pundet utsattes för just innan EMU infördes, som har bidragit till en konjunkturbetingad parallellhandel med läkemedel som GW saluför i Spanien, under åren 1996–1998. GSK har emellertid vidhållit att denna konjunkturpåverkan, hur betydande denna än må vara, endast utgör en förvärrande faktor, eftersom parallellhandeln, oberoende av eventuella valutafluktuationer, också är knuten till medlemsstaterna har olika regleringar på området, vilket gör att prisstrukturen varierar dem emellan.

284 Denna argumentation är relevant och bygger på bevisning som stöds både av utdragen från det ovan i punkt 264 nämnda meddelandet KOM(1998)0588 och av beslutet självt. I skälen 31, 32 och 53 i beslutet anges nämligen att valutafluktuationer som till sin art har konjunkturell inverkan på parallellhandeln endast utgör en viktig komplicerande faktor för en företeelse som har sin strukturella förklaring i att gemenskapens medlemsstater tillämpar olika priser för ett och samma läkemedel.

285 Denna situation hindrar förvisso inte i sig kommissionen från att betrakta att parallellhandeln mellan Konungariket Spanien och Förenade kungariket åren 1996–1998 som ett specialfall som har sin grund i att det brittiska pundet stärktes mot den spanska pesetan.

286 De sifferuppgifter som kommissionen har anfört ger emellertid inte klart och övertygande stöd för kommissionens slutsats. Enligt vad som anges i beslutet stärktes pundet med 30 procent mot pesetan mellan oktober 1996 och april 1998. Under denna period förblev den spanska andelen av parallellimporten till Förenade kungariket oförändrad i volym räknat (ungefär 40 procent), medan denna parallellimport ökade i värde (från ungefär 20 000 000 GBP år 1996 till ungefär 42 000 000 GBP år 1998). Detta förklaras, såsom kommissionen förklarat, senast i sina svar på förstainstansrättens skriftliga frågor, av att det starkare pundet ledde till ökad parallellimport från andra medlemsstater. Beslutet bekräftar emellertid även att den största delen (40 procent) av parallellimporten till Förenade kungariket kom från Spanien, såväl före som efter det att pundet stärktes, medan övrig parallellimport är tämligen jämnt fördelad mellan övriga medlemsstater. Kommissionens sifferuppgifter kan därför inte användas för att avfärda GSK:s argument att även om det starkare pundet förvärrade problemet med parallellhandeln från Spanien, så betyder inte detta att problemet inte har en strukturell orsak.

287 Kommissionens argument i sina svar på de förstainstansrättens skriftliga frågor att den ökade parallellhandeln från Spanien under perioden 1996/1998 förklaras av att den övergångsperiod som föreskrivs i artiklarna 47 och 209 i Konungariket Spaniens anslutningsakt, under vilken patentinnehavaren har rätt att åberopa denna rätt för att förhindra import av läkemedel som denne saluför eller som saluförs med dennes samtycke i Spanien, gick ut den 6 oktober 1995, förändrar inte denna slutsats, eftersom detta argument inte rör perioden efter meddelandet om anmärkningar, vilken GSK:s argument rör.

288 Såsom framgår av skälen 15, 18 och 55 i beslutet har GSK under det administrativa förfarandet angett att även om de allmänna försäljningsvillkoren rör 82 läkemedel, är det främst åtta av dem som berörs av parallellhandeln. Såsom framgår av skälen 22 och 35 i beslutet har GSK även angett att de allmänna försäljningsvillkoren, även om de gäller oavsett slutlig destination för de berörda läkemedlen, främst riktar sig mot parallellhandeln från Spanien till Förenade kungariket. GSK har därför i huvudsak men inte uteslutande försett kommissionen med sifferuppgifter som rör, för det första, prisskillnaderna mellan Spanien och Förenade

kungariket, för det andra, parallellhandeln med Becloforte, Beconase, Becotide, Flixotide, Imigran, Lamictal, Serevent och Ventolín mellan Spanien och Förenade kungariket, under perioden 1996/1998 och, för det tredje, parallellhandelns inverkan på GSK:s intäkter och FoU-budget. Dessa sifferuppgifter omnämns i skälen 55, 59–67, 70, 83, 92, 98 och 99 i beslutet.

289 GSK har vidare, såsom framgår av skälen 70 och 71 i beslutet, preciserat att parallellhandeln skedde utanför formellt kontrollerade distributionskanaler och tillagt att kommissionens sifferuppgifter är uppskattningar, som inte är tillförlitliga och som inte går att belägga. Kommissionen har inte ifrågasatt dessa påståenden, vilka även upprepats i repliken.

290 GSK har rätt i att bolagets sifferuppgifter om parallellimporten skall ses som ett exempel från en allmän och pågående utveckling och inte som en beskrivning av en enda isolerad och begränsad effektivitetsförlust som inte kan antas upprepas, och inte ens utifrån detta perspektiv är det fråga om en blygsam förlust.

291 Förstainstansrätten erinrar, vad gäller den första aspekten, om att kommissionen, när denna prövade huruvida artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren kunde medföra nackdelar, först koncentrerade sig på de åtta läkemedel som främst berörs av den befintliga parallellhandeln från Spanien till Förenade kungariket, såsom framgår av skälen 18, 56, 57 och 69 i beslutet, därefter även beaktade inverkan på parallellhandeln med andra läkemedel från Spanien till andra medlemsstater, såsom framgår av skälen 72–75, 117, 126, 140 och 144 i beslutet. Det är just denna generella inverkan som gör att konkurrensbegränsningen skall anses som betydande, trots att den hade kunnat anses som marginell, om den bara hade berört Förenade kungariket, enligt skäl 133 i beslutet. Kommissionen har dock på intet sätt förklarat varför den har använt det omvända synsättet i sin prövning av huruvida artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren kan medföra fördelar. I denna prövning har kommissionen ansett att den inte kan ta hänsyn till något annat än GSK:s sifferuppgifter, med hänsyn till hur svårt det är att få exakt kännedom om

parallellhandeln och kommissionen har ansett att GSK:s sifferuppgifter bara utgör ett stickprov.

292 Vad avser den andra aspekten anmärker förstainstansrätten att parallellhandel är en företeelse som kan tänkas fortgå även efter den korta tidsperiod som kommissionen har beaktat, inte bara på grund av att de prisskillnader som gör den möjlig består, utan också på grund av att valutafluktuationer är vanliga. Kommissionen har bekräftat detta i sitt ovan i punkt 135 nämnda meddelande KOM(1998)0588. Kommissionen har även i sin svarsinlaga erkänt att valutafluktuationer utgör en realitet vad avser de medlemsstater som inte gick över till EMU-samarbetets tredje steg år 1999, däribland Förenade kungariket.

293 GSK:s sifferutdrag visar i detta sammanhang på en tendens. Kommissionens misstankar i skäl 168 i beslutet om att GSK kan ha överskattat sin minskning av bruttointäkterna år 1998 leder inte till en annan slutsats. GSK:s uppgifter i samma fråga från den 14 december 1998 och den 14 februari 2000 ligger högre än de två föregående åren, såsom framgår av skäl 67 i beslutet. GSK:s förklaring att den uppgift som ingavs den 28 juli 1998 var en uppskattning, medan den uppgift som ingavs i december 1998 och i februari 2000 är giltig, och att den första uppgiften förklaras av att de allmänna försäljningsvillkoren hade tillämpats från våren till hösten 1998, såsom framgår av skälen 19, 23, 26, 64, 67 och 168 i beslutet, är tillräckligt trovärdig för att förtjäna närmare prövning.

— Huruvida artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren leder till effektivitetsvinster

294 Förstainstansrätten erinrar om att GSK har rätt i att kommissionen inte seriöst har prövat bolagets argument om de faktiska omständigheterna och dess bevisning om de nackdelar som parallellhandeln medför eller de fördelar som artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren medför.

295 Med hänsyn till hur GSK strukturellt har formulerat sina argument och de diskussioner som fördes under det administrativa förfarandet, hade kommissionen inte rätt att låta bli att i beslutet för det första pröva huruvida parallellhandeln medför effektivitetsförluster för läkemedelsindustrin i allmänhet och för GSK i synnerhet. Kommissionen hade möjligen haft rätt att låta bli att göra en sådan prövning om GSK inte hade kommit med några invändningar (se, analogt, domen i det ovan i punkt 248 nämnda målet Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen, punkt 345).

296 En jämförelse mellan GSK:s bevisning och övrig bevisning som kommissionen har åberopat i beslutet visar klart att det är tveksamt om parallellhandeln bidrar till att förbättra konkurrensen inom läkemedelssektorn, eftersom de effektivitetsvinster som den kan leda till vad gäller konkurrensen avseende ett visst läkemedel, vilken är begränsad till följd av de regler som gäller på området, skall ställas mot de effektivitetsförluster som den kan leda till vad avser konkurrensen mellan olika läkemedelsproducenter, vilken spelar en central roll.

297 Kommissionen kunde mot denna bakgrund inte avstå från att pröva huruvida artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren kan bidra till att förbättra GSK:s utvecklingsresurser och därmed bidra till effektivitetsvinster för konkurrensen mellan läkemedelsproducenter.

298 Kommissionen borde i stället ha sett detta som själva huvudfrågan vid sin prövning av huruvida GSK kunde beviljas ett undantag. Enligt den fasta rättspraxis som omnämns ovan i punkt 247 skall kommissionen nämligen avgöra huruvida de nackdelar som det förbjudna avtalet har för konkurrensen (artikel 81.1 EG) uppvägs av andra fördelar (artikel 81.3 EG).

299 Kommissionen var således skyldig att pröva huruvida GSK:s argument rörande förväntade fördelar av artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren. Endast skäl 156 i beslutet tyder på att kommissionen har gjort en sådan prövning. Skälet har i huvudsak följande lydelse:

"Det är läkemedelsbolagen själva som bestämmer hur mycket de vill investera i FoU. Eventuella besparingar som bolagen skulle kunna göra genom att hindra parallellhandel skulle därför inte automatiskt leda till större investeringar i FoU. Det är tänkbart att dessa besparingar endast skulle läggas till bolagens vinster. Det är självklart att generering av större vinster inte ensamt kan rättfärdiga ett undantag. I detta hänseende skulle [GSK:s] argument betyda att det första villkoret för [att tillämpa artikel 81.3 EG] skulle vara uppfyllt för varje avtal som skulle kunna leda till en ökning av intäkterna för ett företag som ägnar sig åt FoU. Villkoret skulle i alla händelser vara betydelselöst."

300 GSK har dock inte hävdat att möjligheten att göra större vinster i sig utgör grund för ett undantag. GSK har tvärtom hävdat att parallellhandeln hindrade bolaget från att göra tillräckligt stora vinster, för att på bästa sätt kunna finansiera sin FoU, att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren gör det möjligt för GSK att öka sina intäkter och att bolaget, med hänsyn till att det råder stark konkurrens mellan läkemedelsproducenter, att produktutvecklingen spelar en central roll för denna konkurrens och hur FoU finansieras, har allt intresse av att investera en del av dessa ökade intäkter i FoU, för att kunna skaffa sig ett övertag på sina konkurrenter, i stället för att hamna i underläge. GSK har med andra ord gjort gällande att de allmänna försäljningsvillkoren inte borde undantas på grund av att de omedelbart ger bolaget högre intäkter, utan framför allt på grund av att de på längre sikt förbättrar bolagets utvecklingsresurser. GSK har vidare hävdat att denna fördel skall jämföras med alternativet att samma intäkter skulle gå till parallellhandlare, vilket inte skulle leda till några fördelar, eftersom parallellhandlarna inte konkurrerar med varandra, utan bara sänker priserna tillräckligt för att detaljhandlarna skall vara intresserade av parallellhandeln, och således behåller den största delen själva, såsom GSK återigen har gjort gällande vid förhandlingen.

301 Kommissionen kunde inte nöja sig med att redan från början avfärda dessa argument på grund av att den fördel som GSK har beskrivit inte med nödvändighet kommer att realiseras, såsom kommissionen har gjort i skäl 156 i beslutet. Kommissionen borde i stället, i enlighet med nämnda rättspraxis, ha gjort en så konkretiserad prognos som möjligt med hänsyn till omständigheterna i ärendet och tillgänglig bevisning i frågan huruvida det framstår som mer troligt att de fördelar som GSK har beskrivit kommer att uppstå eller inte (domen i det ovan i punkt 248 nämnda målet Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen, punkt 365). Kommissionen hade inte rätt att kategoriskt och utan förklaringar anse att GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och bevisningen byggde på hypotetiska resonemang, såsom kommissionen senast gjort vid förhandlingen.

302 Kommissionen har för övrigt, när förstainstansrätten ställde frågor därom vid förhandlingen, ett antal gånger medgett att det är rimligt att resonera i sannolikhetstermer, men tillagt att det är nödvändigt att vara så strikt som möjligt i dessa resonemang, och i huvudsak gjort gällande att i förevarande fall framstod det, med hänsyn till ingiven bevisning, särskilt GSK:s sifferuppgifter, som mer troligt att den påstådda fördelen inte skulle uppstå. Kommissionen har emellertid inte resonerat på detta sätt i beslutet.

303 Av det ovanstående följer att beslutet inte innehåller en fullständig prövning, eftersom kommissionen inte har beaktat samtliga GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och bevisningen, inte försökt vederlägga vissa av dessa argument, trots att de är tillräckligt relevanta och underbyggda för att kommissionen skall vara skyldig att besvara dem, och inte styrkt sin slutsats att GSK inte hade styrkt dels att parallellhandeln kan leda till effektivitetsförluster genom att GSK:s utvecklingsresurser allvarligt försämras, dels att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren kan komma att leda till effektivitetsvinster genom att samma utvecklingsresurser i stället förbättras.

Avvägning

304 Kommissionens slutsats, efter sin prövning av GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och bevisningen, att GSK inte hade styrkt att det föreligger en

betydande objektiv fördel, bygger inte på en komplex bedömning (se punkt 241 ovan) bestående i en avvägning mellan denna fördel och de nackdelar för konkurrensen som avtalet medför, enligt vad som anges i beslutet om tillämpning av artikel 81.1 EG, vilket kommissionen flera gånger har hävdat vid förhandlingen.

305 Kommissionen ansåg nämligen i skäl 151 i beslutet att GSK inte hade styrkt att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren medför fördelar och ansåg i skäl 152 i beslutet att under dessa omständigheter finns det inte något behov av att väga de positiva effekterna mot de negativa och tillade att i vilket fall som helst skulle en sådan avvägning visa att de negativa effekterna är större än de positiva effekterna.

306 Av det ovanstående följer emellertid att kommissionens slutsats att GSK inte har styrkt att avtalet medför en betydande ekonomisk fördel bygger på en ofullständig prövning (punkt 303 ovan). Kommissionens slutsats att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren medför att konkurrensen begränsas är endast korrekt i den bemärkelsen att denna bestämmelse leder till att slutkonsumenterna för läkemedel som ersätts genom det nationella sjukförsäkringssystemet berövas den fördel de skulle kunna få vad gäller priser och kostnader genom att de spanska grossisterna pressar priserna på ett läkemedel på destinationsmarknaden genom parallellhandel från Spanien (punkterna 147, 190 och 194 ovan).

307 Kommissionens slutsats, att det saknas anledning att göra en avvägning och att denna i vilket fall som helst skulle visa att eventuella fördelar som följer av artikel 4 inte uppväger de nackdelar som denna bestämmelse medför för konkurrensen kan inte godtas. Kommissionen borde först ha gjort en seriös prövning av GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och anförd bevisning, för att sedan i nästa skede kunna göra en komplex bedömning som innefattar en avvägning mellan de nackdelar och de fördelar som följer av artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren.

Slutsats

308 Av det ovanstående följer att kommissionen inte med rätta kunde anse att GSK, vad avser bidraget till att främja teknisk utveckling, inte hade styrkt att det första villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG var uppfyllt. Mot denna bakgrund är det inte nödvändigt att pröva GSK:s argument om bidrag till att förbättra distributionen av läkemedel.

c) Bevisningen om att konsumenten påverkas, att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren är nödvändig och att konkurrensen inte elimineras

309 Såsom redan angetts (punkterna 237–239 ovan) framgår det av beslutet och diskussionerna att kommissionens sammanfattande slutsatser i frågorna huruvida konsumenten påverkas, huruvida artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren är nödvändig och huruvida konkurrensen inte elimineras, bygger på kommissionens bedömning i frågan huruvida effektivitetsvinster föreligger.

310 Om kommissionens bedömning i sistnämnda fråga är rättsstridig, vad gäller frågan om bidrag till tekniskt framåtskridande, är också dess slutsatser felaktiga.

311 Kommissionen har när den prövat huruvida artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren eliminerar konkurrensen för en väsentlig del av varorna i skäl 188 i beslutet tillagt att i vilket fall som helst hade GSK betydande marknadsandelar i en eller flera

medlemsstater för flera av de varor som främst berörs av de allmänna försäljningsvillkoren (exempelvis Zofran, Flixonase, Zovirax och Imigran). Även denna bedömning måste överprövas.

312 Förstainstansrätten konstaterar härvid att kommissionen vid förhandlingen medgett att den i realiteten inte har tagit ställning i frågan om GSK:s marknadsandel och tillagt att den borde ha gjort en fortsatt analys för att kunna avgöra denna fråga.

313 Med hänsyn till den juridiska och ekonomiska kontext som gäller för sektorn i fråga är det uppenbart orimligt att anse att innehav av betydande marknadsandelar, vad gäller vissa av varorna i fråga, varvid kommissionen endast har lämnat fyra exempel, i sig utgör övertygande bevisning om att konkurrensen har eliminerats för en betydande andel av varorna i fråga.

314 Oavsett hur marknaden för varorna i fråga skall definieras utgör de uppgifter som GSK har lämnat under det administrativa förfarandet och därefter i sina inlagor hinder för en sådan automatisk slutsats.

315 Förstainstansrätten anser särskilt att GSK:s argument som beskrivs i skäl 188 i beslutet, som hänvisar till skäl 104 i beslutet, inte var irrelevant, så att kommissionen inte behövde göra en specifik bedömning vad gäller det fjärde villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG. Omständigheten att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren utgör hinder för den begränsade prispress som parallellhandeln från Spanien kan leda till, vad avser pris och läkemedelskostnader på destinationsmarknaderna, har enligt GSK:s av kommissionens icke bestridda uppgifter sin grund i att konkurrensen genom produktutveckling är mycket stark inom sektorn och att

priskonkurrens förekommer i en annan form, även om den enligt lag uppstår först när andra läkemedelsfabrikanter efter patenttidens utgång börjar konkurrera med generiska läkemedel på marknaden. Mot denna bakgrund borde kommissionen, i enlighet med den rättspraxis som omnämns i punkt 109 ovan, ha avgjort vilken form av konkurrens som är den viktigaste för att säkerställa effektiv konkurrens enligt artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG.

4. Slutsats

316 Av det ovanstående följer att grunden om åsidosättande av artikel 81.3 EG har stöd och att GSK:s yrkande om ogiltigförklaring av artikel 2 i beslutet skall bifallas, utan att förstainstansrätten behöver ta ställning till grunden om åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

317 Beslutet skall ogiltigförklaras i den del som GSK:s begäran om undantag avslås i artikel 2 i detsamma.

318 Eftersom det inte är uteslutet att bestämmelserna i artikel 81.1 EG inte kan tillämpas på artikel 4 i GSK:s allmänna försäljningsvillkor, enligt artikel 81.3 EG, skall beslutet följaktligen också ogiltigförklaras i den del som GSK i artikel 3 i beslutet anmodas att omedelbart upphöra med denna överträdelse, om företaget inte redan har gjort detta, och i artikel 4 anmodas att informera kommissionen om de åtgärder man har vidtagit för att upphöra med överträdelsen.

319 I enlighet med artikel 233 första stycket EG är kommissionen skyldig att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att verkställa förevarande dom.

320 Kommissionen är härvid, även om underrättelseförfarandet enligt förordning nr 17 inte längre är tillämpligt enligt rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, s. 1), skyldig att, med hänsyn till att beslutet delvis har ogiltigförklarats med retroaktiv verkan, besluta i frågan om GSK:s begäran om undantag med utgångspunkt från den situation som rådde när kommissionen fattade det omtvistade beslutet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 2 maj 2006 i mål T-328/03, O2 (Germany) mot kommissionen, REG 2006, s. II-1231, punkterna 47 och 48).

Rättegångskostnader

321 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

322 Enligt artikel 87.3 i rättegångsreglerna kan rätten besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter.

323 I förevarande fall har GSK tappat målet vad avser yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 1 i beslutet. Kommissionen, som stöds av intervenienterna, har tappat målet vad avser yrkandet om att talan skall ogillas i sin helhet.

324 Rättegångskostnaderna skall därför delas. GSK skall bära hälften av sin kostnad och ersätta hälften av kommissionens kostnad, inbegripet den som rör interventionerna. Kommissionen skall bära hälften av sin kostnad och ersätta hälften av GSK:s kostnad, inbegripet den som rör interventionerna. Intervenienterna skall bära sina egna kostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) **Artiklarna 2, 3 och 4 i kommissionens beslut 2001/791/EG av den 8 maj 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärenden: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (Anmälan), IV/36.997/F3 Aseprofar och Fedifar (Klagomål), IV/37.121/F3 Spain Pharma (Klagomål), IV/37.138/F3 BAI (Klagomål) och IV/37.380/F3 EAEPC (Klagomål)) ogiltigförklaras.**

2) **Talan ogillas i övriga delar.**

3) **GlaxoSmithKline Services Unlimited (GSK) skall bära hälften av sin kostnad och ersätta hälften av kommissionens kostnad, inbegripet den som rör interventionerna.**

4) **Kommissionen skall bära hälften av sin kostnad och ersätta hälften av GlaxoSmithKline Services Unlimiteds kostnad, inbegripet den som rör interventionerna.**

5) **Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) och Spain Pharma, SA, skall bära sina egna kostnader.**

Legal Lindh Wiszniewska-Bialecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 27 september 2006.

E. Coulon H. Legal

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser och bakgrunden ..... II - 2984

Gemenskapsrätten ..... II - 2984

Spansk rätt ..... II - 2985

Tvistens bakgrund ..... II - 2986

Förfarandet ..... II - 2990

Parternas yrkanden ..... II - 2993

Rättslig bedömning ..... II - 2995

I — Grunderna för yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 1 i beslutet ..... II - 2996

A — Grunden om bristande motivering ..... II - 2996

1. Parternas argument ..... II - 2996

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 2997

B — Grunden om åsidosättande av artikel 81.1 EG ..... II - 2998

1. Inledande anmärkningar ..... II - 2998

2. Frågan huruvida det förelåg ett avtal mellan företagen ..... II - 3000

a) Beslutets innehåll ..... II - 3000

b) Parternas argument ..... II - 3000

c) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3001

Oberoende viljor ..... II - 3001

Gemensam vilja ..... II - 3003

3. Huruvida konkurrensen har begränsats ..... II - 3007

a) Beslutets innehåll ..... II - 3007

b) Parternas argument ..... II - 3009

c) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3010

Konkurrensläget före artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren . II - 3010

Frågan vilken konkurrensbegränsning som artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren medför ..... II - 3012

— Frågan huruvida bestämmelsen har ett konkurrensbegränsande syfte ..... II - 3013

— Frågan huruvida avtalet har konkurrensbegränsande verkan II - 3023

4. Slutsats ..... II - 3036

C — Grunden om maktmissbruk och åsidosättande av subsidiaritetsprincipen och artikel 43 EG ..... II - 3037

1. Parternas argument ..... II - 3037

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3037

II — Grunderna till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 2 i beslutet .... II - 3040

A — Grunden om bristande motivering ..... II - 3040

1. Parternas argument ..... II - 3040

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3041

B — Grunden om åsidosättande av artikel 81.3 EG ..... II - 3042

1. Beslutets innehåll ..... II - 3042

2. Parternas argument ..... II - 3043

3. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3046

a) Inledande överväganden ..... II - 3046

b) Bevisningen om effektivitetsvinster ..... II - 3050

Frågan huruvida en betydande objektiv fördel följer av bestämmelsen ..... II - 3052

— Huruvida de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har anfört är relevant ..... II - 3058

— Frågan om vilka effektivitetsförluster som följer av parallellhandel ..... II - 3063

— Frågan hur stora effektivitetsförluster som parallellhandel medför ..... II - 3067

— Huruvida artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren leder till effektivitetsvinster ..... II - 3071

Avvägning ..... II - 3074

Slutsats ..... II - 3076

c) Bevisningen om att konsumenten påverkas, att artikel 4 i de allmänna försäljningsvillkoren är nödvändig och att konkurrensen inte elimineras ..... II - 3076

4. Slutsats ..... II - 3078

Rättegångskostnader ..... II - 3079