ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (neljas koda laiendatud koosseisus)

27. september 2006 *

Kohtuasjas T-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, varem Glaxo Wellcome plc, asukoht Brentford, Middlesex (Ühendkuningriik), esindajad: advokaat S. Martínez Lage, I. Forrester, *QC*, advokaadid F. Depoortere, A. Schulz, T. Louko ja I. Vandenborre,

hageja,

versus

Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: P. Oliver, hiljem É. Gippini Fournier,

kostja,

* Kohtumenetluse keel: inglise.

keda toetab

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), asukoht Brüssel (Belgia), esindajad: advokaadid U. Zinsmeister ja M. Lienemeyer, hiljem A. Martin-Ehlers ning lõpuks M. Hartmann-Rüppel,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, asukoht Mülheim an der Ruhr (Saksamaa), esindajad: advokaadid M. Epping ja W. Rehmann ning hiljem W. Rehmann,

Spain Pharma, SA, asukoht Madrid, esindajad: advokaadid P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza ja R. Gutiérrez Sánchez,

ja

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), asukoht Madrid (Hispaania), esindajad: advokaadid M. Araujo Boyd ja R. Sanz ning hiljem M. Araujo Boyd ja J. L. Buendia Sierra,

menetlusse astujad,

mille ese on nõue tühistada komisjoni 8. mai 2001. aasta otsus 2001/791/EÜ EÜ asutamislepingu artikli 81 kohaldamise menetluse kohta (juhtumid IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (teatamine), IV/36.997/F3 — Aseprofar ja Fedifar (kaebus), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (kaebus), IV/37.138/F3 — BAI (kaebus) ja IV/37.380/F3 — EAEPC (kaebus)) (EÜT L 302, lk 1),

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS
(neljas koda laiendatud koosseisus),

koosseisus: koja esimees H. Legal, kohtunikud P. Lindh ja I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas ja E. Moavero Milanesi,

kohtusekretär: ametnik C. Kristensen,

arvestades kirjalikus menetluses ja 7. juuni 2006. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Õiguslik ja faktiline raamistik

Ühenduse õigus

1 EÜ artikli 3 lõike 1 punkt g sätestab, et ühenduse tegevus hõlmab süsteemi, mis tagab, et konkurentsi siseturul ei kahjustata.

2 EÜ artikli 81 lõige 1 sätestab eelkõige, et ühisturuga kokkusobimatud ja keelatud on kõik sellised ettevõtjatevahelised kokkulepped, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ning mille eesmärgiks või tagajärjeks on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi ühisturu piires.

3 EÜ artikli 81 lõige 3 näeb ette, et EÜ artikli 81 lõike 1 sätted võib kuulutada kohaldamatuks ettevõtjatevaheliste kokkulepete suhtes, mis aitavad parandada kaupade levitamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi, võimaldades samal ajal tarbijatel saada sellest tulenevast kasust õiglase osa, ilma et asjassepuutuvatele ettevõtjatele kehtestataks piiranguid, mis ei ole nimetatud eesmärkide saavutamiseks hädavajalikud, või et sellistele ettevõtjatele antaks võimalus kõrvaldada konkurents kõnesolevate toodete olulise osa suhtes.

4 Nõukogu võttis 21. detsembril 1988 EÜ artikli 100a alusel vastu direktiivi 89/105/EMÜ, mis käsitleb inimtervishoius kasutatavate ravimite hinnakujundust reguleerivate meetmete läbipaistvust ja nende hõlmamist siseriiklike tervisekindlustussüsteemidega (EÜT 1989, L 40, lk 8; ELT eriväljaanne 05/01, lk 345). Direktiivi eesmärk on saada üldine ülevaade hinnakujundussüsteemidest ning ravimihindade otsese ja kaudse kontrolli meetmetest, mis liikmesriigid on võtnud vastu, et kontrollida rahvatervise kulutusi sellistele toodetele ja kaotada meetmete erinevused, mis võivad takistada või moonutada ravimite valdkonnas toimuvat ühendusesisest kaubandust ja seega otseselt mõjutada ühisturu toimimist ravimite osas. Selleks kehtestab direktiiv esimese sammuna teatavad nõuded, millega võimaldatakse asjaomastel isikutel kontrollida, kas kõnealuste siseriiklike meetmete näol ei ole tegemist koguseliste impordi- või ekspordipiirangutega või meetmetega, millel on nendega samaväärne mõju. Sellised nõuded ei mõjuta siiski liikmesriikide poliitikat ega siseriiklike hindade määramise ja sotsiaalkindlustusskeemide kindlaksmääramise põhimõtteid, välja arvatud juhul, kui see on vajalik läbipaistvuse saavutamiseks. Liikmesriikidele kehtestatud tähtaeg selle direktiivi järgimiseks lõppes 31. detsembril 1989.

Hispaania õigus

5 Hispaania Kuningriik võttis 20. detsembril 1990 vastu Ley 25/1990 del Medicamento (ravimiseadus nr 25/1990, *BOE* nr 306, 22.12.1990, lk 2643; edaspidi „seadus nr 25/1990"). Seda seadust muutis eelkõige 30. detsembri 1997. aasta Ley 66/1997 (*BOE* nr 313, 31.12.1997, lk 38517) ja käesolevas asjas vaidlustatud otsuse vastuvõtmiseni viinud haldusmenetluse ajal 30 detsembri 1999. aasta Ley 55/1999 (*BOE* nr 312, 30.12.1997, lk 46095).

6 Hispaania Kuningriik võttis 23. veebruaril 1990 vastu Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas

de uso humano (kuninga dekreet nr 271/1990 inimtervishoius kasutatavate ravimite hinnasekkumise ümberkorraldamise kohta; *BOE* nr 53, 2.3.1990, lk 6086; edaspidi „dekreet nr 271/1990"). Eelkõige oli selle dekreedi eesmärk võimaldada Hispaania Kuningriigil täita direktiivi 89/105.

7 Seaduse nr 25/1990 VIII jaotise ja dekreedi nr 271/1990 sätted kehtestavad eelkõige Hispaania tervishoiu- ja tarbimisministeeriumi ning seda abistama määratud Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentose (ministeeriumidevaheline ravimihindade komisjon) sekkumiskorra (edaspidi koos „Hispaania ametiasutused"), mis puudutab Hispaania ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite kõrgeimaid hulgihindu.

Vaidluse taust

8 Hageja GlaxoSmithKline Services Unlimited, varem Glaxo Wellcome plc (edaspidi „GSK"), on Ühendkuningriigi õiguse alusel asutatud äriühing, mille asukoht on Brentford (Ühendkuningriik). Kontsern GlaxoSmithKline, millesse ta kuulub, on üks peamistest ülemaailmsetest farmaatsiatoodete tootjatest. Kontsern loodi Glaxo Wellcome plc ja Smithkline Beecham plc vahelise koondumise tagajärjel, millele ei olnud komisjonil 8. mai 2000. aasta otsuse (juhtum N IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham) kohaselt vastuväiteid.

9 Glaxo Wellcome, SA (edaspidi „GW") on kontserni GlaxoSmithKline Hispaania õiguse alusel asutatud tütarettevõtja, mille asukoht on Madrid (Hispaania). Selle äriühingu põhitegevus on vahetult või oma tütarettevõtjate kaudu ravimite väljatöötamine, tootmine ja müük Hispaanias.

10 GW teavitas komisjoni 6. märtsi 1998. aasta kirjas dokumendist „[GW] ja tema tütarettevõtjate farmaatsiatoodete müügi üldtingimused volitatud hulgimüüjatele" (edaspidi „müügi üldtingimused"), et taotleda sekkumatustõendit või erandit vastavalt nõukogu 6. veebruari 1962. aasta määrusele nr 17 (esimene määrus asutamislepingu artiklite [81] ja [82] rakendamise kohta; EÜT 1962, 13, lk 204; ELT eriväljaanne 08/01, lk 3). GSK edastas komisjonile 28. juuli 1998. aasta kirjas täiendava teate.

11 Müügi üldtingimusi kohaldatakse 82 ravimi suhtes, mis on mõeldud müügiks Hispaania õiguse alusel asutatud hulgimüüjatele, kellega GW-l on kaubandussuhted väljaspool kõiki turustusvõrke. Need hulgimüüjad võivad ravimeid edasi müüa Hispaanias asuvatele haiglatele või Hispaanias asuvatele apteekidele, kes tarnivad neid patsientidele retsepti alusel. Hulgimüüjad võivad ravimeid edasi müüa ka liikmesriikidele paralleelkaubanduse kaudu, millega nad hinnaerinevuste tõttu tegelevad. 82 ravimi hulgas, millele üldtingimusi kohaldatakse, on kaheksa ravimit, mis võivad GSK sõnul olla peamised ravimid paralleelkaubanduses, mis toimub põhiliselt Hispaania ja Ühendkuningriigi vahel. Need ravimid on järgmised:

— allergiavastane ravim Beconase;

— viis astmavastast ravimit: Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent ja Ventolín;

— epilepsiavastane ravim Lamictal;

— migreenivastane ravim Imigran.

12 Kõigi 82 ravimi jaoks sätestab müügi üldtingimuste artikkel 4 kaks erinevat hinda (edaspidi „hind 4A" ja „hind 4B"). Artikkel 4 sätestab:

„A) Vastavalt [seaduse nr 25/1990] artikli 100 lõike 1 esimesele lõigule ja lõikele 2 ei ületa [GW] ja tema tütarettevõtjate farmaatsiatoodete hinnad mitte mingil juhul Hispaania pädevate tervishoiuasutuste kehtestatud kõrgeimat tööstushinda, kui on täidetud nimetatud õigusnormide kohaldamist tingivad kaks tingimust, nimelt:

— nimetatud farmaatsiatooteid rahastatakse Hispaania sotsiaalkindlustusest või Hispaania riiklikest vahenditest;

— ostetavaid farmaatsiatooteid müüakse seejärel riiklikul tasandil, st apteekide ja Hispaanias asuvate haiglate kaudu.

B) Neist kahest tingimusest ühe mittetäitmisel (st kõigil juhtudel, kui Hispaania õigus lubab laboratooriumidel kehtestada vabalt oma farmaatsiatoodete hinnad) kehtestavad [GW] ja tema tütarettevõtjad oma farmaatsiatoodete hinnad vastavalt tegelikule, objektiivsele ja mittediskrimineerivale kriteeriumile ning sõltumatult ostja kindlaksmääratud toote sihtkohast. [GW] ja tema tütarettevõtjad kohaldavad oma farmaatsiatoodetele hinda, mis pakuti ettevõtjasisese majandusuuringu alusel algselt välja Hispaania tervishoiuasutustele ja mida on elukalliduse tõusu arvestades objektiivselt ajakohastatud vastavalt [seaduse nr 25/1990] artikli 100 lõike 1 esimesele lõigule ja lõikele 2 ning muudele varasematele Hispaania õigusaktidele, mis käsitlevad ravimihindade kehtestamist."

13 GW saatis müügi üldtingimused 6. märtsi 1998. aasta kirjaga 89-le Hispaania õiguse alusel asutatud hulgimüüjale. Need kirjad sisaldasid eelkõige järgmist märkust:

„Tähtis teade: palume teatada meile oma nõustumisest, tagastades lisatud dokumendi allkirjastatud versiooni enne 13. märtsi 1998."

14 Seda tegid 75 hulgimüüjat, kelle müügiosa ületas 90% GW kogumüügist Hispaanias 1998. aastal.

15 Müügi üldtingimused jõustusid 9. märtsil 1998.

16 Seejärel vaidlustasid kaks Hispaania õiguse alusel asutatud kutseliitu Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) ja Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas ning Hispaania hulgimüüja Spain Pharma, SA, müügi üldtingimuste seaduslikkuse Hispaania konkurentsiametis ja Hispaania kohtutes.

17 Lisaks esitasid Aseprofar — keda toetas üks teine Hispaania kutseliit Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas y Productos Parafarmacéuticos (Fedifar) —, Spain Pharma ning kaks Euroopa kutseliitu Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV („BAI") ja European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) komisjonile mitmeid kaebusi, mille kohaselt rikkusid müügi üldtingimused EÜ artikli 81 lõiget 1.

18 Komisjon võttis 8. mail 2001 vastu otsuse 2001/791/EÜ EÜ asutamislepingu artikli 81 kohaldamise menetluse kohta (juhtumid IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (teatamine), IV/36.997/F3 — Aseprofar ja Fedifar (kaebus), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (kaebus), IV/37.138/F3 — BAI (kaebus) ja IV/37.380/F3 — EAEPC (kaebus)) (EÜT L 302, lk 1; edaspidi „otsus").

19 Otsuse artikkel 1 sätestab, et GW „rikkus [EÜ] artikli 81 lõiget 1, sõlmides Hispaania hulgimüüjatega lepingu, mis sätestab erinevad hinnad siis, kui hulgimüüjad müüvad siseriiklikul territooriumil apteekidele ja haiglatele edasi hüvitamisele kuuluvaid ravimeid, ning kõrgemad hinnad siis, kui ravimeid eksporditakse mis tahes teise liikmesriiki".

20 Otsuse artikkel 2 sätestab, et seda kokkulepet puudutavat eranditaotlust ei rahuldata.

21 Otsuse artiklid 3 ja 4 kohustavad GW-d rikkumist viivitamatult lõpetama, kui ta seda juba teinud ei ole, ja teavitama komisjoni selleks võetud meetmetest.

Menetlus

22 GSK esitas käesoleva menetluse algatamiseks hagiavalduse, mis saabus Esimese Astme Kohtu kantseleisse 23. juulil 2001.

23 EAEPC, BAI, Spain Pharma ja Aseprofar esitasid 8., 12. ja 16. novembril 2001 Esimese Astme Kohtusse avaldused menetlusse astumiseks komisjoni nõuete toetuseks vastavalt Euroopa Ühenduste Kohtu põhikirja artikli 40 teisele lõigule ja Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 115 lõikele 1.

24 GSK palus Esimese Astme Kohtusse 28. novembril 2001, 14. detsembril 2001 ja 21. märtsil 2002 saabunud taotlustes, et poolte menetlusdokumentides sisalduvaid teatud salajasi või konfidentsiaalseid tõendeid või teavet ei edastataks isikutele, kellele antakse menetlusse astumise luba kodukorra artikli 116 lõike 2 alusel.

25 Esimese Astme Kohtu esimese koja esimees rahuldas 27. novembri 2002. aasta määrusega menetlusse astumise avaldused ja jättis andmete konfidentsiaalsena käsitlemise taotluste põhjendatuse küsimuse edaspidiseks lahendamiseks.

26 Esimese Astme Kohtu esimese koja esimees rahuldas osaliselt 5. augusti 2003. aasta määrusega andmete konfidentsiaalsena käsitlemise taotlused ja jättis need osaliselt rahuldamata.

27 Seoses Esimese Astme Kohtu kodade koosseisu muutmisega alates 1. oktoobrist 2003 nimetati ettekandja-kohtunik neljanda koja koosseisu, mistõttu käesolev asi määrati sellele kojale.

28 GSK palus Esimese Astme Kohtusse 25. märtsil 2004 saabunud taotluses, et menetlusse astujatele ei edastataks teatud salajast või konfidentsiaalset teavet, mis sisaldus tema märkustes menetlusse astuja seisukohtade kohta. See avaldus rahuldati.

29 Esimese Astme Kohus palus 16. aprilli 2004. aasta kirjas GSK-l ja komisjonil kodukorra artiklite 49 ja 64 alusel esitada dokumente ja vastata ühele kirjalikule küsimusele. Need menetlust korraldavad meetmed täideti selleks ettenähtud tähtaja jooksul.

30 Spain Pharma palus Esimese Astme Kohtu kantseleile 7. mail 2004 esitatud taotluses luba kasutada suulises menetluses hispaania keelt vastavalt kodukorra artikli 35 lõikele 2. Pooled ära kuulanud, rahuldas kohus selle taotluse.

31 GSK palus Esimese Astme Kohtu kantseleile 27. mail ja 22. juunil 2004 esitatud taotlustes, et menetlusse astujatele ei edastataks teatud salajast või konfidentsiaalset teavet, mida sisaldasid tema ja komisjoni poolt Esimese Astme Kohtu 16. aprilli 2004. aasta taotlusele antud vastused. See taotlus rahuldati.

32 Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 14 alusel otsustas Esimese Astme Kohus 7. märtsil 2006 neljanda koja ettepanekul pärast poolte ärakuulamist määrata kohtuasi neljanda koja laiendatud koosseisule.

33 Ettekandja-kohtuniku ettekande alusel otsustas Esimese Astme Kohus (neljas koda) avada 15. märtsil 2006 suulise menetluse.

34 Esimese Astme Kohus palus 7. ja 20. märtsi 2006. aasta kirjades GSK-l, komisjonil ja menetlusse astujatel kodukorra artiklite 49 ja 64 alusel vastata kirjalikele küsimustele ja esitada üks dokument. Need menetlust korraldavad meetmed täideti selleks ettenähtud tähtaja jooksul, välja arvatud küsimuse osas, millele GSK vastas Esimese Astme Kohtu kantseleile 6. juunil 2006 esitatud dokumendis. Kuna pooltel, kellel

Esimese Astme Kohus palus kohtuistungil esitada oma asjakohane seisukoht, puudusid vastuväited, lisati see dokument toimikusse.

35 GSK palus Esimese Astme Kohtu kantseleile 28. aprillil 2006 esitatud taotluses, et menetlusse astujatele ei edastataks teatud salajast või konfidentsiaalset teavet, mida sisaldasid tema poolt Esimese Astme Kohtu 7. ja 20. märtsi 2006. aasta taotlustele antud vastused. See taotlus rahuldati.

36 Aseprofar palus Esimese Astme Kohtu kantseleile 16. mail 2006 esitatud taotluses luba kasutada suulises menetluses hispaania keelt vastavalt kodukorra artikli 35 lõikele 2. Pooled ära kuulanud, rahuldas kohus selle taotluse.

37 Poolte kohtukõned ja vastused Esimese Astme Kohtu küsimustele kuulati ära 7. juuni 2006. aasta kohtuistungil.

Poolte nõuded

38 GSK palub Esimese Astme Kohtul:

— tühistada otsus;

— mõista kohtukulud välja komisjonilt.

39 Komisjon palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista kohtukulud välja GSK-lt.

40 Aseprofar palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista GSK-lt välja kohtukulud, sealhulgas Aseprofari kantud kohtukulud.

41 BAI palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista GSK-lt välja kohtukulud, sealhulgas BAI kantud kohtukulud.

42 EAEPC palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista GSK-lt välja kohtukulud, sealhulgas EAEPC kantud kohtukulud.

43 Spain Pharma palub Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— mõista GSK-lt välja kohtukulud, sealhulgas Spain Pharma kantud kohtukulud.

Õiguslik käsitlus

44 GSK viitab oma nõuete toetuseks põhiliselt kuuele väitele, mida võib rühmitada vastavalt sellele, kas taotletakse otsuse tühistamist tervikuna või osaliselt.

45 Oma põhilise nõude — tühistada otsuse artikkel 1, milles tuvastatakse EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumine — toetuseks tugineb GSK järgmisele kolmele väitele:

— ebapiisav põhjendus;

— EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumine;

— võimu kuritarvitamine, subsidiaarsuse põhimõtte rikkumine ja EÜ artikli 43 rikkumine.

46 Teise võimalusena esitatud nõude — tühistada otsuse artikkel 2, millega jäetakse rahuldamata EÜ artikli 81 lõike 3 alusel esitatud eranditaotlus — toetuseks tugineb GSK järgmisele kolmele väitele:

— ebapiisav põhjendus;

— EÜ artikli 81 lõike 3 rikkumine;

— proportsionaalsuse põhimõtte rikkumine.

I — *Otsuse artikli 1 tühistamise nõuet põhjendavad väited*

A — *Väide, mis käsitleb põhjenduse ebapiisavust*

1. Poolte argumendid

47 GSK väidab sisuliselt, et kuna otsuses ei ole viidatud Esimese Astme Kohtu 26. oktoobri 2000. aasta otsusele kohtuasjas T-41/96: Bayer *vs.* komisjon (EKL 2000, lk II-3383), on otsus ebapiisavalt põhjendatud.

48 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, vaidlustab selle väite põhjendatuse.

2. Esimese Astme Kohtu hinnang

49 EÜ artikkel 253 sätestab eelkõige, et komisjoni otsused peavad olema põhjendatud.

50 Selleks et akt oleks õiguslikult piisavalt põhjendatud, peab komisjoni otsusest selgelt nähtuma akti andnud institutsiooni arutluskäik, mis võimaldab huvitatud isikutel võetud meetme põhjuseid mõista ja kohtul selle põhjendatust kontrollida. Seevastu ei pea otsus täpsustama kõiki asjassepuutuvaid õiguslikke ja faktilisi asjaolusid, kuna põhjenduste vastavust EÜ artikli 253 nõuetele tuleb hinnata mitte ainult akti sõnastust, vaid ka õiguslikku ja faktilist raamistikku silmas pidades (Euroopa Kohtu 20. märtsi 1957. aasta otsus kohtuasjas 2/56: Geitling *vs.* ülemamet, EKL 1957, lk 9 ja 37, ning Esimese Astme Kohtu 15. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas T-171/02: Regione Autonoma della Sardegna *vs.* komisjon, EKL 2005, lk II-2123, punkt 73).

51 Vajadus põhjendada oma otsuseid ei pane seega komisjonile üldist kohustust viidata vastuvõetavas otsuses konkreetsele kohtuotsusele.

52 GSK piirdub käesolevas asjas argumendiga, et otsus on ebapiisavalt põhjendatud, sest see ei viita ühele kohtuotsusele.

53 Seetõttu tuleb tagasi lükata väide, mille kohaselt otsus on ebapiisavalt põhjendatud, kui selles ei viidata eespool punktis 47 viidatud kohtuotsusele Bayer *vs.* komisjon.

54 Kuna GSK kavatseb selle väitega vaidlustada tegelikult otsuse sisu, tuleb selle kohta rõhutada, et komisjoni otsuse põhjenduse olemasolu ja ulatuse analüüs kuulub oluliste vorminõuete ja seega otsuse vormilise seaduslikkuse kontrolli juurde. Seda tuleb eristada selle otsuse põhjenduse põhjendatuse kontrollist, mis kuulub sisulise seaduslikkuse kontrolli juurde (Euroopa Kohtu 2. aprilli 1998. aasta otsus kohtuasjas C-367/95 P: komisjon *vs.* Sytraval ja Brink's France, EKL 1998, lk I-1719, punkt 67, ja Esimese Astme Kohtu 18. jaanuari 2005. aasta otsus kohtuasjas T-93/02: Confédération nationale du Crédit mutuel *vs.* komisjon, EKL 2005, lk II-143, punkt 67). Selles osas on see väide seotud EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumisega, mida analüüsitakse allpool.

B — *EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumist käsitlev rikkumine*

1. Sissejuhatavad märkused

55 EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamine sõltub mitme eraldi tingimuse täitmisest (Euroopa Kohtu 30. juuni 1966. aasta otsus kohtuasjas 56/65: Société technique minière, EKL 1966, lk 337, 356–360, ja eespool punktis 47 viidatud kohtuotsus Bayer *vs.* komisjon, punkt 174) ja nende täitmist tuleb tõendada isikul, kes sellele sättele tugineb (Euroopa Kohtu 7. jaanuari 2004. aasta liidetud kohtuasjades C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P ja C-219/00 P: Aalborg Portland jt *vs.* komisjon, EKL 2004, lk I-123, punkt 78). Seega tuleb esiteks tõendada, et on olemas ettevõtjatevaheline kokkulepe, kooskõlastatud tegevus või ettevõtjate ühenduse otsus; teiseks, et selle eesmärk või tagajärg on konkurentsi märkimisväärne piiramine, ja kolmandaks, et see võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, kusjuures viimatinimetatud nõude eesmärk on üksnes ühenduse õiguse kohaldamisala kindlaksmääramine (eespool viidatud kohtuotsus Société technique minière, lk 359; Euroopa Kohtu 31. märtsi 1993. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 ja C-125/85–C-129/85: Ahlström Osakeyhtiö jt *vs.* komisjon, EKL 1993, lk I-1307, punkt 176, ja eespool punktis 47 viidatud kohtuotsus Bayer *vs.* komisjon, punkt 174).

56 Kuna GSK väidab käesolevas asjas, et komisjon on kohaldanud EÜ artikli 81 lõiget 1 tegevusele, mis ei kujuta endast kokkulepet selle sätte tähenduses, st piiravat kokkulepet, tuleb meelde tuletada, et see, kas tegemist on ettevõtjatevahelise kokkuleppega ja kas see kokkulepe on piirav, on eraldi küsimused ning seega tuleb neid analüüsida eraldi (vt selle kohta eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Société technique minière, lk 358 ja 359).

57 Selles osas teostab EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamise kohta tehtud otsuse tühistamisnõuet menetlev kohus täieliku kontrolli komisjoni uurimise üle (Euroopa Kohtu 11. juuli 1985. aasta otsus kohtuasjas 42/84: Remia jt *vs.* komisjon, EKL 1985, lk 2545, punkt 34, ja eespool punktis 47 viidatud kohtuotsus Bayer *vs.* komisjon, punkt 62), välja arvatud juhul, kui see uurimine on tähendanud keeruliste majanduslike hinnangute andmist, mispuhul kohus kontrollib vaid seda, kas tegemist ei ole võimu kuritarvitamisega, kas menetlusnorme ja põhjendamisreegleid on järgitud, kas faktilised asjaolud on täpselt kindlaks tehtud ning kas nende faktiliste asjaolude osas ei ole tehtud ilmset hindamisviga (eespool viidatud kohtuotsus Remia jt *vs.* komisjon, punkt 34, ja eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon, punkt 279).

58 Lisaks toimub see kontroll üksnes vaidlustatud otsuse vastuvõtmise ajal eksisteerinud õiguslike ja faktiliste asjaolude alusel (Euroopa Kohtu 7. veebruari 1979. aasta otsus liidetud kohtuasjades 15/76 ja 16/76: Prantsusmaa *vs.* komisjon, EKL 1979, lk 321, punkt 7, ja Esimese Astme Kohtu 28. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-395/94: Atlantic Container Line jt *vs.* komisjon, EKL 2002, lk II-875, punkt 252), piiramata poolte võimalust täiendada neid asjaolusid oma kaitseõiguse teostamisel tõenditega, mis on sellest kuupäevast hilisemad, kuid mis on kogutud konkreetselt kõnealuse otsuse vaidlustamiseks või selle kaitsmiseks (Esimese Astme Kohtu 21. septembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-87/05: EDP *vs.* komisjon, EKL 2005, lk II-3745, punkt 158; vt selle kohta ka Euroopa Kohtu 22. oktoobri 1986. aasta otsus kohtuasjas 75/84: Metro *vs.* komisjon, EKL 1986, lk 3021 (edaspidi nn „Metro II kohtuotsus"), punktid 75 ja 78, ning eespool viidatud kohtuotsus Atlantic Container Line jt *vs.* komisjon, punkt 254).

59 Käesolevas asjas järeldub sellest, et käsitlemata tuleb jätta faktilised asjaolud, mis ei eksisteerinud otsuse vastuvõtmise kuupäeval ehk eriti ajavahemikku 2001–2005 puudutavad arvandmed, ja tõendid, mis veel ei eksisteerinud ja mida ei kogutud

konkreetselt vaidlustamaks või kaitsmaks otsuse seda osa, milles tuvastatakse konkurentsieeskirjade rikkumine, ehk eelkõige muud kui haldusmenetluses esitatud uuringud ravimite paralleelkaubanduse mõju kohta ühenduses üldiselt.

2. Ettevõtjatevahelise kokkuleppe olemasolu

a) Otsuse sisu

60 Komisjon leidis otsuse põhjenduses 109, et müügi üldtingimused kujutasid endast GW ja kõigi nende tingimustega nõustunud Hispaania hulgimüüjate vahelist kokkulepet.

b) Poolte argumendid

61 GSK väidab, et müügi üldtingimused ei kujuta endast kokkulepet.

62 GW ja müügi üldtingimused allakirjutanud Hispaania hulgimüüjad ei ole avaldanud sõltumatut tahet, sest Hispaania ravikindlustussüsteemist hüvitatavatele ravimitele on hulgihinna kehtestanud Hispaania õigusaktid.

63 Nad ei ole väljendanud ka ühist tahet konkurentsi piirata, vaid üksnes ühist tahet müüa ja osta ravimeid müügi üldtingimustes sätestatud tingimustel.

64 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, vaidleb nende argumentide põhjendatusele vastu.

c) Esimese Astme Kohtu hinnang

65 GSK argumentide põhjal tuleb esiteks kindlaks teha, kas GW ja Hispaania hulgimüüjad on väljendanud sõltumatut tahet Hispaania ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite hulgihinda reguleerivate Hispaania õigusaktide suhtes ja kas komisjonil tuli seega hinnata ettevõtjate, mitte riigi käitumist. Vajadusel tuleb nende argumentide põhjal hinnata teiseks, kas GW ja need hulgimüüjad avaldasid ühist tahet, ning seega küsimust, kas komisjonil tuli uurida kahepoolset, mitte ühepoolset käitumist.

Tahte sõltumatus

66 EÜ artikli 81 lõiget 1 kohaldatakse üksnes ettevõtja enda initsiatiivil läbiviidava konkurentsi kahjustava käitumise suhtes (Euroopa Kohtu 21. septembri 1988. aasta otsus kohtuasjas 267/86: Van Eycke, EKL 1988, lk 4769, punkt 16; Euroopa Kohtu 11. novembri 1997. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-359/95 P ja C-379/95 P: komisjon ja Prantsusmaa *vs.* Ladbroke Racing, EKL 1997, lk I-6265, punkt 33, ja Euroopa Kohtu 9. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-198/01: CIF, EKL 2003, lk I-8055, punkt 45).

67 Kui selle sätte kohaldatavuse lahendamiseks on vaja hinnata eelnevalt siseriiklike sätete võimalikku mõju, siis tuleb kindlaks teha, kas ettevõtjatele jääb nende õigusaktide alusel võimalus konkurentsiks, mida ettevõtjate iseseisev tegevus võib takistada, piirata või kahjustada (eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus komisjon ja Prantsusmaa *vs.* Ladbroke Racing, punktid 32 ja 35, ning eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus CIF, punkt 66).

68 Kui selle hinnangu põhjal ilmneb, et ettevõtjatele on konkurentsivastane tegevus kõnealuste õigusnormide alusel kohustuslik või et need välistavad nendepoolse konkurentsivastase tegevuse võimaluse, ei ole EÜ artikli 81 lõige 1 kohaldatav (eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus komisjon ja Prantsusmaa *vs.* Ladbroke Racing, punkt 33, ja eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus CIF, punkt 67).

69 Seevastu kui ilmneb, et need õigusnormid jätavad võimaluse konkurentsiks, mida ettevõtjate iseseisev tegevus võib takistada, piirata või kahjustada, kohaldatakse EÜ artikli 81 lõiget 1 (eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus komisjon ja Prantsusmaa *vs.* Ladbroke Racing, punkt 34, ja eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus CIF, punkt 56).

70 Ühenduse kohus kohaldab piiratult võimalust välistada selle sätte kohaldamisalast teatud käitumine seetõttu, et siseriiklik õigus seda käitumist nõuab (eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus CIF, punkt 67, ja Esimese Astme Kohtu 30. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas T-513/93: Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali *vs.* komisjon, EKL 2000, lk II-1807, punkt 60).

71 Seega tuleb kindlaks teha, kas Hispaania õigusaktid nõuavad, et GW-l tuleb kasutada Hispaania hulgimüüjatega sõlmitavates lepingutes erinevaid hindu sõltuvalt sellest, kas tema müüdavaid ravimeid hüvitatakse Hispaania ravikindlustussüsteemist või mitte, nagu väidab GSK.

72 On selge, et Hispaania õigusaktid, mis koosnevad esiteks seaduse nr 25/1990 VIII osa ja teiseks dekreedi nr 271/1990 sätetest, ei määra kindlaks selliste ravimite hulgihinda, mida Hispaania ravikindlustussüsteemist ei hüvitata. Peale selle on GSK möönnud nii oma menetlusdokumentides kui ka kohtuistungil, et seda fakti — mis ilmnes kaudselt, kuid kindlasti sellest, et seaduse nr 25/1990 sõnastus ei sätestanud midagi nende toodete kohta müügi üldtingimuste jõustumise ajal kehtinud versioonis — kinnitas sõnaselgelt hiljem tehtud seadusmuudatus, nagu on märgitud otsuse põhjendustes 37 ja 139.

73 Isegi kui oletada, et vastupidiselt sellele, mida väidavad menetlusse astujad, on õige GSK argument, et kõnealusest süsteemist hüvitatavate ravimite hulgihinna kinnitavad Hispaania ametiasutused täielikult sõltumatult ning et need on GW-le ja Hispaania hulgimüüjatele kohustuslikud, jääb faktiks, et Hispaania õigusaktidega ei ole kehtestatud käitumist, mis seisneks selles, et kokkuleppes võetakse kasutusele erinevate hindade süsteem, mis keelab GW-ga kauplevatel Hispaania hulgimüüjatel ravimite ostmise selle hinnaga (4 A hind), kui nad müüvad need edasi teistes liikmesriikides, ja kohustab neid ostma samu tooteid kõrgema hinnaga (4 B hind). Kui GSK-lt selle kohta kohtuistungil küsiti, oli ta sunnitud sellega nõustuma.

74 Seetõttu ei saa järeldada, et kõnealused siseriiklikud õigusaktid kohustavad GW-d kasutama Hispaania hulgimüüjatega sõlmitavates kokkulepetes erinevaid hindu sõltuvalt sellest, kas tema müüdavaid ravimeid hüvitatakse Hispaania ravikindlustussüsteemist või mitte.

Ühine tahe

75 EÜ artikli 81 lõiget 1 kohaldatakse üksnes ettevõtjate kahepoolsele või mitmepoolsele tegevusele (Euroopa Kohtu 8. juuli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-49/92 P:

komisjon *vs.* Anic Partecipazioni, EKL 1999, lk I-4125, punktid 79 ja 112), mis võib kujutada endast kokkuleppeid, kooskõlastatud tegevust või ettevõtjate ühenduste otsuseid.

76 Kokkuleppe olemasolu eelduseks on piisav, kui vähemalt kaks asjaomast ettevõtjat on väljendanud ühist tahet tegutseda turul teatud kindlal viisil (Euroopa Kohtu 15. juuli 1970. aasta otsus kohtuasjas 41/69: ACF Chemiefarma *vs.* komisjon, EKL 1970, lk 661, punkt 112, ja Euroopa Kohtu 11. jaanuari 1990. aasta otsus kohtuasjas C-277/87: Sandoz Prodotti Farmaceutici *vs.* komisjon, EKL 1990, lk I-45, kokkuvõtte punkt 13, ja eespool punktis 47 viidatud kohtuotsus Bayer *vs.* komisjon, punktid 67 ja 173).

77 Kuigi järelikult on kohustuslik, et otsuses, milles komisjon kohaldab EÜ artikli 81 lõiget 1, on tõendatud ettevõtjate ühine tahe tegutseda turul teatud kindlal viisil, ei ole erinevalt GSK väidetust nõutud, et selleks oleks tõendatud ühine tahe saavutada konkurentsivastane eesmärk.

78 Käesolevas asjas järeldatakse otsuses, et GW ja müügi üldtingimused allakirjastanud Hispaania hulgimüüjad on väljendanud ühist tahet tegutseda turul müügitingimuste artiklis 4 sätestatud viisil, st müüa ja osta üht või teist 82-st ravimist, millele nad kohaldavad kas hinda 4 A või 4 B sõltuvalt sellest, kas kõnealuses punktis A sätestatud tingimused on täidetud või mitte.

79 Seda järeldust kinnitavad selgelt toimikus sisalduvad dokumendid, millest kõigepealt nähtub, et GW võttis vastu müügi üldtingimused, mis sätestavad erinevate hindade süsteemi. Seejärel edastas GW need müügi üldtingimused 89-le hulgimüüjale, kellega tal on Hispaanias kaubandussuhted. Sellega seoses palus ta neil — rõhutades selle palve olulisust — tagastada talle allakirjutatud versioon kohustusliku tähtaja jooksul „tõendamaks [nendega] nõustumist". Need faktilised asjaolud tõendavad

GW väljendatud tahet paluda Hispaania hulgimüüjatel nõustuda tema müügi üldtingimustega ja seega teha hulgimüüjatele neid tingimusi puudutav pakkumine. Lõpuks toimisid 75 neist 89-st hulgimüüjast, kellele see pakkumine tehti, GW palutud viisil ehk allkirjastasid müügi üldtingimused ja tagastasid need talle selleks kehtestatud tähtajal. Neist faktilistest asjaoludest nähtub nende hulgimüüjate väljendatud tahe nõustuda GW pakkumisega ja seega sõlmida temaga kokkulepe, nagu GSK on kohtuistungil ka tunnistanud.

80 Ükski GSK esitatud argumentidest ei ole selline, mis seaks selle järelduse kahtluse alla.

81 GSK ei saa eelkõige tugineda argumendile, et komisjon ei ole esitanud tõendeid esiteks ametliku ekspordikeelu eksisteerimise kohta, mille GW on kehtestanud Hispaania hulgimüüjatele, ja teiseks tegevuse kohta, mis avaldub kõnealuste hulgimüüjate vaikimisi nõustumises selle keeluga.

82 Komisjon on kohustatud esitama tõendeid väidetava rikkumise kohta ja selleks tuleb tal esitada konkurentsieeskirjade kohaldamist puudutavates otsustes täpsed ja omavahel kooskõlas olevad tõendid, mis tõendavad veenvalt, et selle rikkumise moodustavad faktilised asjaolud eksisteerivad (Euroopa Kohtu 28. märtsi 1984. aasta otsus liidetud kohtuasjades 29/83 ja 30/83: CRAM ja Rheinzink *vs.* komisjon, EKL 1984, lk 1679, punkt 20, ja Euroopa Kohtu 6. jaanuari 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-2/01 P ja C-3/01 P: BAI ja komisjon *vs.* Bayer, EKL 2004, lk I-23, punkt 62).

83 Need tõendid võivad olla otsesed tõendid, mis on näiteks kirjalikus vormis (Esimese Astme Kohtu 15. märtsi 2000. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 ja T-104/95: Cimenteries CBR jt *vs.*

komisjon, EKL 2000, lk II-491, punkt 862, ja apellatsioonmenetluses eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon, punkt 237), või nende puudumisel kaudsed tõendid, mis avalduvad näiteks tegevuses (eespool punktis 47 viidatud kohtuotsus Bayer *vs.* komisjon, punkt 73, ja apellatsioonmenetluses eespool punktis 82 viidatud kohtuotsus BAI ja komisjon *vs.* Bayer, punkt 100).

84 Käesolevas asjas on eespool rõhutatud, et komisjon tugines kirjavahetusele, mis tõendas ilma igasuguse võimaliku kahtluseta, et GW pakkus Hispaania hulgimüüjatele võimalust käituda turul müügi üldtingimustes sätestatud viisil ja et enamus neist nõustus selle pakkumisega. Nagu komisjon kohtuistungil veel rõhutas, puudus vajadus otsida muid tõendeid nagu GW ja hulgimüüjate tegevusega seotud tõendid.

85 GSK-l ei ole alust väita sisuliselt ka seda, et hulgimüüjad, kelle poole GW pöördus, oleksid lõpuks olnud temaga eriarvamusel.

86 Kui komisjon on esitanud tõendi kokkuleppe olemasolu kohta, nagu käesoleval juhul, tuleb selles kokkuleppes osalenud ettevõtjal esitada tõend, mis tõendab selget ja teistele kokkuleppes osalenud ettevõtjatele teatavaks tehtud tahet loobuda sellest kokkuleppest (vt selle kohta eespool punktis 82 viidatud kohtuotsus BAI ja komisjon *vs.* Bayer, punkt 63; eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon, punktid 81–84, ja Esimese Astme Kohtu 11. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-61/99: Adriatica di Navigazione *vs.* komisjon, EKL 2003, lk II-5349, punktid 135–138).

87 Kuigi käesolevas asjas avaldasid mõned müügi üldtingimustele allakirjutanud Hispaania hulgimüüjad kahtlust tingimuste seaduslikkuse kohta, nagu rõhutatakse otsuse põhjenduses 12, ei nähtu toimikus sisalduvatest dokumentidest, et nad oleksid müügitingimustest loobunud kohtupraktika tähenduses. Samuti vastab tõele see, et mõned neist eksportisid GW-lt 4 A hinnaga ostetud ravimeid. Selles osas nähtub kohtutoimikus sisalduvatest dokumentidest veel seda, et nad nõustusid

lõpuks GSK nõudel maksma arveid, mis vastasid selle hinna ja 4 B hinna erinevusele. Igal juhul puudutavad need asjaolud üksnes mõningaid hulgimüüjaid ja selle põhjal ei saa järeldada, et kõik oleksid loobunud GW-ga varem sõlmitud kokkuleppest.

88 Lisaks vastab tõele, et kolm kutseliitu ehk Aseprofar, Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas ja Fedifar esitasid kaebused komisjonile ja Servicio de defensa de competencia'le (Hispaania konkurentsiamet), nagu märgitud otsuse põhjenduses 3, ja et nende liitude liikmete — kahe esimesena mainitu puhul otseste liikmete ja kolmanda puhul kaudsete liikmete — hulka kuulusid mõned müügi üldtingimused allkirjastanud hulgimüüjad. Üksnes asjaolust, et sellised kaebused esitasid kutseliidud, kelle hulka kuulusid lisaks teistele liikmetele mõned müügi üldtingimuste allkirjastajad, ei piisa siiski tõendamaks, et keegi hulgimüüjatest tegelikult ei tahtnud või alates nende kaebuste esitamise päevast enam ei tahtnud GW-ga kokkuleppel tegutseda.

89 Seega ei saa järeldada, et GW ja müügi üldtingimused allkirjastanud hulgimüüjad ei ole avaldanud ühist tahet.

90 Eespool esitatust järeldub, et GSK argumentidest ei nähtu, et komisjon oleks teinud kokkuleppe olemasolu järeldades vea.

3. Konkurentsipiirangu olemasolu

a) Otsuse sisu

91 Komisjon on järeldanud otsuse põhjendustes 116–143 ja 189, et müügi üldtingimuste artikli 4 eesmärk ja tagajärg oli konkurentsi piiramine.

92 Analüüsides kõigepealt selle sätte eesmärki, leidis komisjon otsuse põhjenduses 116, et selle eesmärk oli piirata GW müüdavate ravimite paralleelkaubandust Hispaania ja teiste liikmesriikide vahel. Lisaks leidis komisjon otsuse põhjenduses 117, et Hispaanias edasimüümiseks ja hüvitamiseks mõeldud ravimitele kohaldatava 4 A hinna ning teistes liikmesriikides edasimüümiseks ja hüvitamiseks mõeldud ravimitele kohaldatava 4 B hinna võrdlus näitas, et selle kohaldamise tagajärg oli sõltuvalt juhtumist paralleelkaubanduse välistamine või takistamine.

93 Seejärel tuvastas komisjon otsuse põhjendustes 117–119, et müügi üldtingimuste artiklil 4 oli paljudel juhtudel ekspordikeeluga samaväärne toime ja et see takistas paralleelkaubandust muudel juhtudel peaaegu samamoodi nagu kaheastmeline hinnasüsteem. Lisaks leidis komisjon otsuse põhjendustes 120–123, et seda järeldust ei mõjutanud asjaolu, et Hispaanias kehtivad riiklikud õigusnormid siseriiklikust ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite hulgihinna kehtestamise korra kohta.

94 Komisjon leidis lõpuks otsuse põhjendustes 124 ja 125, et Euroopa Kohus ja Esimese Astme Kohus on alati kvalifitseerinud ekspordikeelde, kaheastmelisi hinnasüsteeme või muid paralleelkaubanduse piiranguid sisaldavad lepingud nende eesmärgi tõttu konkurentsi piiravateks, mistõttu tuli järeldada, et müügi üldtingimuste artikli 4 eesmärk oli konkurentsi piiramine.

95 Uurides veel müügi üldtingimuste artikli 4 mõju, leidis komisjon otsuse põhjenduses 126 kõigepealt, et kõrgema hulgihinna — millele lisanduvad ekspordiga seotud tehingukulud (vedu, ümberpakkimine jne.) — kasutuselevõtmine ekspordi korral kaldub piirama paralleelkaubandust, mis oleks võimalik ilma selle hinnata.

96 Komisjon leidis seejärel otsuse põhjendustes 127–135, et see artikkel ei piirdunud Hispaania Kuningriigi põhjustatud konkurentsi kahjustamise neutraliseerimisega ega olnud õigustatud konkreetse õigusliku regulatsiooniga.

97 Komisjon leidis veel otsuse põhjendustes 136–140, et müügi üldtingimuste artikliga 4 sätestatud erinevad hinnad tõid kaasa esiteks paralleelkaubanduse päritoluliikmesriikides tegutsevate hulgimüüjate tegevusvabaduse piiramise ning teiseks nende hulgimüüjate ja paralleelkaubanduse sihtkoha liikmesriigis tegutsevate edasimüüjate vahelise konkurentsi piiramise.

98 Komisjon viitas lõpuks otsuse põhjendustes 141–143 sellele, millises ulatuses mõjutasid valuutakõikumised ajavahemikus 1996 ja 1998 ravimite paralleelkaubandust eelkõige Hispaania ja Ühendkuningriigi vahel.

b) Poolte argumendid

99 GSK väidab sisuliselt seda, et müügi üldtingimuste artikkel 4 ei ole konkurentsipiirang.

100 Esiteks väidab ta, et konkurents on siseriiklikust ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite sektoris juba algusest peale kahjustatud ja et müügi üldtingimuste artikliga 4 üritatakse üksnes neutraliseerida seda olukorda, mille põhjuseks on esiteks kõnealuste ravimite hinda reguleerivate siseriiklike sätete olemasolu ja teiseks nende sätete ühtlustamist sätestavate ühenduse õigusnormide puudumine.

101 Teiseks väidab GSK, et müügi üldtingimuste artikli 4 eesmärk ei ole piirata konkurentsi ja et komisjon ei ole tõendanud, et sellel oleks niisugune mõju, arvestades asjaomase turu iseärasusi ning üldisemalt õiguslikku ja majanduslikku konteksti, millesse see artikkel kuulub.

102 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, vaidleb nende argumentide põhjendatusele vastu. Ta leiab, et ta järeldas õigesti, et müügi üldtingimuste artikli 4 — millega kõrvaldati paralleelkaubandus või piirati seda — eesmärk ja tagajärg oli konkurentsi piiramine.

c) Esimese Astme Kohtu hinnang

103 GSK ei vaidlusta nende faktiliste asjaolude sisulist õigsust, millele komisjon on EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamisel tuginenud, vaid kõnealuse institutsiooni antud hinnangut nende asjaolude kohta. Kogu hageja kriitika on sisuliselt seotud järeldustega, mis on konkurentsipiirangute olemasolu analüüsimisel tehtud ravimisektori õigusliku ja majandusliku konteksti põhjal. Täpsemalt puudutab see kriitika esiteks konkurentsi olukorda enne müügi üldtingimuste artikli 4 kehtima hakkamist ja teiseks sellest artiklist tulenevat konkurentsipiirangut.

Konkurentsi olukord enne müügi üldtingimuste artikli 4 kehtima hakkamist

104 Nagu GSK õigesti märgib, iseloomustab paljude liikmesriikide siseriiklikust ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite sektorit endiselt regulatsioon, mis läheb eelkõige hindade osas kaugemale pelgast majandustegevuse järelevalvest

(Euroopa Kohtu 29. novembri 1983. aasta otsus kohtuasjas 181/82: Roussel jt, EKL 1983, lk 3849, punkt 8). Nende erinevate siseriiklike sätete kooseksisteerimine võib kahjustada konkurentsi (Euroopa Kohtu 5. detsembri 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-267/95 ja C-268/95: Merck ja Beecham, EKL 1996, lk I-6285, punkt 47). Sellega üritatakse neid riigisiseseid turge ka teatud määral eraldada (vt analoogia alusel Euroopa Kohtu 16. detsembri 1975. aasta otsus liidetud kohtuasjades 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 ja 114/73: Suiker Unie jt *vs.* komisjon, EKL 1975, lk 1663, punkt 24).

105 Eespool punktides 67–70 viidatud kohtupraktika kohaselt ei ole EÜ artikli 81 lõige 1 kohaldatav üksnes siis, kui valdkonnas, milles kokkulepe sõlmitakse, kohaldatakse õigusnorme, mis välistavad võimaluse konkurentsiks, mida selle kokkuleppega võidaks takistada, kahjustada või piirata.

106 Käesolevas asjas eksisteerib ravimitootjate vaheline konkurents, mis puudutab peamiselt muid parameetreid kui hinda, eriti innovatsiooni (eespool punktis 104 viidatud kohtuotsus Roussel jt, punkt 9), nagu GSK on rõhutanud oma menetlusdokumentides ja kohtuistungil.

107 Lisaks võib tootja ja tema edasimüüjate või paralleelkaubandusega tegelevate ettevõtjate ja siseriiklike edasimüüjate vahel eksisteerida konkurents, milles kasutatakse nimelt ära märkimisväärseid hinnaerinevusi, mida kõnealused riiklikud sätted soodustavad, ja mis on juhul, kui ravimeid kaitstakse patendiga, millega antakse selle omanikele ajutine monopol, patendi kehtivuse lõppemiseni ainus võimalik hinnakonkurentsi vorm, nagu GSK on oma menetlusdokumentides rõhutanud.

108 Kuna GSK kirjeldatud õiguslik olukord võib piirata konkurentsi, kuid ei kõrvalda seda, ei ole selle tagajärg EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamatuks muutmine.

Müügi üldtingimuste artiklist 4 tulenev konkurentsipiirang

109 Kuna GSK väidab, et komisjon ei ole konkurentsipiirangute olemasolu analüüsides õigesti arvestanud asjassepuutuvat õiguslikku ja majanduslikku konteksti, tuleb kohe alguses märkida, et EÜ artikli 3 lõike 1 punktis g ja EÜ artiklis 81 ettenähtud konkurentsi all mõeldakse tõhusat konkurentsi ehk sellisel määral toimivat konkurentsi, mis on vajalik asutamislepingu eesmärkide saavutamiseks. Konkurentsi intensiivsus võib varieeruda asjaomase toote olemuse ja asjaomase turu struktuuri järgi. Lisaks võib selle parameetrite tähtsus olla ebaühtlane, sest hinnakonkurents ei ole ainus tõhusa konkurentsi vorm ja see ei ole selline konkurentsi vorm, millele tuleks kõigis olukordades anda absoluutne prioriteet (Euroopa Kohtu 25. oktoobri 1977. aasta otsus kohtuasjas 26/76: Metro *vs.* komisjon, EKL 1977, lk 1875; edaspidi „Metro I kohtuotsus", punktid 20 ja 21, ning eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus CIF, punkt 68).

110 Järelikult peab EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud konkurentsipiirangut iseloomustades arvestama tegelikku olukorda ning seega õiguslikku ja majanduslikku konteksti, milles piiravaks peetavat kokkulepet kohaldatakse. Selline kohustus puudutab nii selle eesmärgi kui ka mõju hindamist (eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Société technique minière, lk 359 ja 360; Euroopa Kohtu 13. juuli 1966. aasta otsus liidetud kohtuasjades 56/64 ja 58/64: Consten ja Grundig *vs.* komisjon, EKL 1966, lk 429 ja 497, ning Euroopa Kohtu 12. detsembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-399/93: Oude Luttikhuis jt, EKL 1995, lk I-4515, punkt 20).

111 Näiteks juhul, kui kokkuleppe tingimuste analüüsimine nende õiguslikus ja majanduslikus kontekstis tõendab juba iseenesest konkurentsi muutumist, võib eeldada, et selle kokkuleppe eesmärk on takistada, piirata või kahjustada konkurentsi (vt eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Société technique minière, lk 359 ja 362, ning eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 497), mistõttu selle mõju ei ole vaja analüüsida (eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 496, ja eespool punktis 75 viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Anic Partecipazioni, punkt 99).

112 Kui see aga nii ei ole, tuleb analüüsida selle lepingu mõju ja tõendada õiguslikult piisavalt, et sellega tegelikult või potentsiaalselt takistatakse, piiratakse või kahjustatakse konkurentsi (eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Société technique minière, lk 359, 360 ja 362, ning Euroopa Kohtu 28. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-7/95 P: Deere *vs.* komisjon, EKL 1998, lk I-3111, punktid 75 ja 77).

113 Käesolevas asjas tuleb analüüsida järjekorras GSK argumente, mis puudutavad müügi üldtingimuste artikli 4 eesmärki ja mõju.

— Konkurentsivastase eesmärgi olemasolu

114 GSK ei vaidlusta, et müügi üldtingimuste artikkel 4 võeti kasutusele kavatsusega piirata GW poolt müüdava 82 ravimi paralleelkaubandust esiteks Hispaania ja muude liikmesriikide ning teiseks eriti Hispaania ja Ühendkuningriigi vahel.

115 Kohtupraktikast nähtub, et põhimõtteliselt tuleb asuda seisukohale, et kui kokkuleppe eesmärk on keelata lõpuks paralleelkaubandus, on selle eesmärk konkurentsi takistamine (eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 496–498; Euroopa Kohtu 1. veebruari 1978. aasta otsus kohtuasjas 19/77: Miller International *vs.* komisjon, EKL 1978, lk 131, punktid 7 ja 18; Euroopa Kohtu 12. juuli 1979. aasta otsus liidetud kohtuasjades 32/78, 36/78 ja 82/78: BMW Belgia *vs.* komisjon, EKL 1979, lk 2435, punktid 20–28 ja 31, ning eespool punktis 76 viidatud kohtuotsus Sandoz Prodotti Farmaceutici *vs.* komisjon, punkt 16).

116 Sellest nähtub veel, et selliseid kokkuleppeid, kus nähakse selgelt ette paralleelkaubanduse ebasoodsam kohtlemine, tuleb põhimõtteliselt pidada konkurentsi piirava eesmärgiga kokkulepeteks (Euroopa Kohtu 8. novembri 1983. aasta otsus liidetud kohtuasjades 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82: IAZ jt *vs.* komisjon, EKL 1983, lk 3369, punktid 23–25, ja Euroopa Kohtu 6. aprilli 2006. aasta otsus kohtuasjas C-551/03 P: General Motors *vs.* komisjon, EKL 2006, lk I-3173, punktid 67 ja 68).

117 GSK väidab siiski õigesti, et kui arvestada õiguslikku ja majanduslikku konteksti, ei oleks komisjon saanud tugineda üksnes sellele, et müügi üldtingimuste artiklis 4 võeti kasutusele erinevate hindade süsteem eesmärgiga piirata paralleelkaubandust, et järeldada, nagu oleks nimetatud artikli eesmärk piirata konkurentsi.

118 EÜ artikli 81 lõikele 1, mis on hädavajalik alussäte ühendusele antud ülesannete täitmiseks, eriti siseturu toimimise tagamiseks (Euroopa Kohtu 1. juuni 1999. aasta otsus kohtuasjas C-126/97: Eco Swiss, EKL 1999, lk I-3055, punkt 36, ja Euroopa Kohtu 20. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-453/99: Courage ja Crehan, EKL 2001, lk I-6297, punkt 20), omistatud eesmärk on vältida seda, et ettevõtjad vähendaksid kõnealuste toodete lõpptarbijate heaolu, piirates omavahelist konkurentsi või konkurentsi kolmandate isikutega (Esimese Astme Kohtu 7. juuni 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-213/01 ja T-214/01: Österreichische Postsparkasse ja Bank für Arbeit und Wirtschaft *vs.* komisjon, EKL 2006, lk II-1601, punkt 115; vt selle kohta ka eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 493, ja Euroopa Kohtu 20. juuni 1978. aasta otsus kohtuasjas 28/77: Tepea *vs.* komisjon, EKL 1978, lk 1391, punkt 56). Komisjon rõhutas kohtuistungil korduvalt, et käesoleval juhul analüüsis ta asja just sellest seisukohast, järeldades esiteks, et müügi üldtingimustega vähendati ilmselgelt tarbijate heaolu, ja kaaludes teiseks, kas seda piirangut kompenseerib lisandunud efektiivsus, millest oleks iseenesest tarbijatele kasu.

119 Järelikult ei saa EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldatavus käesolevas asjas sõltuda üksnes sellest, et kõnealuse kokkuleppega üritatakse piirata ravimite paralleelkaubandust või eraldada ühisturgu — asjaolud, mille põhjal saab järeldada, et kokkulepe mõjutab liikmesriikidevahelist kaubandust —, vaid see eeldab lisaks analüüsi, millega tehakse kindlaks, kas lepingu eesmärk või tagajärg on konkurentsi takistamine, piiramine või kahjustamine lõpptarbija kahjuks. Kui see nii ei ole, siis tuleb nähtuvalt eespool punktides 111 ja 112 viidatud kohtupraktikast seda analüüsi — mida võib teha lühendatult, kui konkurentsimuutus nähtub juba kokkuleppe artiklitest, nagu komisjon on kohtuistungil rõhutanud — täiendada nii, nagu juhtumi asjaolud seda nõuavad (eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Société technique minière, lk 358–361, ja eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 495–498).

120 Vastupidi sellele, mida väitis komisjon oma menetlusdokumentides, ei ole Euroopa Kohus eelkõige eespool punktis 110 viidatud kohtuotsuses Consten ja Grundig *vs.* Komisjon — millest arenes välja eespool punktides 115 ja 116 viidatud kohtupraktika — otsustanud, et lepingut, mille eesmärk on piirata paralleelkaubandust, tuleks juba oma olemuselt, st sõltumata konkurentsi mis tahes analüüsist, pidada konkurentsi piirava eesmärgiga lepinguks. Vastupidi, Euroopa Kohus piirdus alguses seisukohaga, et tootja ja edasimüüja vaheline kokkulepe, millega üritati liikmesriikidevahelises kaubanduses siseriiklikke turge uuesti eraldada, võib olla vastuolus ühenduse kõige põhilisemate eesmärkidega (lk 494), mistõttu ta lükkas tagasi väite, et EÜ artikli 81 lõige 1 ei ole kohaldatav vertikaalkokkulepetele (lk 492–494). Teiseks tegi ta konkurentsiolukorrast lühikese, aga tegelikul olukorral põhineva analüüsi, mille käigus ta eelkõige rõhutas, et kõnealuse kokkuleppega üritati kõrvaldada kõik konkurentsivõimalused hulgimüügitasandil selleks, et kohaldada tõhusat konkurentsi vältivaid hindu, ja nende seisukohtade põhjal lükkas ta tagasi väite konkurentsipiirangu puudumise kohta (lk 496–498).

121 Kuigi sellest alates on nõustutud, et paralleelkaubandus saab teatud kaitse, ei ole see kaitse absoluutne, vaid nagu Euroopa Kohus on märkinud, kohaldub see niivõrd, kui see soodustab kaubanduse arengut ja tugevdab konkurentsi (Euroopa Kohtu

16. jaanuari 1992. aasta otsus kohtuasjas C-373/90: X, EKL 1992, lk I-131, punkt 12), st selle teise aspekti osas, kuivõrd lõpptarbijad saavad tõhusa konkurentsi tõttu varustatuse või hindadega seotud kasu (eespool punktis 118 viidatud kohtuotsus Tepea *vs.* komisjon, punktid 43 ja 56). Järelikult, kuigi on selge, et kokkulepet, mille eesmärk on piirata paralleelkaubandust, tuleb põhimõtteliselt pidada konkurentsi piirava eesmärgiga kokkuleppeks, on see nii juhul, kui saab oletada, et see kasu võetakse tarbijatelt kokkuleppega ära.

122 Kui arvestada õiguslikku ja majanduslikku konteksti, milles kohaldatakse GSK müügi üldtingimusi, ei saa oletada, et nendega võetakse ravimite lõpptarbijatelt selline kasu. Hulgimüüjad, kelle ülesanne on — nagu Euroopa Kohus on leidnud — tagada jaemüüjatele kaubatarned tootjatevahelist konkurentsi ära kasutades (eespool punktis 109 viidatud Metro I kohtuotsus, punkt 40), on majandustegevuse esindajad, kes tegutsevad väärtusahela vaheetapis, ja nad võivad jätta paralleelkaubandusest hinna alusel saadava kasu endale, mistõttu see kasu ei kandu üle lõpptarbijatele.

123 Selle konteksti kirjeldus sisaldub faktilisi asjaolusid käsitleva otsuse I jaos ja eriti selle alajaos F, mille pealkiri on „Ravimite paralleelkaubandus ühenduses — siseriiklike sätete ja valuutakõikumiste mõju", ja alajaos G, mille pealkiri on „GW ravimite paralleelkaubandus ühenduses — mõju GW müügitingimustele".

124 Sellest kirjeldusest nähtub, et õigusliku ja majandusliku konteksti peamised tunnused, millega GSK nõustus nii oma menetlusdokumentides kui ka kohtuistungil, on järgmised.

125 Esiteks, otsuse põhjenduste 31, 36 ja 50 kohaselt ei määrata siseriiklikust ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite hinda kindlaks kogu ühendust hõlmavas konkurentsiprotsessis, vaid see kinnitatakse enamikes liikmesriikides otseselt haldusmenetluses ja teised liikmesriigid kontrollivad seda kaudselt.

126 Teiseks, otsuse põhjenduse 31 kohaselt on selles valdkonnas kohaldatavate siseriiklike sätete ühtlustamine praeguses etapis piiratud. Direktiiv 89/105 sätestab selles osas, et juhul, kui siseriiklik õigus sätestab nende ravimite hinna kindlaksmääramise, peab see toimuma läbipaistvas menetluses ning põhinema objektiivsetel ja kontrollitavatel kriteeriumidel. Muus osas võib otsuse põhjenduse 50 kohaselt sätestada siseriiklikus õiguses erinevate kriteeriumide arvessevõtmise vastavalt asjaomase liikmesriigi rahvatervise ja siseriikliku tervisekindlustussüsteemi rahastamise poliitikale, nagu nähakse ette ka direktiivis 89/105. Nii on see eelkõige Hispaania õiguses, mis otsuse põhjenduste 37 ja 38 kohaselt sätestab otseselt maksimaalse hulgihinna kindlaksmääramise ja kaudselt maksimaalse jaemüügihinna kindlaksmääramise. Ühendkuningriigi õigus ei sätesta hinna kindlaksmääramist, vaid farmaatsiaettevõtjate kasumi kontrolli, nagu sätestavad otsuse põhjendused 44–46.

127 Kolmandaks, otsuse põhjenduste 29–31 ja 34 kohaselt on liikmesriikidevaheliste märkimisväärsete hinnaerinevuste üks struktuuriline põhjus valdkonnas kohaldatavate siseriiklike sätete erinevus.

128 Neljandaks, otsuse põhjenduste 30, 32 ja 53 kohaselt on valuutakõikumised hinnaerinevuste olemasolu ajutine põhjus. See ilming, mis puudutas potentsiaalselt kõiki ühenduse liikmesriike 6. märtsil 1998, mil GSK teatas müügi üldtingimustest komisjonile, puudutas Ühendkuningriiki, Taanit ja Rootsit veel 8. mail 2001, mil komisjon võttis vastu otsuse, nagu nähtub otsuse põhjendusest 53.

129 Viiendaks, need hinnaerinevused ise on ravimite paralleelkaubanduse põhjus ühenduses, nagu selgitatakse otsuse põhjenduses 29. Peamised paralleelkaubanduse sihtliikmesriigid on Taani, Madalmaad ja Ühendkuningriik, nagu täpsustavad otsuse põhjendused 33 ja 34.

130 Kuuendaks, mõned liikmesriigid on võtnud vastu sätted, mis võivad olla niisuguse mõjuga sõltumata sellest, kas nende eesmärk on edendada paralleelkaubandust või ei, nagu märgib komisjon otsuse põhjendustes 31, 33, 34, 36 ja 52, kuid millele GSK vastu vaidleb. See kehtib eriti Ühendkuningriigi puhul, kus — nagu tõdetakse otsuse põhjenduses 49 — hüvitab National Health Service apteekidele automaatselt summa, mis vastab hinnale, millega tootja müüb ravimit Ühendkuningriigi turul; seda hinda vähendatakse kindlasummaliselt 4–5%, mida peetakse vastavaks apteekidel tekkivale säästule mujalt madalama hinnaga kauba hankimise tõttu.

131 Seitsmendaks, nagu nähtub otsuse põhjendustest 31 ja 51, jääb patsiendi maksta üldreeglina vaid väike, liikmesriigiti varieeruv osa selliste ravimite hinnast, mis hüvitatakse tema siseriiklikust ravikindlustussüsteemist. Siseriiklik ravikindlustussüsteem maksab sellest põhilise osa. Nii on see eelkõige Ühendkuningriigis, kus otsuse põhjenduse 48 kohaselt maksab patsient 6 Inglise naela (GBP) iga ravimi eest, v.a kui ta kuulub mingisse isikute kategooriasse, kes on selle summa tasumisest vabastatud.

132 Komisjon viitab selle kirjelduse teatud aspektidele, analüüsides müügi üldtingimuste artikli 4 eesmärki. Ta osutab sellele kirjeldusele näiteks otsuse põhjenduses 117 tõendamaks, et see artikkel mõjutab paralleelkaubandust, mida ei ole vaidlustatud. Komisjon viitab sellele ka otsuse põhjenduses 121, selgitades, et vastupidi GSK väidetule on Hispaanias farmaatsiaettevõtjatel läbirääkimisvõim ravimite hulgihindu kindlaksmääravas menetluses.

133 Komisjon ei ole siiski ühelgi hetkel analüüsinud valdkonna spetsiifilisi ja olulisi tunnuseid, mis on seotud sellega, et kõnealuste toodete hinnad, mida kontrollivad liikmesriigid, kes määravad need otseselt või kaudselt kindlaks sobivaks peetaval tasemel, paigutuvad ühenduses struktuuriliselt erinevatele tasemetele ja — erinevalt komisjoni poolt menetlusdokumentides ja kohtuistungil viidatud muude tarbekaupade hindadest nagu spordikaupade ja mootorrataste hinnad — jäävad need hinnad igal juhul märkimisväärses ulatuses väljapoole vaba pakkumist ja nõudlust.

134 See olukord ei luba oletada, et paralleelkaubandus mõjutab siseriiklikust ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite eest lõpptarbijatelt võetavaid hindu ja annab neile tarbijatele seetõttu märkimisväärse eelise, mis on analoogiline sellega, mille nad saaksid siis, kui need hinnad määrataks pakkumise ja nõudluse alusel.

135 Lisaks nõustub komisjon ise ravimite paralleelkaubanduse esmapilgul ebaselge mõjuga tarbijate heaolule, sest ta märgib 25. novembri 1999. aasta teatises farmaatsiatoodete ühisturu kohta KOM(98) 588 (lõplik), mida mainitakse otsuse põhjenduses 161 ning millele pooled on viidanud oma menetlusdokumentides ja Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes, et kui paralleelkaubandusest ei tulene dünaamilist mõju hindadele, tekib ebaefektiivne olukord, sest suurem osa rahalisest kasust, kuigi mitte kõik, jääb paralleelkaubandusega tegelejatele, mitte aga tervishoiusüsteemile või patsiendile (lk 6).

136 Seetõttu ei saa järeldada, et müügi üldtingimuste artikli 4 analüüs, millega üritatakse GSK sõnul tagada, et Hispaania Kuningriigi kindlaksmääratud hulgihindu kohaldatakse tegelikult üksnes sellistele ravimitele, mille osas on see seaduses sätestatud, tõendaks iseenesest, et konkurentsi takistatakse, piiratakse või kahjustatakse.

137 Ükski komisjoni ja menetlusse astujate argumentidest ei näi muutuvat seda järeldust küsitavaks.

138 Komisjon ei saa eeskätt tõmmata paralleele kokkulepetega, mida tal on varem olnud võimalus analüüsida varasemas otsustuspraktikas, nagu ta on teinud otsuse põhjendustes 118 ja 119, leides, et müügi üldtingimuste artikkel 4 sarnaneb nende lepingutega või on nendega samastatav. Selline lähenemine jätab lõpuks tähelepanuta eespool kirjeldatud õigusliku ja majandusliku konteksti tegurid, mis puuduvad EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamise kohta tehtud otsustes, millele komisjon on viidanud.

139 Komisjonil ei ole ka alust väita — nagu ta on seda teinud otsuse põhjendustes 120–123 ja menetlusdokumentides —, et ravimite hulgihinna kindlaksmääramist puudutavate Hispaania õigusnormide olemasolu ei ole kokkuvõttes otsustav, kui arvestada farmaatsiaettevõtjatele antavat läbirääkimisvõimu. Niisamuti ei saa ta põhjendatult väita, et ka erinevate sellealaste siseriiklike sätete kooseksisteerimine ei ole kohtupraktika alusel otsustav (eespool punktis 115 viidatud kohtuotsus BMW Belgium *vs.* komisjon, punkt 5, ja Esimese Astme Kohtu 19. mai 1999. aasta otsus kohtuasjas T-175/95: BASF *vs.* komisjon, EKL 1999, lk II-1581, punktid 121–123 ja 136), nagu ta on samuti oma menetlusdokumentides väitnud.

140 Isegi kui oletada, et Hispaania õigusnormidega antakse farmaatsiaettevõtjale läbirääkimisvõim, nagu komisjon ja menetlusse astujad on veelkord kohtuistungil väitnud, on siiski tõsi, et nende õigusnormide olemasolu ja nende kooseksisteerimine teiste liikmesriikide õigusnormidega mõjutab märkimisväärselt ühte konkurentsi olulist parameetrit (vt analoogia alusel eespool punktis 104 viidatud kohtuotsus Suiker Unie jt *vs.* komisjon, punktid 17 ja 71) ehk konteksti tegurit, mida ei saa jätta konkurentsi analüüsis tähelepanuta.

141 Komisjoni nimetatud kohtuasjade vahel ei saa seega paralleele tõmmata, sest nagu kõnealune institutsioon isegi kohtuistungil rõhutas, puudutasid need uute sõiduautode (eespool punktis 115 viidatud kohtuotsus BMW Belgium *vs.* komisjon, punkt 5) või sõiduautode värvimistoodete (eespool punktis 139 viidatud kohtuotsus BASF *vs.* komisjon, punkt 123) hinnakülmutamismeetmeid, mis kehtisid vaid ühes ühenduse liikmesriigis, kusjuures käesolevale kohtuasjale on iseloomulik see, et kõnealuste toodete hind, mille liikmesriigid lõplikult kindlaks määravad, jääb struktuuriliselt väljapoole nõudmist ja pakkumist ning see määratakse struktuuriliselt erinevatel tasemetel kindlaks kogu ühenduses vaatamata turul säilinud konkurentsile, mis võib ilmneda paralleelkaubanduses.

142 Ka eespool punktis 116 viidatud kohtuotsuse General Motors *vs.* komisjon punktist 75, millele komisjon viitas Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes ja kohtuistungil, ei saa järeldada, et eelmises punktis meelde tuletatud faktilise olukorra peaks jätma täielikult tähelepanuta.

143 Selle kohtuotsuse punktist 75 nähtub tõesti, et maksustamise ühtlustamise puudumine ei takista järeldamast, et sõiduautode paralleelkaubanduse piiramiseks sõlmitava kokkuleppe eesmärk on konkurentsi piiramine, kuigi ühtlustamise puudumine on mõjutanud konkurentsi selles sektoris, nagu komisjon ka kohtuistungil tõdes. Sellest ei saa aga järeldada, et käesolevas asjas käsitletavad siseriiklikud sätted ei oma konkurentsi analüüsi seisukohalt tähtsust, kui nende eesmärk on jätta siseriiklikust ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite hinnakujundus konkurentsist väljapoole.

144 Menetlusse astujad ei saa viidata tulemuslikult sellele (nagu nad viitasid kohtuistungil), et kõnealuste siseriiklike sätetega ei üritata tegelikult jätta nende ravimite hinnakujundust väljapoole pakkumist ja nõudlust, vaid leevendada farmaatsiaettevõtjate turupositsioonist tulenevat konkurentsi puudumist ja tagada õiglaseid hindu.

145 Kui ühenduse kohus menetleb konkurentsieeskirjade kohaldamise kohta tehtud komisjoni otsuse peale esitatud tühistamishagi, teostab ta EÜ artikli 230 alusel selle otsuse seaduslikkuse järelevalvet. Menetlusse astujate argumendid tuginevad faktilistele asjaoludele, mida komisjon ei ole maininud ega veelgi olulisemal põhjusel otsuses analüüsinud. Esimese Astme Kohtu ülesanne ei ole asuda komisjoni asemele ja analüüsida neid argumente algusest peale.

146 Neid argumente tuleb veel võrrelda GSK argumentidega, mille kohaselt üritatakse patente käsitlevate siseriiklike sätetega pakkuda farmaatsiaettevõtjatele võimalus saada tagasi teadus- ja arenduskulud, andes neile ajutise monopoli, mille lõppemisel geneeriliste ravimite valmistajad taastavad hinnakonkurentsi, mistõttu paralleelkaubandusega tegelevad ettevõtjad, kes tegutsevad turul patentide kehtivuse ajal, tegutsevad kunstlikus konkurentsis, mitte tõhusas konkurentsis EÜ artikli 3 lõike 1 punkti g ja EÜ artikli 81 tähenduses.

147 Järelikult ei saa nõustuda komisjoni põhilise järeldusega, et müügi üldtingimuste artiklit 4 tuleb pidada EÜ artikli 81 lõikega 1 keelatuks, kuna selle eesmärk on paralleelkaubanduse piiramine. Kuna kõnealuste ravimite hinnad on jäetud suures ulatuses väljapoole vaba pakkumist ja nõudlust, sest ametiasutused määravad need kohaldatavate õigusnormide tõttu kindlaks või kontrollivad neid, ei saa nõustuda põhimõttega, et paralleelkaubandusele oleks iseloomulik nende hindade alandamine ja seega lõpptarbija heaolu suurendamine. Selles kontekstis tehtud müügi üldtingimuste artikli 4 sõnastuse analüüs ei anna seega põhjust eeldada, et see artikkel, millega üritatakse piirata paralleelkaubandust, kaldub seega vähendama lõpptarbijate heaolu. Selles valdavalt uues olukorras ei saa seega järeldada üksnes kokkuleppe tingimustest — selle konteksti arvesse võttes —, et see piirab konkurentsi, ning kindlasti tuleb arvestada ka selle kokkuleppe mõjusid, kas või ainult asjaolude kontrollimiseks, mida reguleeriv asutus võis sellest tõlgendusest järeldada.

— Konkurentsivastase mõju olemasolu

148 Kokkuleppest konkurentsile tekkivate mõjude analüüs eeldab esiteks asjaomase turu määratlemist nii sisulisest kui ka geograafilisest seisukohast (Euroopa Kohtu 28. veebruari 1991. aasta otsus kohtuasjas C-234/89: Delimitis, EKL 1991, lk I-935, punktid 15, 16 ja 18).

149 Käesolevas asjas on komisjon leidnud asjaomase kaubaturu osas otsuse põhjendustes 112 ja 113, et arvestades GSK märkusi, mille kohaselt paralleelkaubanduse ning müügi üldtingimuste laad ja ulatus võisid kinnitada sellise kaubaturu olemasolu, mis hõlmab kõiki retsepti alusel müüdavaid ravimeid, ei olnud vaja täpselt määrata GW turuosa iga ravimi puhul 82-st kõnealusest ravimist. Kuivõrd komisjon seadis kohtuistungil kahtluse alla GSK märkuste olemasolu, millele need põhjendused tuginevad, tuleb tõdeda, et täiendava teate sõnastusest nähtub, et otsuses puudub selles osas faktiviga.

150 Komisjon on leidnud otsuse põhjenduses 114 asjaomase geograafilise turu osas, et selleks tuli pidada siseriiklikku turgu eelkõige seetõttu, et ühenduse liikmesriikides on erinevad hinna- ja hüvitamissätted, erinevad kaubamärgi- ja pakendamisstrateegiad ning erinevad edasimüügisüsteemid ja retseptide väljakirjutamisharjumused.

151 Komisjon ei ole sõnaselgelt loetlenud turge, mida kokkulepe mõjutab. Otsuse põhjendustest 112–114, 117 ja 126 saab siiski järeldada, nagu komisjon on kinnitanud Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes, et tegemist on esiteks Hispaania turuga, kus Hispaania hulgimüüjad saavad GW-lt

osta ravimeid, ja teiseks kõigi ühenduse siseriiklike turgudega, kus nad saavad ravimeid edasi müüa, ehk turgudega, kus Hispaania hinna ja kodumaise hinna vaheline erinevus on piisav, et muuta paralleelkaubandus tulusaks.

152 GSK ei vaidlusta komisjoni seisukohta asjaomase geograafilise turu osas, nagu ta kinnitas ka kohtuistungil. Seega on selge, et seda turgu, mis hõlmab territooriumi, millel asjaomase tootega seotud objektiivsed konkurentsitingimused on kui mitte samad, siis vähemalt piisavalt ühtlased kõigile ettevõtjatele (Euroopa Kohtu 14. veebruari 1978. aasta otsus kohtuasjas 27/76: United Brands *vs.* komisjon, EKL 1978, lk 207, punktid 44 ja 53, ning Esimese Astme Kohtu 6. oktoobri 1994. aasta otsus kohtuasjas T-83/91: Tetra Pak *vs.* komisjon, EKL 1994, lk II-755, punkt 91), võidakse käesolevas asjas pidada siseriiklikuks, kui arvestada eelkõige hindade ja ravimite hüvitamisega seotud sätete erinevusi.

153 GSK vaidlustab seevastu selle seisukoha õigsuse, mille komisjon on võtnud asjaomaste kaubaturgude osas. Ta väidab, et kui arvestada asjaomast Hispaania õigust, oleks komisjon pidanud eristama reguleeritud turgu, mis hõlmab ravimeid, mis on mõeldud edasimüümiseks ja hüvitamiseks Hispaanias, ning vaba turgu, mis hõlmab ravimeid, mis on mõeldud edasimüümiseks ja hüvitamiseks mis tahes muus liikmesriigis. See kriitika ei tundu siiski põhjendatud.

154 Otsuse põhjendustest 112 ja 113 nähtub, et komisjon ei ole uurinud asjaomaste kaubaturgude määratluse küsimust põhjalikult. Kui komisjonilt küsiti, mille põhjal ta järelduse tegelikult tegi, märkis ta Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes, et kuigi ta leidis, et tal puudus vajadus asjaomast kaubaturgu määratleda, sest ta suutis järeldada konkurentsivastase eesmärgi olemasolu, andis ta sellele siiski kokkuvõtliku määratluse.

155 Lisaks selgitas komisjon oma vastustes ja seejärel kohtuistungil, et kuigi ta ei võtnud selles osas peensusteni väljatöötatud seisukohta, lähtus ta lõpuks selles valdkonnas tavapäraselt kasutatud määratlusest ehk määratlusest, mis põhineb Euroopa farmaatsia turu-uuringute ühingu (European Pharmaceutical Marketing Research Association, EphMRA) koostatud anatoomilis-terapeutilise keemilise klassifikaatori (ATC) kolmandal tasemel. Nagu tõdetakse otsuse põhjendustes 16 ja 110, vastab see alarühmale, mis on määratletud asjaomaste ravimite terapeutiliste mõjude ja farmakoloogiliste omaduste põhjal.

156 Kui Esimese Astme Kohus lahendab ühenduse akti peale esitatud tühistamishagi, tuleb tal seda akti ise tõlgendada eelkõige siis, kui selle vastuvõtnud institutsioon esitab põhjendusi selle kohta, kuidas seda akti tuleb mõista (Euroopa Kohtu 2. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-194/99 P: Thyssen Stahl *vs.* komisjon, EKL 2003, lk I-10821, punktid 55 ja 56). Käesolevas asjas nähtub otsusest tervikuna, et komisjon on kaudselt, kuid kindlalt teinud järelduse Hispaania ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite edasimüügituru kohta, sest need ravimid moodustavad tõenäoliselt ühenduse teistesse liikmesriikidesse suunduva paralleelkaubanduse eseme. Komisjon on seega kirjeldanud GW poolt Hispaanias müüdavate ravimite paralleelkaubandust üldiselt otsuse põhjendustes 64–71 ja müügi üldtingimuste mõju sellele nähtusele otsuse põhjendustes 72–75. Ta on analüüsinud samamoodi artikli 4 piiravat mõju otsuse põhjendustes 117, 126, 137, 139 ja 140, kuigi ta on koondanud tähelepanu sellise kaheksa ravimi näitele, mis eriti tõenäoliselt moodustavad paralleelkaubanduse eseme ja mille kohta GSK oli talle teavet edastanud. Lõpuks on ta samamoodi hinnanud selle konkurentsivastase mõju tuntavat laadi otsuse põhjenduses 144 ning mõju liikmesriikidevahelisele kaubandusele otsuse põhjenduses 146.

157 Nagu nähtub komisjoni teatise asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsiõiguses 97/C 372/03 (EÜT 1997, C 372, lk 5; ELT eriväljaanne 08/01, lk 155) punktidest 13 ja 14, on selle institutsiooni kohustus määratleda asjaomase toote turg nii, et võetakse põhiliselt arvesse esiteks nõudluse asendatavust ja teiseks pakkumise asendatavust.

158 Esimesena mainitud aspekti osas nähtub komisjoni 22. detsembri 1999. aasta määruse (EÜ) nr 2790/1999 asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta vertikaalkokkuleppe ja kooskõlastatud tegevuse liikide suhtes (EÜT L 336, lk 21; ELT eriväljaanne 08/01, lk 364) artikli 1 punktist a, et sellise kokkuleppe raames nagu käesolevas asjas käsitletav tuleb kindlaks teha, millised on need tooted, mis on oma iseloomulike tunnuste, hindade ja kasutusotstarbe tõttu ostja seisukohast omavahel vahetatavad või asendatavad.

159 Ilmselgelt ekslik ei tundu järeldus, et ostja ehk Hispaania hulgimüüja, kes võib tegeleda paralleelkaubandusega, on sel eesmärgil vähem huvitatud iga GW-lt ostetava ravimi terapeutilisest mõjust ja farmakoloogilistest omadustest kui sellest, et kõik need ravimid hüvitatakse Hispaania ravikindlustussüsteemist, mistõttu Hispaania ametiasutused määravad kindlaks nende hinna. Samuti ei tundu ilmselgelt ekslik järeldada, et see ostja on vähem huvitatud iga ravimi hinnast sellisena kui piisavast hinnaerinevusest, mis muudab paralleelkaubanduse Hispaania ja sihtliikmesriigi vahel kõigi nende ravimite osas tulusaks. Seetõttu ei ole ilmselgelt ekslik järeldada, et kõik need ravimid, mis hüvitatakse Hispaania ravikindlustussüsteemist ja mille edasimüügist tekib kasum Hispaania ja sihtliikmesriigi vahelise hinnaerinevuse tõttu, moodustavad ühe kaubaturu.

160 Teise aspekti osas võib märkida, et nagu nähtub ka GSK märkustest, millele komisjon on tuginenud otsuse põhjendustes 112 ja 113, on müügi üldtingimuste artikkel 4 koostatud nii, et see reguleeriks üldiselt GW müüdavate ravimite paralleelkaubandust Hispaania ja nende liikmesriikide vahel, kellele suunatuna võib see tegevus Hispaania hulgimüüjatele tulus olla.

161 Seetõttu tundub Hispaania õigusnormide olemasolu olevat nii ostjate kui ka GSK seisukohast pigem asjaomasele kaubaturule terviklikkust andev tegur kui tegur, mis peaks viima selleni, et kodumaiseks tarbimiseks mõeldud ravimite reguleeritavast

jaotusturust eristataks ekspordiks mõeldud ravimite vaba jaotusturgu. GSK väljapakutud eristus on seotud pigem Hispaania õigusnormide ilmselge territoriaalsuse ja asjaomase geograafilise turu siseriikliku ulatusega, nagu ta ka kohtuistungil tunnistas.

162 Teiseks tuleb analüüsida kokkuleppe tegelikku või potentsiaalset mõju konkurentsile. See analüüs eeldab, et võrreldakse kokkuleppest tulenevat konkurentsiolukorda ja olukorda, mis eksisteerib ilma kokkuleppeta (eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Société technique minière, lk 360, ja eespool punktis 112 viidatud kohtuotsus Deere *vs.* komisjon, punkt 76).

163 Käesolevas asjas tuleb kohe alguses märkida, et otsuse põhjendustest 26 ja 28 nähtub, et 9. märtsil 1998 jõustunud müügi üldtingimuste kohaldamine peatati 16. oktoobril 1998 kuni otsuse vastuvõtmiseni, nagu pooled kohtuistungil meenutasid. Järelikult tuleb komisjoni tehtud analüüsi tõlgendada nii, et see puudutab põhiliselt müügi üldtingimuste potentsiaalset mõju konkurentsile, nagu pooled kohtuistungil möönsid.

164 GSK nõustub, et müügitingimuste artikli 4 mõju on või võib olla paralleelkaubanduse piiramine, kuid ta vaidleb vastu, et sellel on või võib olla konkurentsi piirav mõju. Tema esitatavad peamised argumendid puudutavad põhiliselt komisjoni otsuses tehtud järelduste nelja aspekti. Esiteks ei tähenda tõik, et müügi üldtingimuste artikkel 4 piirab paralleelkaubandust ja rikub Hispaania hulgimüüjate tegevusvabadust, iseenesest seda, et see piirab konkurentsi. Teiseks, kui arvestada õiguslikku ja majanduslikku konteksti, milles seda artiklit kohaldatakse, siis ei tähenda asjaolu, et võetakse kasutusele erinevate hindade süsteem, iseenesest seda, et see piirab konkurentsi. Kolmandaks on komisjon piirdunud järeldusega, et see

artikkel piiras paralleelkaubandust, rikkus Hispaania hulgimüüjate tegevusvabadust ja kehtestas hinnaerinevused, mistõttu ta ei ole õiguslikult piisavalt tõendanud, et see piirab konkurentsi. Neljandaks ei ole komisjon arvestanud, et müügi üldtingimuste artikliga 4 üksnes neutraliseeriti Hispaania Kuningriigi põhjustatud konkurentsi kahjustamine.

165 Tuleb kindlaks teha, kas sellest erinevast kriitikast nähtub, et otsuses tõdeti ekslikult, et müügi üldtingimuste artikkel 4 piirab konkurentsi.

166 Esiteks on kindel, nagu märgitakse otsuse põhjenduses 126, et see artikkel piirab GW poolt Hispaanias müüdavate ravimite paralleelkaubandust. Paljudel juhtudel asendatakse 4 A hind, mis on märkimisväärselt madalam hindadest, mis kehtivad mõnedes teistes liikmesriikides kui Hispaania, 4 B hinnaga, mille osas erinevus on väiksem või olematu. Nii kaotatakse kasum, mida Hispaania hulgimüüjad võiksid ekspordiga tegelemisel saada, või vähendatakse seda.

167 Siiski tuleb meeles pidada, et asjaolu, et kokkuleppega piiratakse või võidakse piirata paralleelkaubandust, mõjutab kindlasti liikmesriikidevahelist kaubandust, kuid ei piira ilmtingimata konkurentsi. Selle piirangu olemasolu tõendavad tagajärjed, mis paralleelkaubanduse piirangul on või võivad olla mõnele konkurentsiparameetrile, nagu toote tarnekogus või müügihind (vt selle kohta eespool punktis 118 viidatud kohtuotsus Tepea *vs.* komisjon, punktid 41, 43 ja 56).

168 Asjaolust, et müügi üldtingimuste artikli 4 puudumisel suudaksid Hispaania hulgimüüjad osta ravimeid Hispaania ametiasutuste kindlaksmääratud hulgihinnaga sõltumata sellest, millisesse liikmesriiki need ravimid on edasimüümiseks mõeldud

ja millisest ravikindlustussüsteemist need hüvitatakse, ning seejärel need edasi müüa mis tahes liikmesriigis, kus hind on Hispaania hinnast piisavalt kõrgem, mis võimaldaks neil saada äritehingukulusid arvestades kasumit, ei saa järeldada konkurentsi piirava mõju olemasolu ilma mingisuguse analüüsita selle kohta, millisel määral paralleelkaubandus edendab hinnakonkurentsi, arvestades liikmesriikide rolli selles valdkonnas.

169 Järelikult väidab GSK õigesti, et pärast seda, kui komisjon oli viidanud mõjule, mida müügi üldtingimuste artikkel 4 paralleelkaubandusele tekitab, oleks komisjon pidanud veel tõendama konkurentsile tekkivat mõju.

170 Teiseks on kindel, nagu märgitakse otsuse põhjendustes 137–139, et müügi üldtingimuste artikkel 4 piirab Hispaania hulgimüüjate tegevusvabadust, eriti nende vabadust valida oma kliente.

171 Kõik kokkulepped, mis piiravad neis osalevate ettevõtjate või ühe osaleva ettevõtja tegevusvabadust, ei jää siiski ilmtingimata EÜ artikli 81 lõikes 1 sätestatud keelu raamesse (Euroopa Kohtu 19. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-309/99: Wouters jt, EKL 2002, lk I-1577, punkt 97, ja Esimese Astme Kohtu 18. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas T-112/99: M6 jt *vs.* komisjon, EKL 2001, lk II-2459, punkt 76). Iga kokkulepe, mis sõlmitakse tootmis- ja turustusahela erinevates etappides tegutsevate ettevõtjate vahel, seob neid ja järelikult piirab nende tegevusvabadust selles ettenähtud tingimustel. Vaatamata hinnale, mille Hispaania hulgimüüjad lepivad käesoleval juhul kokku ravimite ostmiseks GW-lt Hispaania turul (4 A või 4 B hind), on nende tegevusvabadus piiratud, kuna majanduslikust seisukohast ei suuda nad ravimeid jätkuvalt madalama hinnaga edasi müüa ühenduse muudel siseriiklikel turgudel. Kuna ühenduse konkurentsieeskirjade eesmärk on siiski vältida seda, et ettevõtjad, piirates omavahelist konkurentsi või konkurentsi kolmandate isikutega, vähendaksid kõnealuste toodete lõpptarbijate heaolu (punkt 118 eespool), tuleb veel tõendada, et kõnealune piirang piirab

konkurentsi tarbija kahjuks. Lisaks on komisjon kohtuistungil ise selgitanud, et Hispaania hulgimüüjate tegevusvabaduse piirangut oli raske eraldi hinnata ja et see kujutas endast üksnes tema analüüsi lähtekohta.

172 GSK väidab järelikult õigesti, et pärast seda, kui komisjon oli viidanud müügi üldtingimuste artikli 4 mõjule Hispaania hulgimüüjate tegevusvabadusele, oleks komisjon pidanud veel tõendama, kuidas see artikkel piiras konkurentsi lõpptarbija kahjuks.

173 Kolmandaks ei ole vaidlustatud seda, et müügi üldtingimuste artikkel 4 kehtestab erinevate hindade süsteemi vastavalt sellele, kas konkreetne ravim 82-st asjaomasest ravimist on mõeldud edasimüümiseks ja hüvitamiseks Hispaanias või mis tahes muus liikmesriigis.

174 Kuigi otsuse põhjendus 139 võib esmalugemisel tunduda selles osas mitmetähenduslik, nähtub selle analüüsimisel, et komisjon leidis, et niisugusel süsteemil on diskrimineeriv mõju asjaomaste toodete sihtkoha tõttu (esiteks Hispaania turg, teisalt muud siseriiklikud turud). Komisjoni menetlusdokumendid kinnitavad selle tõlgenduse õigsust. Esiteks võrreldakse neis GW poolt kasutuselevõetud erinevate hindade süsteemi sihtriigil põhineva keelatud hinnadiskrimineerimisega ja komisjon leiab, et selle tulemusel hakati kohaldama erinevaid tingimusi võrdväärsetele tehingutele EÜ artikli 81 lõike 1 punkti d tähenduses. Teiseks viitab komisjon kohtupraktikale, mis käsitleb EÜ artikli 82 punkti c, millel on samasugune sõnastus nagu sellel sättel.

175 EÜ artikli 81 lõike 1 punkt d keelab kokkulepped, millega rakendatakse võrdväärsetele tehingutele erinevaid tingimusi, pannes kaubanduspartnerid sellega ebasoodsasse konkurentsiolukorda.

176 Käesolevas asjas puudub kahtlus, et Hispaania hulgimüüjad on GW kaubanduspartnerid ja et GW rakendab nende suhtes erinevaid tingimusi vastavalt sellele, kas need ravimid müüakse edasi Hispaanias või muus ühenduse liikmesriigis. Seevastu ei ole tõendatud, et need müügid on võrdväärsed tehingud ja et EÜ artikli 81 lõike 1 punkti d tingimused on seega täidetud.

177 Komisjoni viidatavast kohtupraktikast nähtub, et EÜ artikli 82 punktiga c ei ole vastuolus see, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja määrab erinevates riikides erinevad hinnad, eelkõige siis, kui hinnaerinevused on õigustatud kauba müügitingimuste ja konkurentsi tugevuse erinevuse tõttu, kuid tal on keelatud kohaldada erinevates liikmesriikides kunstlikke hinnaerinevusi, mis tekitab kahju tema klientidele ja kahjustab konkurentsi siseriiklike turgude kunstliku eraldamise kontekstis (eespool punktis 152 viidatud kohtuotsus Tetra Pak *vs.* komisjon, punkt 160 ja viidatud kohtupraktika). Üldisemalt nähtub sellest, et kuigi asjaolu, et turgu valitseva seisundiga ettevõtja kasutab erinevaid hindu, võib objektiivse selgituse puudumisel olla märk diskrimineerimisest, kui neid hindu kohaldatakse teatud geograafilisel turul, millele on iseloomulikud piisavalt homogeensed konkurentsitingimused, ei ole siiski tegemist diskrimineerimisega juhul, kui neid hindu kohaldatakse erinevatel geograafilistel turgudel, millele on iseloomulik konkurentsitingimuste ebapiisav homogeensus, eriti kui arvestada asjassepuutuvaid õigusnorme (vt selle kohta eespool punktis 152 viidatud kohtuotsus United Brands *vs.* komisjon, punktid 44–56, 207, 208, 225, 228 ja 233, ning eespool punktis 152 viidatud kohtuotsus Tetra Pak *vs.* komisjon, punktid 92–96, 161, 164, 165, 167 ja 170).

178 Need seisukohad võib üle võtta käesolevasse kohtuasja, milles tootja ja tema hulgimüüjad lepivad kokku erinevate hindade kohaldamises vastavalt sellele, millises liikmesriigis toimub kõnealuste toodete edasimüümine ja hüvitamine. Samas on kindel, et iga liikmesriik moodustab eraldi turu, sest asjaomane geograafiline turg on siseriiklik turg eelkõige ravimite hindu ja hüvitamist käsitletavate õigusnormide erinevuste tõttu. Komisjon ise leidis seetõttu otsuses, et kui Hispaania hulgimüüja varustas mõnda neist siseriiklikest turgudest, tegutses ta eelkõige asjassepuutuvate

õigusnormide alusel sellistes konkurentsitingimustes, mis olid hinna (müügi üldtingimuste artiklis 4 käsitletava parameeteri) osas erinevad.

179 Järelikult väidab GSK õigesti, et hinnaerinevuse tuvastamisest ei piisa, et järeldada diskrimineerimise olemasolu. Tegelikult on võimalik, et ta kasutab erinevaid hindu sellepärast, et eksisteerivad erinevad turud, mitte selleks, et erinevad turud eksisteeriksid.

180 Sellise selgituse pakub välja ka komisjon ise, sest ta märgib eespool punktis 135 viidatud teatises KOM(98) 588 (lõplik), et farmaatsiaettevõtjad kohaldavad eri hindu seetõttu, et nad arvestavad maksevõimete erinevustega (lk 6), ja lisab üldiselt, et õige hinnataseme kehtestamine kogu ühenduses osutuks äärmiselt keeruliseks: madal hinnatase oleks kasulik vahetute tervishoiukulutustega seotud eesmärkide puhul, kuid selle tõttu hakkaks järjekindlalt vähenema Euroopa osakaal ravimitega seotud teadus- ja arendustegevuse investeeringutes kogu maailmas, samas kui kõrged hinnad vähendaksid ravimite kättesaadavust tarbijate ja maksjate jaoks riikides, kus inimesed ei saa endale selliseid hindu majanduslike ja sotsiaalsete olude tõttu lubada (lk 14).

181 Neljandaks väidab GSK sisuliselt seda, et komisjon ei ole tõendanud mingil muul viisil, et müügi üldtingimuste artikkel 4 piirab konkurentsi.

182 Nii see siiski ei ole. Nagu komisjon on kinnitanud Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes, järeldas ta suhteliselt kokkuvõtlikus analüüsis — mis on siiski piisavalt täielik, arvestades käesoleva asja faktilisi asjaolusid (vt eespool

punkt 119) ja GSK argumente —, et selle artikliga vähendati ka lõpptarbijate heaolu, takistades neil hinnaalanduste ja kulude vähendamise näol saamast kasu Hispaania hulgimüüjate osalemisest kaubamärgisiseses konkurentsis Hispaaniast pärineva paralleelkaubanduse sihtturgudel.

183 Komisjon on näiteks tõdenud otsuse põhjendustes 72–75, et müügi üldtingimuste artiklis 4 kohustati Hispaania hulgimüüjaid, kes ostavad GW-lt Hispaanias müüdavaid ravimeid, maksma GW-le hinda (4 B hind), mis on kõrgem kui Hispaania ametiasutuste kindlaksmääratud hind, mida nad oleksid maksnud ilma müügi üldtingimusteta (4 A hind). See artikkel vähendab või kõrvaldab seega paljudel juhtudel erinevuse, mis selle ajani eksisteeris Hispaanias ja ühenduse teistes liikmesriikides kehtinud hindade vahel. Asjassepuutuvate juhtude arv on märkimisväärne sõltumata sellest, kas kulud, mida Hispaania hulgimüüjad kannavad paralleelkaubandusega tegelemisel (vedu, ümberpakendamine jne), jäetakse tähelepanuta või võetakse arvesse. GSK ei vaidlusta neid tuvastatud faktilisi asjaolusid.

184 Komisjon on tõdenud seejärel otsuse põhjendustes 48 ja 51, et paljudes liikmesriikides tuli müügi üldtingimustega hõlmatud ravimite hinnast osa — kuigi väike — maksta patsiendil, kes oli selles osas kõnealuste toodete lõpptarbija selle sõna majanduslikus tähenduses. Komisjon on otsuse põhjendustes 49 ja 51 ka tõdenud, et ülejäänud osa nende ravimite hinnast hüvitas siseriiklik ravikindlustussüsteem, mis oli samuti nende toodete lõpptarbija selles osas, et ta kattis majanduslikud riskid, mida sotsiaalkindlustusega hõlmatud isikud kandsid oma tervise tõttu. Euroopa Kohus on samuti rõhutanud farmaatsiatoodete kaubanduse erilisust, millele on iseloomulik, et sotsiaalkindlustusasutused vastutavad ravikulude maksmise eest tarbijate asemel (Euroopa Kohtu 7. veebruari 1984. aasta otsus kohtuasjas 238/82: Duphar jt, EKL 1984, lk 523, punkt 20). GSK ei vaidlusta neid tuvastatud faktilisi asjaolusid, mille olulisust otsuse põhjenduste seisukohast rõhutas komisjon kohtuistungil.

185 Isegi kui nõustuda, et paralleelkaubandusega tegelevate Hispaania hulgimüüjate vaheline konkurents või nende hulgimüüjate ja paralleelkaubanduse sihtliikmesriigis asuvate edasimüüjate vaheline konkurents on nii väike, et see võimaldab neil kasutada edasimüügihindu, mis on viimatimainitud edasimüüjate hindadest madalamad vaid jaemüüjate ahvatlemiseks vajalikus ulatuses, nagu selgitatakse veenvalt GSK esitatud mõnedes dokumentides, võis komisjon eelmistes punktides viidatud faktilistest asjaoludest järeldada — nagu ta on teinud otsuse põhjenduses 140 —, et müügi üldtingimuste artikkel 4 takistas lõpptarbija kahjuks seda konkurentsi ja eriti survet, mis oleks selle artikli puudumisel avaldunud kõnealuse ravimi ühiku hinnale, arvestades, et lõpptarbija on nii patsient kui ka kindlustatute arvel tegutsev siseriiklik ravikindlustussüsteem.

186 Nagu komisjon on ka märkinud otsuse põhjenduses 133 ja seejärel Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes ja kohtuistungil, et kui seda survet kontrollitakse sellise siseriikliku turu individuaalses mastaabis, mida müügi üldtingimuste artikkel 4 mõjutab (nagu Ühendkuningriigi turg), võib see olla marginaalne. Komisjon on siiski märkinud otsuse põhjenduses 140, et asjaolu, et seda survet takistas kokkulepe, mis sõlmiti märkimisväärse arvu Hispaania hulgimüüjatega ning mis mõjutas märkimisväärselt tooteid ja siseriiklikke turge ühenduses tervikuna, soodustas või võis soodustada võrgustiku tõttu eelnevalt turul eksisteerinud hinnajäikuse tugevnemist. Selline tugevdamine on vastuolus EÜ artikli 81 lõikega 1 (vt selle kohta eespool punktis 109 viidatud kohtuotsus Metro I, punkt 22, ja Euroopa Kohtu 29. oktoobri 1980. aasta otsus kohtuasjas 209/78: Van Landewyck jt *vs.* komisjon, EKL 1980, lk 3125, punkt 139).

187 GSK ei ole esitanud tõendeid, et selles osas oleks eksitud. Ta on kohtuistungil hoopis tunnistanud, et kuigi müügi üldtingimuste artikkel 4 oli põhiliselt mõeldud selleks, et takistada ülejäägi kandmist hulgimüüjatele, võib selle artikli tagajärjeks olla, et see kasu — kuigi väike —, mida nende osalemine kaubamärgisiseses konkurentsis lõpptarbijale annab, väheneb paralleelkaubanduse sihtturul.

188 Lõpuks leidis komisjon otsuse põhjendustes 33, 34, 52 ja 134, et teatud siseriiklikud ravikindlustussüsteemid kasutasid erinevas ulatuses ja erinevatel tingimustel paralleelkaubandust selleks, et vähendada nende poolt hüvitatavate ravimite kulusid. Kuigi GSK vaidleb vastu sellele, et komisjoni viidatavate siseriiklike meetmete eesmärk oli paralleelkaubanduse edendamine, ei vaidle ta vastu sellele, et neil võib niisugune mõju olla, nagu komisjon on kohtuistungil tõdenud, ilma et seda oleks vaidlustatud. Mõnedes komisjoni esitatud dokumentides seevastu rõhutatakse veenvalt, et olukord võib selline olla. Ka GSK nõustub — viimati kirjalikele küsimustele vastates ja kohtuistungil —, et teatud liikmesriigid on võtnud meetmeid, et saada tagasi osa säästudest, mida apteegid on saanud paralleelkaubanduse abil.

189 Keskendudes Ühendkuningriigi näitele, mille turg oli GSK sõnul GW poolt Hispaanias müüdavate ravimite paralleelkaubanduse tähtsaim sihtturg, suutis komisjon järeldada otsuse põhjenduses 134, et müügi üldtingimuste artikli 4 mõjul võeti siseriiklikelt ravikindlustussüsteemidelt kasu, mida nad oleksid saanud Hispaania hulgimüüjate osalemisest kaubamärgisiseses konkurentsis kulude vähenemise kujul ja sõltumata mis tahes jaemüügihinna alandamisest. Kuigi GSK rõhutab selle mõju vähesust, nõustus ta kohtuistungil selle olemasoluga. Ta nõustus, et selline mõju võib olla teisteski liikmesriikides peale Ühendkuningriigi.

190 Seetõttu tuleb järeldada, et komisjon võis järeldada nende asjaolude põhjal, mille asjassepuutuvust GSK ei ole tõsiselt kahtluse alla seadnud, et müügi üldtingimuste artikli 4 mõjul vähenes lõpptarbija heaolu, sest tal takistati saada hinnaalanduste ja kulude vähenemise kujul kasu sellest, et Hispaania hulgimüüjad osalevad kaubamärgisiseses konkurentsis Hispaaniast pärineva paralleelkaubanduse siseriiklikel sihtturgudel.

191 Ükski GSK argumentidest ei sea seda järeldust kahtluse alla.

192 Eelkõige ei ole põhjendatud GSK peamine argument, mille kohaselt on müügi üldtingimuste artikkel 4 õigustatud seetõttu, et sellega neutraliseeriti Hispaania Kuningriigi põhjustatud konkurentsi kahjustamine. Asjaolu, et õiguslik ja majanduslik kontekst, milles ettevõtjad tegutsevad, soodustab konkurentsi piiramist, ei saa viia nõustumiseni sellega, et ettevõtjad, kes piiravad või takistavad konkurentsi, mida see kontekst võimaldab säilitada või tekitada, rikuvad konkurentsieeskirju (eespool punktis 104 viidatud kohtuotsus Suiker Unie jt *vs.* komisjon, punkt 620, ja eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus CIF, punkt 57).

4. Järeldus

193 Eespool esitatust tulenevalt ei ole GSK-l õnnestunud muuta küsitavaks komisjoni järeldust, mille kohaselt müügi üldtingimused kujutasid endast kokkulepet EÜ artikli 81 lõike 1 tähenduses.

194 Samuti järeldub sellest, et kuigi komisjoni peamine järeldus, mille kohaselt müügi üldtingimuste artikli 4 eesmärk on piirata konkurentsi, on ekslik, ei ole GSK-l õnnestunud muuta küsitavaks tema teise võimalusena esitatud järeldust, mille kohaselt võttis see artikkel lõpptarbijatelt kasu, mida nad oleksid saanud hinna ja kulude osas, kui Hispaania hulgimüüjad oleksid osalenud kaubamärgisiseses konkurentsis Hispaaniast pärineva paralleelkaubanduse siseriiklikel sihtturgudel.

195 Järelikult tuleb EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumist puudutav väide tagasi lükata.

C — *Väide, mis puudutab võimu kuritarvitamist, subsidiaarsuse põhimõtte rikkumist ja EÜ artikli 43 rikkumist*

1. Poolte argumendid

196 GSK väidab sisuliselt seda, et keelates tal erinevate hindade kohaldamise, kohustab otsus teda lõpuks kohaldama Hispaania ametiasutuste kindlaksmääratud hindu Hispaanias edasimüümiseks mõeldud ja Hispaania ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite hulgimüügi jaoks, kui tegemist on teistesse liikmesriikidesse edasimüümiseks mõeldud või muude sellistest siseriiklikest ravikindlustussüsteemidest hüvitatavate ravimite hulgimüügiga, millel on oma hinnakontrolli süsteem. Seda tehes on otsus rikkunud subsidiaarsuse põhimõtet. Lisaks on rikutud EÜ artiklis 43 sätestatud asutamisõigust. Kuivõrd komisjoni eesmärk on olnud ravimite hindade ühtlustamise edendamine ühenduses, on tegemist ka võimu kuritarvitamisega.

197 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, vaidlustab selle väite põhjendatuse.

2. Esimese Astme Kohtu hinnang

198 Esiteks tuleb märkida, et otsus on tehtud võimu kuritarvitades vaid siis, kui objektiivsete, asjakohaste ja omavahel kooskõlas olevate tõendite põhjal selgub, et otsus on vastu võetud eranditult või vähemalt peamiselt muude eesmärkide saavutamiseks kui need, millele viidati (Euroopa Kohtu 21. juuni 1958. aasta otsus kohtuasjas 8/57: Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges *vs.* ülemamet, EKL 1958, lk 223 ja 245, ning Euroopa Kohtu 11. novembri 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-186/02 P ja C-188/02 P: Ramondín jt *vs.* komisjon, EKL 2004, lk I-10653, punkt 44).

199 Käesolevas asjas nähtub GSK menetlusdokumentidest, et ta spekuleerib komisjonile omistatava eesmärgi osas, kuid ei tugine tõenditele, mille põhjal saaks tõendada õiguslikult piisavalt, et otsus on tehtud eranditult või peamiselt ravimite hindade ühtlustamise soodustamiseks ühenduses.

200 Teiseks sätestab EÜ artikli 5 teine lõik, et valdkondades, mis ei kuulu ühenduse ainupädevusse, võtab ühendus kooskõlas subsidiaarsuse põhimõttega meetmeid ainult niisuguses ulatuses ja siis, kui liikmesriigid ei suuda täielikult saavutada kavandatava meetme eesmärke, ning seetõttu võib neid kavandatava meetme ulatuse või toime tõttu paremini saavutada ühenduse tasandil.

201 EÜ artikli 81 lõike 1 raames konkretiseerub subsidiaarsuse põhimõte piirangus, millele vastavalt kohaldatakse kõnealuses sättes sätestatud keelu üksnes sellistele ettevõtjatevaheliste kokkulepetele, ettevõtjate ühenduste otsustele ja kooskõlastatud tegevusele, mis võivad mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust. Kui objektiivsete õiguslike ja faktiliste asjaolude põhjal on piisavalt suure tõenäosusega võimalik järeldada, et selline tegevus võib mõjutada otseselt või kaudselt, tegelikult või potentsiaalselt liikmesriikidevahelist kaubavahetust, tuleb seda tegevust pidada selliseks, mis võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust (eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 495, ja Euroopa Kohtu 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-359/01 P: British Sugar *vs.* komisjon, EKL 2004, lk I-4933, punkt 27), mistõttu on kohane, et ühendus sekkub sellesse enda tegevuse ulatuse ja mõju tõttu (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 23. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas T-65/98: Van den Bergh Foods *vs.* komisjon, EKL 2003, lk II-4653, punktid 197 ja 198).

202 Kui see tegevus avaldub komisjoni otsuse vormis, on see otsus subsidiaarsuse põhimõttega kooskõlas siis, kui selles tõendatakse õiguslikult piisavalt, et ettevõtjatevaheline kokkulepe, ettevõtjate ühenduste otsus või kooskõlastatud tegevus, mille seaduslikkust ta analüüsib, võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust.

203 Käesolevas asjas on komisjon sisuliselt tõdenud otsuse põhjendustes 145 ja 146, et müügi üldtingimuste artikkel 4 võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust, kuna sellega võeti kasutusele erinevad hinnad vastavalt sellele, kas GW-ga kaubandussuhetes olevad hulgimüüjad kavatsesid temalt ostetud ravimeid edasi müüa Hispaanias või teistes ühenduse liikmesriikides, ja mida GSK ei vaidlusta.

204 Kolmandaks ja viimaseks tuleb märkida, et EÜ artikkel 43 annab igale liikmesriigi kodanikule — kellega EÜ artikkel 48 võrdsustab äriühingud, mis on asutatud vastavalt mõne liikmesriigi seadustele ja millel on ühenduse piires registrijärgne asukoht, juhatuse asukoht või peamine tegevuskoht — põhivabaduse (Euroopa Kohtu 6. oktoobri 1981. aasta otsus kohtuasjas 246/80: Broekmeulen, EKL 1981, lk 2311, punkt 20, ja Euroopa Kohtu 31. märtsi 1993. aasta otsus kohtuasjas C-19/92: Kraus, EKL 1993, lk I-1663, punktid 28 ja 29) asuda elama mis tahes teise liikmesriiki kõnealuse liikmesriigi kodanikega samadel tingimustel ja keelab selle vabaduse piirangute säilitamise või kehtestamise.

205 Sellised piirangud on kõik siseriiklikud meetmed — isegi kui neid kohaldatakse ilma kodakondsusest lähtuva diskrimineerimiseta —, millega pannakse teiste liikmesriikide kodanikud faktiliselt või õiguslikult ebasoodsamasse seisundisse võrreldes asukohaliikmesriigi kodanikega ja seega tehakse või muudetakse vähem atraktiivseks selle põhivabaduse teostamine, välja arvatud asutamislepingus sätestatud ja Euroopa Kohtu poolt tunnustatud erandid (Euroopa Kohtu 11. mai 1999. aasta otsus kohtuasjas C-255/97: Pfeiffer, EKL 1999, lk I-2835, punktid 18 ja 19, ning Euroopa Kohtu 21. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-140/03: komisjon *vs.* Kreeka, EKL 2005, lk I-3177, punkt 27).

206 Käesolevas asjas nõuab GSK sellise EÜ artikli 81 lõike 1 kohaldamise menetluses tehtud otsuse tühistamist, mille komisjon on vastu võtnud ühenduse konkurentsieeskirjadega antud pädevuse teostamisel. Olemuselt ei kujuta taoline otsus endast

ega sisalda sellist siseriiklikku meedet, mis võiks olla EÜ artikliga 43 keelatud piirang. Seega ei saa tulemuslikult viidata selle sätte rikkumisele (vt analoogia alusel EÜ artikli 49 kohta Euroopa Kohtu 23. veebruari 2006. aasta määrus kohtuasjas C-171/05 P: Piau *vs.* komisjon, EKL 2006, lk I-37, punkt 58).

207 Seega tuleb võimu kuritarvitamist, subsidiaarsuse põhimõtte rikkumist ja EÜ artikli 43 rikkumist käsitlev väide tervikuna tagasi lükata, samuti nagu GSK nõuded osas, milles need puudutavad otsuse artikli 1 tühistamist.

II — *Otsuse artikli 2 tühistamise nõuet puudutavad väited*

A — *Põhjendamise ebapiisavust käsitlev väide*

1. Poolte argumendid

208 GSK väidab sisuliselt seda, et otsus on ebapiisavalt põhjendatud, sest komisjon ei ole piisavalt analüüsinud faktilisi asjaolusid puudutavaid väiteid ega tõendeid, mis esitati talle haldusmenetluses seoses paralleelkaubandusega ja müügi üldtingimuste artikli 4 kasu ja kahjuga konkurentsile ravimisektoris, kuigi ta oleks pidanud seda tegema, arvestades eespool punktis 47 viidatud kohtuotsust Bayer *vs.* komisjon.

209 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, vaidlustab selle väite põhjendatuse.

2. Esimese Astme Kohtu hinnang

210 Komisjoni poolt konkurentsieeskirjade kohaldamise otsuses tehtud analüüsi piisavust puudutav küsimus ei kuulu kõnealuse otsuse põhjendamise olemasolu ega ulatuse kontrolli raamesse, vaid otsuse põhjenduste põhjendatuse kontrolli raamesse (eespool punktis 54 viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Sytraval ja Brink's France, punkt 67, ja Esimese Astme Kohtu 13. jaanuari 2004. aasta otsus kohtuasjas T-158/99: Thermenhotel Stoiser Franz jt *vs.* komisjon, EKL 2004, lk II-1, punkt 97).

211 GSK väidab käesolevas asjas, et otsuse on ebapiisavalt põhjendatud, kuna faktiliste asjaoludega seotud argumentide ja tema eranditaotluse toetuseks esitatud tõendite uurimine on puudulik. Ta ei vaidlusta seega niivõrd otsuse põhjenduse puudulikkust kui nende põhjenduste õigsust, mis puudutavad tema taotluse hindamist EÜ artikli 81 lõike 3 alusel.

212 Seetõttu on käesolev väide tegelikult seotud väitega, mis puudutab selle sätte rikkumist ja mida analüüsitakse allpool.

213 Kuivõrd GSK üritab viidata ka sellele, et otsus on ebapiisavalt põhjendatud tema eranditaotluse tagasilükkamise osas, ei tundu see kriitika põhjendatud. Komisjon selgitab otsuse põhjendustes 147–188 piisavalt üksikasjalikult — mis võimaldab GSK-l aru saada tema arutluskäigust ja kohtul seda kontrollida —, et nimetatud taotlus tuleb tema sõnul jätta rahuldamata põhjusel, et tõendid erandi kohaldamiseks vajalike tingimuste täitmise ja eriti efektiivsuskasu kohta ei ole esitatud õiguslikult piisavalt.

B — *EÜ artikli 81 lõike 3 rikkumist käsitlev väide*

1. Otsuse sisu

214 Komisjon on märkinud otsuse põhjendustes 147–189, et GSK ei ole tõendanud, et EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamise tingimused on käesolevas asjas täidetud.

215 Komisjon on leidnud selle sätte kohaldamise esimese tingimuse osas otsuse põhjendustes 151 ja 154–176, et GSK ei tõendanud õiguslikult piisavalt, et müügi üldtingimused aitaksid edendada ravimite tehnilist progressi või parandada ravimite levitamist.

216 Komisjon on leidnud EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamise teise tingimuse osas otsuse põhjendustes 177–186, et GSK ei ole õiguslikult piisavalt tõendanud, et tarbijatele jääb õiglane osa müügi üldtingimustest saadavast kasust.

217 Komisjon on lisanud otsuse põhjendustes 187 ja 188, et tõendatud ei olnud ka see, et müügi üldtingimustega ei kehtestatud piirangut, mis ei olnud hädavajalik, või et nendega ei kõrvaldatud konkurentsi kõnealuste ravimite olulise osa suhtes.

2. Poolte argumendid

218 GSK väidab, et komisjoni järeldus, mille kohaselt ei ole tõendatud, et erandi kohaldamise tingimused olid täidetud, sisaldab vigu, mille tõttu on otsuse artikli 2 tühistamine õigustatud.

219 Üldiselt selgitab GSK sisuliselt, et komisjon ei ole tõsiselt analüüsinud faktilisi asjaolusid puudutavaid argumente ega tõendeid, mis toetavad tema eranditaotlust. Seejärel esitab ta argumendid, mis on seotud EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamise iga tingimusega.

220 GSK väidab kõigepealt esimese tingimuse osas seda, et komisjon ei ole analüüsinud tõsiselt tema argumente, mis puudutavad faktilisi asjaolusid, ega tõendeid, mille kohaselt tekitab paralleelkaubandus efektiivsuskadu, vähendades tema innovatsioonivõimet, samas kui müügi üldtingimuste artikkel 4 tekitab efektiivsuskasu, mis võimaldab tal innovatsioonivõimet suurendada. Ta leiab, et komisjon on ekslikult järeldanud, et paralleelkaubanduse seos innovatsiooniga ei olnud tõendatud ja et igal juhul mõjutas see innovatsiooni märkimisväärselt. GSK leiab, et tehnilise progressi edendamise soodustamine on tõendatud.

221 Teiseks väidab GSK, et komisjon järeldas ekslikult, et ei ole tõendatud, et müügi üldtingimuste artikkel 4 aitas ravimite leviku paranemisele kaasa, piirates paralleelkaubandust, mis aeglustab ravimite turuletoomist mõnedes liikmesriikides ja toob kaasa ka selle, et GSK poolt müügiks pakutavad ravimid ei jaotu parimal võimalikul viisil.

222 GSK selgitab seejärel EÜ artikli 81 lõike 3 teise kohaldamistingimuse osas, et komisjon on vääralt järeldanud, et ei nähtu, et õiglane osa müügi üldtingimuste artikliga 4 seotud kasust jääks tarbijatele. Komisjon on tarbijad halvasti määratlenud, lisades nende hulka ka hulgimüüjad ja jättes igakülgselt arvesse võtmata liikmesriikide rolli selles valdkonnas. Komisjon on ilmselgelt ekslikult hinnanud ka kogu kasu, mida tarbijad võivad loota GSK erinevate hindade süsteemist, võrreldes tarbijate olukorraga paralleelkaubanduse osas.

223 Lisaks peab GSK selgelt tõendatuks, et müügi üldtingimuste artikkel 4 oli hädavajalik tarbijatele sellest artiklist oodatud kasu tekkimiseks EÜ artikli 81 lõike 3 kolmanda kohaldamistingimuse tähenduses.

224 Viimaseks peab GSK tõendatuks, et see säte ei kõrvaldanud olulist osa konkurentsist, kui arvestada selle laadi ja intensiivsust EÜ artikli 81 lõike 3 neljanda kohaldamistingimuse põhjal.

225 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, vaidlustab nende argumentide põhjendatuse.

226 Komisjon väidab esiteks, et ta on teinud põhjaliku ja piisava analüüsi kõigist faktilisi asjaolusid puudutavatest argumentidest ja tõenditest, mis GSK esitas eranditaotluse toetuseks.

227 Teiseks väidab komisjon, et ta võis järeldada, et GSK ei olnud esitanud tõendeid EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamistingimuse täitmise kohta.

228 Komisjon leiab selles osas esiteks, et GSK ei saa piirduda argumendiga, et kokkulepe, mille ta on sõlminud paralleelkaubanduse takistamiseks või millel on olnud selline mõju, annab talle võimaluse maksimeerida ärikasumit ja paigutada osa sellest teadus- ja arendustegevuse rahastamiseks. GSK-l tuleb vastupidi tõendada piisavate veenvate tõenditega, et on olemas objektiivne, konkreetne ja otsene põhjuslik seos sellest kokkuleppest tekkiva konkurentsipiirangu ja seda kompenseeriva efektiivsuskasu vahel. Komisjonil oli käesolevas asjas õigus järeldada, et sellist põhjuslikku seost ei olnud tõendatud.

229 Teiseks leiab komisjon, et isegi kui GSK argumendid, mille kohaselt paralleelkaubandus häirib ravimite levitamist ja aeglustab nende turuletoomist, on arvessevõtmiseks eeldatavasti piisavalt konkreetsed, ei ole haldusmenetluse üheski etapis esitatud õiguslikult piisavaid tõendeid raskuste kohta, mida müügi üldtingimuste artikliga 4 kompenseeriti.

230 Kolmandaks leiab komisjon sisuliselt, et hulgimüüjaid tuleb pidada tarbijateks ja et võib järeldada, et nad saavad paralleelkaubandusest samamoodi kasu nagu patsiendid ja siseriiklikud ravikindlustussüsteemid. Ta lisab, et üheski etapis ei ole õiguslikult piisavalt tõendanud, et müügi üldtingimuste artiklist 4 said kasu ka tarbijad.

231 Neljandaks väidab komisjon, et vastupidi komisjoni järeldusele otsuses ei nähtu GSK argumentidest müügi üldtingimuste artikli 4 hädavajalikkuse tõendatus.

232 Viiendaks väidab komisjon samamoodi, et GSK argumendid ei muuda tõsiselt küsitavaks hinnangut, mille kohaselt ei ole tõendatud, et müügi üldtingimuste artikkel 4 ei vii konkurentsi kõrvaldamiseni kõnealuste toodete olulise osa suhtes.

3. Esimese Astme Kohtu hinnang

a) Esialgsed kaalutlused

233 Mis tahes kokkuleppele, mis piirab konkurentsi oma mõju või eesmärgi tõttu, võib põhimõtteliselt erandit kohaldada (eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 496–498 ja 501–505, ning Esimese Astme Kohtu 15. juuli 1994. aasta otsus kohtuasjas T-17/93: Matra Hachette *vs.* komisjon, EKL 1994, lk II-595, punkt 85), nagu komisjon on tõdenud otsuse põhjenduses 153 ja kohtuistungil.

234 Selle sätte kohaldamisele on kehtestatud teatud tingimused, mille täitmine on samaaegselt vajalik ja piisav (eespool punktis 57 viidatud kohtuotsus Remia jt *vs.* komisjon, punkt 38, ja eespool punktis 233 viidatud kohtuotsus Matra Hachette *vs.* komisjon, punkt 104). Asjaomane kokkulepe peab esiteks aitama parandada tootmist või kõnealuste kaupade levitamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi; teiseks peab see kokkulepe jätma tarbijatele sellest tulenevast kasust õiglase osa; kolmandaks ei tohi see kehtestada asjassepuutuvatele ettevõtjatele piiranguid, mis ei ole hädavajalikud, ja neljandaks ei tohi see kokkulepe anda neile ettevõtjatele võimalust kõrvaldada konkurentsi kõnealuste toodete olulise osas suhtes.

235 Järelikult tuleb isikul, kes viitab EÜ artikli 81 lõikele 3, tõendada veenvate argumentide ja tõenditega, et need tingimused on täidetud (Esimese Astme Kohtu 17. jaanuari 1984. aasta otsus liidetud kohtuasjades 43/82 ja 63/82: VBVB ja VBBB *vs.* komisjon, EKL 1984, lk 19, punkt 52, ja eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon, punkt 78).

236 Komisjonil tuleb omalt poolt neid argumente ja tõendeid piisavalt analüüsida (eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 501) ehk teha kindlaks, kas need tõendavad, et EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamise tingimused on täidetud. Teatud juhtudel võivad need argumendid ja tõendid olla sellised, mis kohustavad komisjoni selgitama või põhjendama, ja kui komisjon seda ei tee, võib järeldada, et tõendamiskohustus, mis on EÜ artikli 81 lõikele 3 viitaval isikul, on täidetud (eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon, punkt 79). Nagu komisjon oma menetlusdokumentides möönab, tuleb komisjonil sellisel juhul lükata need argumendid ja tõendid ümber.

237 Komisjon on käesolevas asjas koondanud oma analüüsi EÜ artikli 81 lõike 3 esimesele kohaldamistingimusele, nagu ta rõhutas oma menetlusdokumentides ja seejärel kohtuistungil. Ta on järeldanud otsuse põhjendustes 151 ja 154–176, et GSK poolt haldusmenetluse käigus esitatud faktilisi asjaolusid puudutavad argumendid ja tõendid ei tõendanud selle tingimuse täitmist.

238 GSK poolt esitatud faktilisi asjaolusid puudutavad argumendid ja tõendid, millega ta üritas tõendada, et tarbijatele jääb õiglane osa müügi üldtingimustes saadavast kasust ja et seega on EÜ artikli 81 lõike 3 teine kohaldamistingimus täidetud, jäeti esimese tingimuse analüüsi tõttu kõrvale, nagu komisjon kohtuistungil kinnitas. Komisjon tõdes nimelt otsuse põhjenduses 179, et kuna GSK ei olnud tõendanud, et paralleelkaubanduse piiramine võimaldab tegelikult saada teatavat esimese tingimuse raames nõutavat kasu, ei saanud ka teine tingimus olla täidetud ja seega puudus vajadus seda edasi analüüsida. Alles hiljem ja üksnes ammendava vastuse

andmiseks vastas komisjon otsuse põhjendustes 180–186 mõnedele GSK argumentidele, et tõendada, et paralleelkaubandus ei tekita kasu, millest tarbijatele jääb õiglane osa.

239 EÜ artikli 81 lõike 3 kolmandat ja neljandat kohaldamistingimust on analüüsitud kokkuvõtvalt, nagu komisjon teatas oma menetlusdokumentides ja seejärel kohtuistungil, ning ka need on olulises osas eelneva analüüsi tagajärjel kõrvale jäetud. Näiteks kolmas tingimus jäeti kõrvale otsuse põhjenduses 187 põhjusel, et kuna puudusid tõendid selle kohta, et müügi üldtingimused tekitavad kasu, puudus ka asjaolu, mille hädavajalikkust oleks saanud analüüsida. Neljas tingimus lükati tagasi otsuse põhjenduses 188, sest GSK ei olnud esitanud ühtegi seda tingimust puudutavat argumenti, mida ta ei oleks juba eelnevalt esitanud ja mida ei oleks juba tagasi lükatud.

240 Seega tuleb Esimese Astme Kohtul eelkõige kindlaks teha, kas komisjon võis järeldada, et GSK eranditaotluse toetuseks esitatud faktilisi asjaolusid puudutavad argumendid ja tõendid ei tõendanud, et EÜ artikli 81 lõike 3 esimene kohaldamistingimus on täidetud. Üksnes eitaval juhul tuleb kohtul ka välja selgitada, kas komisjon võis järeldada, et samuti ei olnud tõendatud, et selle sätte kolm ülejäänud kohaldamistingimust olid täidetud.

241 Kuivõrd EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta tehtud otsuse tühistamisnõuet käsitlev kohus uurib keerulisi majanduslikke hinnanguid, piirdub tema kontroll põhiküsimuses üksnes kontrollimisega, kas faktilised asjaolud on täpselt kindlaks tehtud, kas nende faktiliste asjaolude osas ei ole tehtud ilmset kaalutlusviga ja kas faktilistele asjaoludele antud õiguslik kvalifikatsioon on õige (eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, punkt 501; eespool punktis 109 viidatud kohtuotsus Metro I, punkt 25; eespool punktis 57 viidatud kohtuotsus Remia jt *vs.* komisjon, punkt 34, ja eespool punktis 55 viidatud kohtuotsus Aalborg Portland jt *vs.* komisjon, punkt 279).

242 Ühenduse kohtud peavad ka kontrollima, kas esitatud tõendid vastavad tegelikkusele, on usaldatavad ja üksteisega kooskõlas, ning samuti kontrollima, kas need tõendid moodustavad asjakohaste andmete terviku, mida keerulise olukorra hindamisel tuleb arvesse võtta, ja kas need toetavad järeldusi, mis nende põhjal on tehtud (Euroopa Kohtu 15. veebruari 2005. aasta otsus kohtuasjas C-12/03 P: komisjon *vs.* Tetra Laval, EKL 2005, lk I-987, punkt 39, ja Esimese Astme Kohtu 14. detsembri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-210/01: General Electric *vs.* komisjon, EKL 2005, lk II-5575, punktid 62 ja 63).

243 Kui Esimese Astme Kohtul on palutud kontrollida mingi otsuse seaduslikkust, ei kuulu tema pädevusse aga sellise otsuse autori majandushinnangu asendamine iseenda omaga.

244 Tuleb märkida, et komisjonil on kaalutlusõigus, mille üle teostatakse vaid piiratud kohtulikku kontrolli, eriti seoses toimingutega, mille puhul ta võrdleb — pärast seda kui on kontrollitud, et on täidetud üks kriteeriumidest, mille alusel võib kohaldada EÜ artikli 81 lõikes 3 sätestatud erandit — kokkuleppe täitmisest oodatavat kasu ja konkurentsile avalduva mõju tõttu lõpptarbijale kokkuleppest tekkivat kahju; see võrdlus seisneb kaalumises, mis võtab arvesse ühenduse üldiseid huve.

245 Lisaks toimub komisjoni otsuse kontroll üksnes vaidlustatud otsuse vastuvõtmise ajal eksisteerinud õiguslike ja faktiliste asjaolude alusel ning see ei piira poolte võimalust täiendada neid asjaolusid oma kaitseõiguse teostamisel tõenditega, mis on sellest kuupäevast hilisemad, kuid on kogutud konkreetselt kõnealuse otsuse vaidlustamiseks või selle kaitsmiseks (vt punkt 58 eespool).

246 Käesolevas asjas järeldub sellest, et tõendid, mis ei eksisteerinud otsuse vastuvõtmise päeval ja mida ei olnud konkreetselt kogutud selle vaidlustamiseks või kaitsmiseks osas, milles otsustatakse tagasi lükata GSK eranditaotlus, ning eelkõige faktilised

asjaolud, mis puudutavad ajavahemikku 2001–2005, ja uuringud, mille pealkirjad on „Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade", mille koostas York University mais 2003, „The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis", mille koostas London School of Economics and Political Sciences jaanuaris 2004, ja „Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union", mille koostasid M. Ganslandt ja K. E. Maskus veebruaris 2004, tuleb jätta asja arutamisel kohe kõrvale, nagu komisjon on õigesti rõhutanud Esimese Astme Kohtu küsimustele antud vastustes ja kohtuistungil.

b) Tõend efektiivsuskasu olemasolu kohta

247 Selleks et kokkuleppele saaks kohaldada EÜ artikli 81 lõikes 3 sätestatud erandit, peab see aitama parandada tootmist või kõnealuste kaupade levitamist või edendada tehnilist või majanduslikku progressi. See aitamine ei tähenda kogu kasu, mida selles kokkuleppes osalevad ettevõtjad oma tegevusest saavad, vaid sellist tuntavat objektiivset kasu, mis võib kompenseerida kokkuleppest konkurentsile tekkiva kahju (vt kaupade tootmise või levitamise parandamise aitamise kohta eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 502 ja 503; Esimese Astme Kohtu 8. juuni 1995. aasta otsus kohtuasjas T-7/93: Langnese-Iglo *vs.* komisjon, EKL 1995, lk II-1533, punkt 180, ja eespool punktis 201 viidatud kohtuotsus Van den Bergh Foods *vs.* komisjon, punkt 139; vt progressi edendamise aitamise kohta ka eespool punktis 233 viidatud kohtuotsus Matra Hachette *vs.* komisjon, punktid 108–111).

248 Komisjonil tuleb seega esiteks analüüsida, kas talle esitatud faktilisi asjaolusid puudutavad argumendid ja tõendid tõendavad veenvalt, et kõnealune kokkulepe peaks võimaldama tuntava objektiivse kasu saamist (vt selle kohta eespool punktis 109 viidatud kohtuotsus Metro I, punkt 43; eespool punktis 58 viidatud kohtuotsus Metro II, punkt 55; eespool punktis 171 viidatud Esimese Astme Kohtu

otsus M6 jt *vs.* komisjon, punkt 143, ja Esimese Astme Kohtu 21. märtsi 2002. aasta otsus kohtuasjas T-231/99: Joynson *vs.* komisjon, EKL 2002, lk II-2085, punktid 48 ja 49), arvestades, et kasu võib tekkida nii asjaomasel turul kui ka muudel turgudel (Esimese Astme Kohtu 28. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas T-86/95: Compagnie générale maritime jt *vs.* komisjon, EKL 2002, lk II-1011, punkt 343).

249 See toiming võib eeldada prognoosi, mille abil tuleb kindlaks teha, kas esitatud faktilisi asjaolusid puudutavate argumentide ja tõendite alusel tundub tõenäolisem, et kõnealune kokkulepe võimaldab tuntava objektiivse kasu saamist või et see nii ei ole (vt selle kohta eespool punktis 248 viidatud kohtuotsus Compagnie générale maritime jt *vs.* komisjon, punkt 365, ja eespool punktis 201 viidatud kohtuotsus Van den Bergh Foods *vs.* komisjon, punkt 143; vt ka analoogia alusel eespool punktis 242 viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Tetra Laval, punktid 42 ja 43, ning eespool punktis 242 viidatud kohtuotsus General Electric *vs.* komisjon, punkt 64).

250 Vajadusel tuleb teiseks komisjonil hinnata, kas see tuntav objektiivne kasu kompenseerib kahju, mille avaldumine konkurentsile on kindlaks tehtud EÜ artikli 81 lõike 1 alusel läbiviidud analüüsis (vt selle kohta eespool punktis 186 viidatud kohtuotsus Van Landewyck jt *vs.* komisjon, punktid 183–185).

251 GSK väidab käesolevas asjas, et müügi üldtingimuste artikkel 4 peaks võimaldama kasu saamist nii asjaomasel eelneval kaubaturul, soodustades innovatsiooni, kui ka turul endal, optimeerides ravimite levitamist. Need turud vastavad väärtusahela erinevatele staadiumidele, mistõttu tõenäoliselt kasu saav lõpptarbija on sama.

252 Kõigepealt tuleb seega kindlaks teha, kas komisjon võis järeldada, et GSK poolt esitatud faktilisi asjaolusid puudutavad argumendid ja tõendid, mille analüüs eeldas prognoosi, ei tõendanud piisava tõenäosusega, et müügi üldtingimuste artikkel 4

võimaldab sellise tuntava objektiivse kasu saamist, mis kompenseeriks sellest konkurentsile tekkiva kahju, soodustades innovatsiooni.

Tuntava objektiivse kasu olemasolu

253 Arvestades GSK kriitika olemust, tuleb esiteks esitada faktilisi asjaolusid puudutavad argumendid ja tõendid, millel tema eranditaotlus selles osas põhineb, ja seejärel teiseks kontrollida viisi, kuidas komisjon neid analüüsis.

254 Esiteks käsitlevad otsuse põhjendused 90, 92–99, 151 ja 154 ning otsuse põhjendused 64–68, millele neis viidatakse, lühidalt argumente, mis GSK esitas, veenmaks komisjoni, et müügi üldtingimuste artikkel 4 võimaldab soodustada innovatsiooni.

255 Nagu otsusest nähtub, tuleb need argumendid jagada kahte ossa, mis on üksteisega tihedalt seotud, kuid siiski eraldiseisvad. Esiteks, nagu tõdetakse otsuse põhjenduse 154 esimeses lauses, põhjustab GW poolt Hispaanias müüdavate ravimite paralleelkaubandus kaubamärkide vahelisele konkurentsile efektiivsuskadu niivõrd, kui see nõrgendab GSK innovatsioonivõimet. Nagu märgitakse kõnealuse põhjenduse teises ja kolmandas lauses, põhjustab müügi üldtingimuste artikkel 4 kaubamärkide vahelisele konkurentsile efektiivsuskasu niivõrd, kui see võimaldab GSK innovatsioonivõime tugevdamist.

256 Nagu otsusest veel nähtub, on need kaks põhjenduse osa välja töötatud GW teates, GW täiendavas teates ja eelkõige mõnedes GSK poolt haldusmenetluses esitatud majanduslikes või ökonomeetrilistes tõendites, eriti komisjoni vastuväiteteatisele antud vastuses. Need tõendid on lisatud toimikusse, enamasti lisadena GSK menetlusdokumentidele, mille sisu nad toetavad ja täiendavad, ning muus osas menetlust korraldavatele meetmetele antud vastustena. Tegemist on järgmiste dokumentidega:

— London Economics'i uuring pealkirjaga „Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports";

— Frontier Economics'i uuring pealkirjaga „Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements";

— professor P. Rey uuring pealkirjaga „The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare";

— Frontier Economics'i uuring pealkirjaga „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique";

— professor P. Rey uuring pealkirjaga „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique";

— A. Baxteri ettekanne pealkirjaga „Glaxo Wellcome's R&D budgeting process".

257 Kui lugeda otsust ja muid eelmistes punktides viidatud dokumente koos, nähtub neist, et GSK argumendid — kuigi need jagunevad erinevate dokumentide vahel, nende esitusviis võib varieeruda ja nende sisu võib olla erineva tasemega, arvestades eriti neid argumente sisaldavas dokumendis kritiseeritud vastuväiteteatist — on oma olemuselt järgmised.

258 Esiteks, GSK esitatud dokumentide kohaselt tekitab GW poolt Hispaanias müüdavate ravimite paralleelkaubandus efektiivsuskadu, sest

— patenteeritud ja siseriiklikust ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite valdkonnale on iseloomulik, et innovatsioon on kaubamärkide vahelises konkurentsis otsustav parameeter;

— innovatsioon on tagatud teadus- ja arenduskulude tasemega, mis on samaaegselt oluline ja suurem kui enamikus teistes tööstusharudes; GSK puhul moodustavad need kulud umbes 14% käibest ehk umbes 1,3 miljardit Inglise naela (GBP);

— kuna investeering teadus- ja arendustegevusse on kallis, riskantne ja pikaajaline tegevus, rahastatakse seda põhiliselt pigem omavahendite kui laenudega; GSK puhul rahastatakse seda üksnes omavahenditest;

— teadus- ja arendustegevus sõltub esiteks jooksvatest tuludest ja teiseks eeldatavatest tuludest; GSK rahastamisvõime suurenes 230-kordselt 80ndatel ja 90ndatel väga edukate ravimite, eriti Zantaci tõttu, sest Zantaci osa tema ülemaailmsest tulust moodustas 40% kuni aastani 1994;

— paralleelkaubandus vähendab asjaomase farmaatsiaettevõtja tulusid (skemaatiliselt vastab igale sellisele ühikule, mida on päritoluriigis müüdud hinnaga 100, müümata ühik hinnaga 100 + n sihtriigis) ja takistab seega võimalust kasutada igal siseriiklikul turul toimuva kogumüügi puhul optimaalset hinda ehk hinda, mis on kindlaks määratud liikmesriigi enda eelistuste põhjal;

— see mõju koondub teatud toodetele ja teatud geograafilistele turgudele; GSK puhul puudutavad kaod põhiliselt teatud ravimeid, mida tarbitakse Ühendkuningriigis;

— see mõju on oluline, kui arvestada märkimisväärset erinevust ühenduse erinevates liikmesriikides kehtivate hindade vahel; nimelt oli Hispaania ja Ühendkuningriigi hindade vaheline erinevus 1998. aastal kaheksa põhiliselt puudutatud ravimi osas (punkt 11 eespool) minimaalselt 21% ja maksimaalselt 132%;

— GSK esitab selles osas konfidentsiaalsed arvkalkulatsioonid saamatajäänud tulu kohta, mille põhjuseks on kõikidest liikmesriikidest Ühendkuningriiki suunduv paralleelkaubandus ja mis on seotud kõikide tema ravimitega, ning samuti saamatajäänud tulu kohta, mille põhjuseks on Hispaaniast Ühendkuningriiki suunduv paralleelkaubandus ja mis on seotud kaheksa põhiliselt puudutatud ravimiga aastatel 1996, 1997 ja 1998;

— paralleelkaubandus vähendab ka summat, mida GSK-l on õigus teadus- ja arendusinvesteeringute alusel maha arvata kasumist, mida võetakse arvesse määramaks kindlaks, kas see ületab National Health Service'i kinnitatud investeeringute tootluse maksimaalmäära; GSK esitab 1998. aasta osas konfidentsiaalsed arvkalkulatsioonid vähendatud summa kohta, mille põhjustas kõikidest riikidest pärit paralleelkaubandus ja Hispaaniast pärit paralleelkaubandus;

— asjaolu, et farmaatsiaettevõtja jätkab muu hulgas ilmselgelt olulise kasumi saamist, ei võta neilt argumentidelt asjakohasust, sest tuleb arvestada teadus- ja arendusinvesteeringute raamatupidamismeetodit, nende ajalist jaotumist, keskmist kulu ja nendega seotud riskimäära;

— paralleelkaubandus vähendab ka teadus- ja arendustegevuse rahastamisvõimet; GSK esitab konfidentsiaalsed arvkalkulatsioonid, mis puudutavad teadus- ja arendustegevusse maksustamiseelsest kasumist reinvesteeritava protsendiosa suurust ning tema teadus- ja arendustegevuseelarve vähenemist, mis vastab kahjule, mille põhjustas Hispaaniast Ühendkuningriiki suunduv paralleelkaubandus ja mis on seotud põhiliselt kaheksa puudutatud ravimiga aastatel 1996–1998;

— tõsiasi, et see vähendamine on kvantitatiivselt piiratud, ei tähenda, et see argument oleks asjassepuutumatu, kuivõrd tegemist on üksnes Hispaaniast Ühendkuningriiki suunduva ja kaheksa põhiliselt puudutatud ravimi paralleelkaubanduse mõjuga aastatel 1996–1998 ning kuivõrd kvantitatiivselt väiksel vähendamisel võib igal juhul olla märkimisväärseid kvalitatiivseid mõjusid, kui nende tõttu jäetakse ära vähemrentaablid või riskantsemad projektid; GSK nimetab üheksa seetõttu ärajäänud projekti;

— teisalt on paralleelkaubandusel positiivseid mõjusid vähe, sest paralleelkaubandusega tegelejad konkureerivad hindades vähe ja jätavad endale märkimisväärse osa päritoluliikmesriigis kehtiva hinna ja sihtliikmesriigis kehtiva hinna vahelisest erinevusest, sest hinda langetav surve on väike ja lõpptarbija saab sellest lõpuks vaid vähe kasu.

259 Teiseks tekitab müügi üldtingimuste artikkel 4 GSK esitatud dokumentide kohaselt efektiivsuskasu, sest

— teadus- ja arenduskulud on ülemaailmsed ja selles mõttes ühised, et nendega on seotud tegevus, mida arendatakse ülemaailmselt ja mis ei ole suures osas konkreetselt seostatav ühe tootmiskoha või ühe tootega;

— enamikes liikmesriikides ei kontrolli farmaatsiaettevõtjad oma hindu; nad nõustuvad tarnima kauba siseriiklikule turule, kui ametiasutuste kindlaksmääratav hind annab neile võimaluse katta marginaalikulusid, kuid lisaks sellele peab õnnestuma kõikide ülemaailmsete ning ühiste teadus- ja arenduskulude katmine tervikuna seal, kus see võimalik on;

— müügi üldtingimuste artiklis 4 sätestatud erinevate hindade süsteem võimaldab teadus- ja arenduskulude katmist, tagades selle, et hinnad määratakse kindlaks igal siseriiklikul turul lõpptarbijate ehk lõpuks asjaomase liikmesriigi eelistustele vastaval tasemel; eelkõige võimaldab see takistada seda, et Hispaania Kuningriigi kindlaksmääratud hinda ei ekspordita Ühendkuningriiki;

— valdkonnas valitsev innovatsiooni tekitatav tugev konkurentsisurve tagab selle, et GSK tegutseb ratsionaalse ettevõtjana ja muudab need täiendavad kasumid vajalikus ulatuses teadus- ja arendusinvesteeringuteks.

260 Teiseks on komisjon leidnud otsuse põhjendustes 151, 154, 155 ja 169, et tõendatud ei ole see, et paralleelkaubandus oleks mõjutanud negatiivselt GSK teadus- ja arendustegevust, ning et igal juhul ei olnud tõendatud, et paralleelkaubandus oleks mõjutanud tema tegevust märgatavalt negatiivselt.

261 Seetõttu on komisjon otsuse põhjendustes 157–168 põhiliselt analüüsinud seda, kas oli tõendatud, et paralleelkaubandus tekitab efektiivsuskadu, ja ta vastas sellele eitavalt. Seega ei ole ta pidanud vajalikuks analüüsida üksikasjalikult, kas oli tõendatud, et müügi üldtingimuste artikkel 4 tekitab omalt poolt efektiivsuskasu, sest seda küsimust käsitleti otsuse põhjenduses 156 üksnes möödaminnes.

262 Arvestades GSK poolt esitatud faktilisi asjaolusid puudutavate argumentide ja tõendite asjassepuutuvust, ei saa komisjoni analüüsi, mis puudutab paralleelkaubandusega seotud efektiivsuskadu, selle efektiivsuskao ulatust ja müügi üldtingimuste artikliga 4 seotud efektiivsuskasu, pidada komisjoni poolt vastavates küsimustes tehtud järelduste põhjendamiseks piisavaks.

— GSK esitatud faktilisi asjaolusid puudutavate argumentide ja tõendite asjassepuutuvus

263 Tuleb rõhutada, et GSK argumendid ja nende toetuseks esitatud tõendid on oma sisult asjassepuutuvad, usutavad ja tõepärased (eespool punktis 83 viidatud

kohtuotsus Cimenteries CBR jt *vs.* komisjon, punkt 1838) ning et neid toetavad komisjonilt pärinevates dokumentides sisalduvad mitmed olulised aspektid.

264 Eespool punktis 135 viidatud teatises KOM(98) 588 (lõplik), mis käsitleb põhiliselt ühisturu tõhustamist farmaatsiasektoris, mida käesolev asi ei puuduta, käsitletakse seost, mis komisjoni arvates eksisteerib selles valdkonnas innovatsiooni, paralleelkaubanduse ja konkurentsi vahel. Selle teatise sõnastuse põhjal võib asuda seisukohale, et lisaks eespool punktis 135 viidatud seisukohale paralleelkaubanduse mitte üheselt mõistetava mõju kohta lõpptarbija heaolule kinnitab komisjon ka järgmist:

— farmaatsiatööstus põhineb teadusuuringutel (lk 3 ja 11) ja on ilmselge, et konkurents patentidega kaitstud ravimisektoris on innovatsiooni osas väga tugev (lk 16), mille tagajärjel tuuakse turule jätkuvalt uusi tooteid (lk 11); pärast toodete turuletoomist on seevastu suhteliselt väike dünaamiline hinnakonkurents (lk 16);

— farmaatsiatööstusel tuleb maksta teadus- ja arendusinvesteeringute eest (lk 14) ning selleks peab ta jõudma piisavale kulutasuvuse tasemele, et ta suudaks suunata teadus- ja arendustegevusele uute toodete arendamiseks vajalikke vahendeid (lk 17 ja 23);

— kuigi Euroopa farmaatsiatööstus on võimas tööstusvaldkond, sest võrreldes kümne eelneva aastaga kolmekordistusid aastal 1997 Euroopa investeeringud teadus- ja arendustegevusse, on tema konkurentsivõime selgelt nõrgenenud,

mis kinnitab, et olukord on muutumas; üks selle olukorra põhjus on see, et farmaatsiatööstuse ülemaailmne kulutasuvus ja rahalise kulutasuvuse määr tunduvad märkimisväärselt paremad Ameerika Ühendriikides kui Euroopa Liidus (lk 4 ja 5);

— teadus- ja arendustegevuse rahastamiseks üritab farmaatsiatööstus teenida kasumit ülemaailmsel tasandil (lk 3);

— liikmesriikide vahel esineb märkimisväärseid erinevusi nii üldiste makromajanduslike tingimuste (eriti sissetulek ja riigi rikkus inimese kohta) kui ka tervishoiusüsteemide osas; tervishoiukulude ja sissetulekute vahel näib olevat väljakujunenud positiivne seos, kuigi see suhe ei ole täiuslik (lk 5);

— liikmesriikide vahel on ka hindade osas märkimisväärseid erinevusi, mida võib põhjendada mitmete teguritega; üks neist erinevusi põhjustavatest teguritest näib olevat see, millises ulatuses liikmesriigid hinnakontrollile tuginevad, kuigi esineb ka selliseid tsüklilisi tegureid nagu inflatsioon ja valuutakõikumised (lk 6);

— eurole üleminek peaks selles osas aitama kaasa stabiilsema keskkonna loomisele majandus- ja rahaliidu riikides. See muudab Euroopa turul esinevad hinnaerinevused siiski ka palju nähtavamaks, mis võiks õhutada hulgimüüjaid ja apteeke sooritama piiriüleseid tehinguid (lk 9);

— õige hinnataseme kehtestamine kogu ühenduses osutuks äärmiselt keeruliseks: madal hinnatase oleks kasulik vahetute tervishoiukulutustega seotud eesmärkide puhul (vähemalt liikmesriikides, kus ravimihinnad on praegu kõrged), kuid samuti hakkaks selle tõttu järjekindlalt vähenema Euroopa osa ravimitega seotud teadus- ja arendustegevuse investeeringutes kogu maailmas, mis lõpeks sellega, et Euroopa majandus loobuks investeerimisest. Kõrged hinnad vähendaksid ravimite kättesaadavust tarbijate ja maksjate jaoks riikides, kus inimesed ei saa endale selliseid hindu majanduslike ja sotsiaalsete olude tõttu lubada (lk 14);

— farmaatsiaettevõtjad kasutavad erinevaid hindu erineva maksevõime arvestamiseks (lk 6).

265 Innovatsiooni rolli ning paralleelkaubanduse ja erinevate hindade mõju innovatsioonile ei tule tõlgendada nii, et GSK argumendid faktiliste asjaolude kohta on ilmtingimata põhjendatud või et need annavad täieliku ja lõpliku pildi komisjoni seisukohast selles keerulises küsimuses. Need toetavad siiski osa kõnealustest argumentidest ja nende põhjendamiseks esitatud tõendites sisalduvast majandusanalüüsist, kinnitades seega nende usaldatavust ja tõepärasust.

266 Komisjon rõhutas Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes, et eespool punktis 135 viidatud teatises KOM(98) 588 (lõplik) oli samuti märgitud, et vaatamata olulistele hinnaerinevustele liikmesriikide vahel oli vaja võtta ühisturu põhimõtetele vastav hoiak, mis muutis võimatuks selliste meetmete kasutamise õigustamise, millega säilitatakse või rõhutatakse ühisturu killustumist siseriiklike piiride järgi (lk 23). Lisaks selgitas ta, et otsus oli selle lähenemisviisiga kooskõlas. Selle argumendiga ei saa siiski nõustuda. Selles oletatakse, et tõenäoliselt ei saa mingil juhul kohaldada erandit kokkuleppele, mis näeb ette siseriiklikust

ravikindlustussüsteemist hüvitatavate patenteeritud ravimite müügi erinevate hindadega erinevatel geograafilistel turgudel kulusid kandva lõpptarbija eelistuste kohaselt. EÜ artiklis 81 ei ole nii ette nähtud.

267 Majandusteooria üldisemas kontekstis tuleb märkida, et komisjon on esitanud oma vastuse lisas „Executive Summary" ühest 8. veebruari 1999. aasta uuringust, mille NERA koostas komisjoni siseturu ja rahanduse peadirektoraadi tarbeks ja mille pealkiri on „The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks". See väljavõte, eriti selle leheküljel 5 esitatud seisukohad, toetavad teatud analüüsi, mis on esitatud GSK tõendites huvi kohta, mis farmaatsiaettevõtjal võib olla hindade diferentseerimiseks vastavalt turule, kus ravimeid müüakse, ja lõpptarbijate eelistustele.

268 Neis tingimustes ei saa komisjon — kes on ise EÜ artikli 81 lõike 1 alusel tehtud analüüsis pidanud müügi üldtingimuste artikliga 4 kehtestatud erinevate hindade süsteemi asjaomaste ravimite sihtkoha tõttu diskrimineerivaks (punkt 174 eespool) — väita, nagu ta on teinud Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes, et see küsimus ei ole EÜ artikli 81 lõike 3 alusel tehtava analüüsi raames asjakohane. Ta ei saa ka väita, et GSK ei ole sellele viidanud haldusmenetluses või käesoleva kohtumenetluses. GSK on vastupidi korduvalt viidanud, et ta kavatseb takistada seda, et ta peaks eksportima Ühendkuningriiki ravimeid Hispaanias kindlaksmääratud hindadega, ja eriti viitab ta argumendile, et ta tahab kasutusele võtta erinevad hinnad tagamaks, et tema ravimeid müüdaks Ühendkuningriigis hinnaga, mida see liikmesriik tal kohaldada võimaldab, mitte hinnaga, mille Hispaania Kuningriik talle määrab.

— Paralleelkaubandusega seotud efektiivsuskadu

269 Tuleb rõhutada, et järeldus, mille kohaselt ei ole tõendatud, et paralleelkaubandus tekitab efektiivsuskadu GSK innovatsioonivõimet muutes, põhineb otsuse põhjendustes 155–161 sisalduval analüüsil, mis ei arvesta kõiki faktilisi asjaolusid puudutavaid argumente ja tõendeid, mille GSK on asjakohaselt esitanud, vastupidi sellele, mida komisjon väidab menetlusdokumentides, ja seda järeldust ei toeta veenvad tõendid. Kuigi komisjon ei ole selgelt kohustatud analüüsima kõiki talle esitatud argumente, on ta seevastu kohustatud eespool punktides 236 ja 242 viidatud kohtupraktika kohaselt analüüsima piisavalt kõiki asjassepuutuvaid argumente ja vajadusel lükkama need tagasi oma järeldust toetavate asjaoludega.

270 Neist argumentidest tervikuna nähtub, et GSK-d puudutav konkurentsiprobleem ja tema otsitav lahendus olid GSK sõnul järgmised.

271 Ravimisektorile on esiteks iseloomulik innovatsioonikonkurentsi olulisus. Teadus- ja arendustegevus on kallis ja riskantne. Selle kulud koosnevad püsikuludest (mis ei ole seotud müüdavate ravimite arvuga), ühiskuludest (mis tekivad tootmise ja edasimüügi varasemas staadiumis ega ole osaliselt seotud mingi konkreetse ravimiga) ja ülemaailmsetest kuludest (mis ei ole seotud ühegi konkreetse riigiga). Neid kulusid rahastatakse sageli omavahenditest, mitte laenuga. See eeldab seega optimaalset tuluvoogu. Tulude optimeerimist saab tagada, kohandades ravimi hinda vastavalt tarbijate eelistustele, kui need eelistused erinevad. Erinevad hinnad võimaldavad seega teadus- ja arendustegevuse kulud tagasi saada sellistelt lõpptarbijatelt, kes on valmis neid maksma. Seda erinevate hindade praktikat, mis on esitatud siin lihtsustatud kujul, tuntakse majandusteadlaste seas nimega „Ramsey Pricing" (Ramsey hinnakujundus).

272 Teiseks on selle praktika rakendamisele ravimisektoris iseloomulikud teatud eritunnused. Kui ravimit kaitseb patent, võib patendi kehtivuse ajal hoida ravimite hinda tootja erilise huvi korral marginaalikuludest kõrgemal tasemel. Kuna need samad ravimid hüvitatakse siseriiklikust ravikindlustussüsteemist, tuleb nende hindu siiski otseselt (hinnakontroll) või kaudselt (kasumikontroll) hoida üldise huvi nimel tasemel, mis ei ole marginaalikulust liiga palju kõrgem. Selle ületamise suurus kajastab lõpptarbija eelistust ehk põhiliselt siseriiklikku ravikindlustussüsteemi. Kui süsteem on suhteliselt tundlik ravimi hinna suhtes, on hinnaületus üldiselt väike; kui süsteem ei ole hinna suhtes väga tundlik, on hinnaületus üldiselt märgatav. Praktikas sõltub tundlikkus erinevatest teguritest nagu elatustase või riiklike vahendite olukord. See osa teadus- ja arenduskuludest, mille ravimite tootjad saavad tagasi, varieerub seega liikmesriigiti nende tulude põhjal, mida kehtivad hinnad võimaldavad. Käesolevas asjas suutis GSK kohaldatavaid õigusnorme arvestades saada Ühendkuningriigis teadus- ja arenduskuludest tagasi ülemaailmsete kulude ja ühiskulude osa.

273 Kolmandaks vähendab paralleelkaubandus tegelikult neid tulusid, kuigi vähenemise ulatus ei ole kindlalt teada. Sellele praktikale, mida ökonomistid nimetavad „free riding" (teise osapoole ärakasutamine), on iseloomulik see, et vahendaja jätab traditsioonilise rolli väärtusahelas ja hakkab spekuleerima, saades nii suurema osa kasumist. Konkurentsiõiguse seisukohalt ei paku iseenesest huvi see, kas rikkuse üleminek tootjalt vahendajale on seaduslik, sest konkurentsiõiguses tegeletakse üksnes selle mõjudega lõpptarbija heaolule. Kuivõrd vahendaja osaleb kaubamärgisiseses konkurentsis, võib paralleelkaubandusel olla konkurentsi toetav mõju. Ravimisektoris on sellel tegevusel siiski erijooned, sest sellega ei kaasne märkimisväärset lisaväärtust lõpptarbijatele.

274 Neljandaks üritatakse müügi üldtingimuste artikliga 4 optimeerida tulusid ja neutraliseerida paralleelkaubanduse mõju. See piirab GW hulgimüüjatele varem antud võimalust müüa väljaspool Hispaaniat ravimeid, mis on ostetud kindlaksmääratud hinnaga Hispaania ravikindlustussüsteemist hüvitamiseks. See lubab seega

teistes liikmesriikides kindlaksmääratud hinnaga ravimite müüki, et hüvitada neid vastavast siseriiklikust ravikindlustussüsteemist. Tootja kasumi säilitamine tekitab tõenäoliselt efektiivsuskasu võrreldes olukorraga, milles kasum jagatakse vahendajaga, sest ratsionaalsel tootjal, kes suudab tagada oma innovatsiooni kasumlikkuse ja tegutseb valdkonnas, millele on iseloomulik tugev innovatsioonikonkurents, on täielik huvi reinvesteerida vähemalt osa kasumi ülejäägist innovatsiooni.

275 Juba otsuse põhjenduste 155–161 ülesehitusest nähtub, et pärast seda, kui komisjon oli tunnustanud innovatsioonikonkurentsi tähtsust kõnealuses valdkonnas, jättis ta täpsemalt analüüsimata faktilisi asjaolusid puudutavad argumendid ja tõendid, mis GSK oli esitanud teadus- ja arendusinvesteeringute laadi, rahastamise tunnusjoonte ning rahastamisvõime, teadus- ja arendustegevusele avalduvate paralleelkaubanduse mõjude ning kohaldatavate õigusnormide kohta, vaid piirdus — nagu nähtub otsuse põhjendusest 155 — märkustega, mis on katkendlikud ja vähe asjassepuutuvad või väheveenvad, nagu GSK õigesti märgib.

276 Selline tegematajätmine on eriti tõsine siis, kui komisjonil palutakse kindlaks teha, kas EÜ artikli 81 lõike 3 kohaldamise tingimused on täidetud farmaatsiasektorile iseloomulikus õiguslikus ja majanduslikus kontekstis, kus siseriiklikud sätted kahjustavad konkurentsi. Selle asjaolu tõttu tuleb komisjonil analüüsida eriti tähelepanelikult argumente ja tõendeid, mida esitab EÜ artikli 81 lõikele 3 viitav isik.

277 Näiteks otsuse põhjenduse 157 esimene lause, mis käsitleb teadus- ja arendustegevust puudutavatest otsustest tulenevaid tegureid, põhineb ühel toimikus sisalduval majandusuuringul, kuid annab sellest vaid osalise pildi, mis on väheveenev. Selles uuringus märgitakse tõesti, et paralleelkaubandus ei ole teadus- ja arendustegevust

puudutavate otsuste aluseks olev põhiline tegur. Selles lisatakse siiski kohe, et neid otsuseid tehakse muu hulgas jooksva tulu üldise taseme või parajasti arendatavate toodete oodatava kulutasuvuse põhjal, nagu tõdetakse kõnealuse põhjenduse teises lauses. Tegemist on teguritega, mille kohta GSK väidab, et need mõjutavad paralleelkaubandust negatiivselt, millega komisjon sama põhjenduse kolmandas lauses nõustub. Seega ei oleks komisjon tohtinud jätta põhjalikku analüüsi tegemata, arvestades esitatud tõendeid.

278 Otsuse põhjenduse 157 lõpuosa, mis üksnes viitab võimalustele, mille abil GSK saaks reageerida efektiivsuskaole, mille võib põhjustada paralleelkaubandus, ja mille hulka kuuluvad teiste eelarvekirjete vähendamine või osa kasutamine enda märkimisväärsest kasumist, ei anna vastust argumentidele, mille kohaselt GSK-l on täielik huvi investeerida teadus- ja arendustegevusse kaubamärkidevahelise innovatsioonikonkurentsi tugevuse tõttu ja mille kohaselt tal on paralleelkaubanduse tõttu võimatu sellest investeeringust tagasi saada kogu kasu, et teadus- ja arendustegevusse reinvesteerida. Selles jäetakse tähelepanuta ka GSK argumendid, mille kohaselt tema kasumi tähtsust vähendab raamatupidamismeetod.

279 Seega ei oleks tohtinud paralleelkaubanduse ning teadus- ja arendustegevuse korrelatsiooni ulatust puudutavat küsimust käsitleda ilma põhjalikkuseta ega piirduda lühisõnalise järeldusega, et ei ole tõendatud, et paralleelkaubanduse (või selle piiramise) ning teadus- ja arendustegevuse vahel on põhjuslik seos, nagu leitakse otsuse põhjendustes 151, 154, 155 ja 159.

280 Kuna komisjon on oma menetlusdokumentides kasutanud ära otsuse põhjenduse 169 sõnastuse mitmetähenduslikkust selgitamaks, et GSK ei tõendanud mitte põhjuslikku seost müügi üldtingimuste artikli 4 ja sellest oodatava efektiivsuskasu vahel, vaid nende kahe teguri otsest seost, tuleb rõhutada, et selle argumendiga, millele viidati veel kohtuistungilgi, ei saa nõustuda. Selline eristus ei sisaldu otsuse põhjendustes 155–161, millele viidatakse põhjenduses 169, kuna neis järeldatakse

selgelt, et müügi üldtingimuste ja tehnilise progressi edendamisele kaasaaitamise vahel puudus seos. Seda eristust ei sätesta ka EÜ artikli 81 lõige 3, mis lubab erandi kohaldamist kokkulepetele, mis tekitavad efektiivsuskasu, ega erista, kas see mõju on otsene või kaudne, ning eristust ei või põhimõtteliselt toimuda siis, kui asutamisleping eristust ei tee (eespool punktis 110 viidatud kohtuotsus Consten ja Grundig *vs.* komisjon, lk 493). Eespool punktides 247 ja 248 viidatud kohtupraktika kohaselt tuleb kogu efektiivsuskasu vormis saadud kasu arvesse võtta tingimusel, et see on objektiivne ja tuntav ning et selle olemasolu on veenvalt tõendatud.

— Paralleelkaubandusega seotud efektiivsuskao ulatus

281 Tuleb rõhutada, et teise võimalusena esitatud järeldust, mille kohaselt ei ole igal juhul tõendatud, et paralleelkaubandus tekitab tuntavat efektiivsuskadu GSK innovatsioonivõimet muutes, ei ole veenvalt põhjendatud ja et selle järelduse aluseks olev analüüs, mis sisaldub otsuse põhjendustes 159 ja 162–168, ei võta arvesse kõiki selle kohta asjassepuutuvalt esitatud asjaolusid. Sellest analüüsist nähtub sisuliselt, et GSK väidetav efektiivsuskadu on piiratud esiteks ajaliselt, sest see on vähem põhjendatav hinnaerinevustega, mis on seotud ühenduse liikmesriikides kehtivate erinevate sätetega, nagu märgitakse otsuse põhjendustes 162 ja 163, kui aastatel 1996–1998 toimunud valuutakõikumistega, nagu märgitakse otsuse põhjendustes 164–166. Lisaks nähtub sellest, et efektiivsuskadu on materiaalsest seisukohast piiratud, nagu märgitakse otsuse põhjendustes 167–169.

282 Sõltumata sellest, et Hispaania hinnad ei ole ühenduse keskmisest märgatavalt madalamad — millele viidatakse otsuse põhjendustes 162 ja 163 ning mille asjakohasus on piiratud, sest siseriiklikud hinnad on struktuuriliselt erinevatel tasemetel liikmesriikides selles valdkonnas kehtivate õigusnormide erinevuste tõttu ja seega ei näi majanduslikust seisukohast ilmselgelt rahuldav järelduste tegemine

ühenduse hüpoteetilise keskmise põhjal —, tuleb asuda seisukohale, et komisjon on ilma tõsiseltvõetava analüüsita lõpuks otsuse põhjendustes 164 ja 165 järeldanud, et Hispaania ja Ühendkuningriigi vaheline paralleelkaubandus oli aastatel 1996–1998 juhuslik ja piiratud.

283 Nagu GSK menetlusdokumentidest nähtub, ei eita GSK, et valuuta vahetuskursi muutused, eriti Inglise naela (GBP) suhtes toimunud spekulatiivsed kõikumised majandus- ja rahaliidu lõppstaadiumi lähenemisel edendasid tsükliliselt GW poolt Hispaanias müüdavate ravimite paralleelkaubandust aastatel 1996–1998. GSK väidab siiski, et nii märgatav kui see tsükliline mõju võis olla, on see vaid raskendav tegur, sest paralleelkaubandus on sõltumata valuutakursi muutustest seotud sellega, et erinevate siseriiklike sätete kooseksisteerimine väljendub ühenduse liikmesriikides struktuuriliselt erinevates hindades.

284 See argument on asjassepuutuv ja tõendeid, millel see põhineb, toetavad nii tsitaat eespool punktis 264 sisalduvast teatisest KOM(98) 588 (lõplik) kui ka otsus ise. Otsuse põhjendustes 31, 32 ja 53 tõdetakse, et valuutakõikumised, mis juba oma laadilt mõjutavad paralleelkaubandust tsükliliselt, on vaid üks oluline keeruline tegur nähtuses, mis avaldub struktuurilises mõttes selles, et ühenduse erinevates liikmesriikides on samal ravimil erinevad hinnad.

285 See olukord iseenesest ei takistanud komisjonil järeldada, et Hispaania Kuningriigi ja Ühendkuningriigi vahel aastatel 1996–1998 tekkinud paralleelkaubandus oli erijuhtum, mida põhjustas põhiliselt Inglise naela (GBP) kallinemine Hispaania peseeta (ESP) suhtes.

286 Komisjoni viidatud arvandmed on siiski liiga mitmetimõistetavad, et need saaksid veenvalt olla selle järelduse aluseks. Otsuse kohaselt tõusis Inglise naela hind Hispaania peseeta suhtes ajavahemikus 1996. aasta oktoobrist kuni 1998. aprillini 30%. Hispaaniast tuleneva paralleelkaubanduse impordi osa jäi Ühendkuningriiki suunatud paralleelkaubanduse kogumahus selles ajavahemikus mahu poolest stabiilseks (umbes 40%), samas kui paralleelkaubanduse import väärtuselt suurenes (umbes 20 miljonilt Inglise naelalt aastal 1996 umbes 42 miljoni Inglise naelani aastal 1998). Nagu komisjon selgitas lõpuks Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes, tulenes see sellest, et Inglise naela kallinemine kutsus esile paralleelkaubanduse impordi tõusu teistest liikmesriikidest. See kinnitab siiski ka seda, et nii enne Inglise naela kallinemist kui ka selle järgselt tuleb suur osa (umbes 40%) Ühendkuningriiki suunduvast paralleelkaubandusest Hispaaniast; ülejäänud osa jaguneb teiste liikmesriikide vahel. Seega ei ole see piisav vastus GSK argumendile, mille kohaselt Inglise naela kallinemine ei muuda Hispaaniast tuleneva paralleelkaubanduse tekitatud probleemi struktuurilist algupära, kuigi see on kahtlemata seda halvendanud.

287 Argument, mille komisjon esitas Esimese Astme Kohtu kirjalikele küsimustele antud vastustes ja mille kohaselt Hispaaniast pärinevat paralleelkaubanduse kasvu ajavahemikus 1996–1998 põhjendab Hispaania Kuningriigi ühinemislepingu artiklites 47 ja 209 sätestatud üleminekuaja — mille jooksul patendi omanik sai kasutada sellel patendil põhinevaid õigusi tõkestamaks tema enda müüdavate või tema nõusolekul Hispaanias müüdavate ravimite importi — lõppemine 6. oktoobril 1995, ei muuda seda järeldust, sest see ei puuduta ilmselgelt teavitamispäevale järgset ajavahemikku, millega GSK argumendid on seotud.

288 Nagu nähtub otsuse põhjendustest 15, 18 ja 55, märkis GSK haldusmenetluses, et kuigi müügi üldtingimusi kohaldati 82 ravimile, puudutas paralleelkaubandus põhiliselt kaheksat neist. Nagu nähtub ka otsuse põhjendustest 22 ja 35, selgitas GSK veel seda, et kuigi neid müügi üldtingimusi kohaldati sõltumata asjaomaste ravimite lõplikust sihtkohast, puudutasid need põhiliselt Hispaania ja Ühendkuningriigi vahelist paralleelkaubandust. Ta esitas komisjonile põhiliselt (kui mitte üksnes) arvandmeid, mis puudutavad esiteks Hispaania ja Ühendkuningriigi vahelisi hinnaerinevusi, teiseks Becloforte, Beconase, Becotide, Flixotide, Imigrani, Lamictali, Sereventi ja Ventolíni paralleelkaubandust Hispaania ja Ühendkuningriigi vahel

ajavahemikus 1996–1998 ja kolmandaks mõju, mis paralleelkaubandusel oli tema tuludele ning teadus- ja arenduseelarvele. Neid arvandmeid mainitakse otsuse põhjendustes 55, 59–67, 70, 83, 92, 98 ja 99.

289 Nagu otsuse põhjendustest 70 ja 71 veel nähtub, täpsustas GSK, et paralleelkaubandus toimus väljaspool ametlikult kontrollitud turustuskanaleid, ja lisas, et komisjonile esitatud arvandmed olid kalkulatsioonid, mis ei pruugi olla usutavad, kuid mida ta ei suutnud täpsustada. Repliigis uuesti esitatud faktilisi asjaolusid puudutavaid argumente ei ole vaidlustatud.

290 GSK väidab õigesti, et lisaks sellele, et need arvandmed ei ole ilmselgelt valed, tuli neid pidada näidiseks, mis tõendas, et efektiivsuskadu ei olnud juhuslik ja piiratud, vaid üldisem ja määratud jätkuma.

291 Esimese aspekti osas tuleb meelde tuletada, et kuigi komisjon analüüsis, kas müügi üldtingimuste artikkel 4 võis olla kahjulik, keskendudes kaheksale ravimile, mida Hispaania ja Ühendkuningriigi vaheline paralleelkaubandus põhiliselt puudutas, nagu ta on märkinud otsuse põhjendustes 18, 56, 57 ja 69, võttis ta arvesse ka teiste ravimite paralleelkaubandusega seotud võrgustiku mõju Hispaania ja teiste liikmesriikide vahel, nagu nähtub otsuse põhjendustest 72–75, 117, 126, 140 ja 144. Just selle võrgustiku mõju muutis märkimisväärseks ühe konkurentsipiirangu, mis oleks otsuse põhjenduse 133 kohaselt olnud üksnes Ühendkuningriigi tasemel marginaalne. Komisjon ei selgita üldse, miks ta pidi järgima teistsugust lähenemisviisi, analüüsides küsimust, kas müügi üldtingimuste artiklist 4 võis olla kasu, ja miks ta pidi tuginema üksnes GSK esitatud arvandmetele, arvestades seda, kui raske

on aru saada paralleelkaubanduse tegelikust olukorrast, ja asjaolu, et komisjon nõustus pidama GSK esitatud arvandmeid näiteks.

292 Teise aspekti osas tuleb tõdeda, et paralleelkaubandus on nähtus, mis võib olla komisjoni hinnatud lühikesest ajavahemikust pikem mitte üksnes seda võimaldava hinnaerinevuse kestuse tõttu, vaid ka valuutakõikumiste tsüklilisuse tõttu, kui need kõikumised jätkuvad. Komisjon nõustub sellega eespool punktis 135 viidatud teatises KOM(98) 588 (lõplik). Ta nõustub oma vastuses ka sellega, et valuutakõikumised jäävad tegelikkuseks liikmesriikides, kes ei läinud üle majandus- ja rahaliidu kolmandasse etappi aastal 1999; nende hulka kuulub ka Ühendkuningriik.

293 Selles kontekstis näitab GSK esitatud arvandmete näide teatud suundumust. Otsuse põhjenduses 168 sisalduv komisjoni küsimus, mis puudutas seda, et GSK poolt tema enda 1998. aasta brutotulukaotuse kohta esitatud arvandmed võisid olla ülehinnatud, ei muuda seda järeldust küsitavaks. Selles osas on 14. detsembril 1998 ja 14. veebruaril 2000 esitatud arvud suuremad kahe eelmise aasta näitajast, nagu nähtub otsuse põhjendusest 67. Lisaks oli GSK selgitus — mille kohaselt selles kontekstis varem ehk 28. juulil 1998 esitatud arvud olid tulevikuprognoos, kuid detsembris 1998 ja veebruaris 2000 esitatud arvandmed olid tegelikud, sest müügi üldtingimusi oli kohaldatud 1998. aasta kevadest sügiseni, nagu nähtub otsuse põhjendustest 19, 23, 26, 64, 67 ja 168 — piisavalt usutav selleks, et seda põhjalikult analüüsida.

— Müügi üldtingimuste artikliga 4 seotud efektiivsuskasu

294 Tuleb rõhutada — nagu GSK õigesti väidab —, et komisjon ei ole põhjalikult analüüsinud faktilisi asjaolusid puudutavaid argumente ja tõendeid, mis ei olnud enam seotud paralleelkaubanduse kahju, vaid müügi üldtingimuste artikli 4 kasuga

295 Arvestades esiteks GSK argumentide struktuuri ja teiseks haldusmenetluse ajal sel teemal toimunud arutelu, ei saanud jätta otsuses analüüsimata kõigepealt seda, kas paralleelkaubandus tekitas efektiivsuskadu farmaatsiatööstusele üldiselt ja eriti GSK-le. Üksnes juhul, kui seda ei oleks üldse vaidlustatud, oleks komisjon võinud seaduslikult jätta selle asjaolu analüüsimata (vt analoogia alusel eespool punktis 248 viidatud kohtuotsus Compagnie générale maritime jt *vs.* komisjon, punkt 345).

296 Kui võrrelda GSK esitatud tõendeid ja muid tõendeid, millele komisjon otsuses viitab, nähtub võrdlusest selgelt, et ravimisektoris on paralleelkaubanduse mõju konkurentsile ebaselge, sest efektiivsuskasu, mis tekitab kaubamärgisisest konkurentsi, mille rolli piirab kohaldatav õigus, tuleb võrrelda efektiivsuskaoga, mis tekitab kaubamärkidevahelist konkurentsi, millel on keskne roll.

297 Seega ei oleks komisjon saanud teiseks hoiduda analüüsimast seda, kas müügi üldtingimuste artikkel 4 võimaldas taastada GSK innovatsioonivõime ja tekitada selle abil kaubamärkidevahelisele konkurentsile efektiivsuskasu.

298 Sellele oleks pidanud keskenduma ka prognoos, mille komisjon oleks pidanud teostama GSK eranditaotlusele vastates. Eespool punktis 247 viidatud kohtupraktika kohaselt tuleb välja selgitada, kas kokkulepe, mis on keelatud sellest konkurentsile tekkiva kahju tõttu (EÜ artikli 81 lõige 1), toob kasu, mis võib selle kahju kompenseerida (EÜ artikli 81 lõige 3).

299 Komisjonil tuli seega veel analüüsida GSK argumente, mis on seotud müügi üldtingimuste artiklist 4 oodatava kasuga. Otsuse põhjendus 156, mis on ainus põhjendus, mis võib kinnitada sellekohast analüüsi, märgib selles osas põhiliselt järgmist:

„Farmaatsiaettevõtjad võivad täiesti vabalt otsustada, kui palju nad tahavad investeerida teadus- ja arendustegevusse. Seega säästuga, mida paralleelkaubanduse takistamisega võidakse — teoreetiliselt — saavutada, ei kaasne ilmtingimata suuremad teadus- ja arendusinvesteeringud. On võimalik, et sääst lihtsalt suurendab äriühingute kasumit. On selge, et täiendava kasumi saamine üksi erandit ei õigusta. Selles osas tähendab [GSK] argument, et [EÜ artikli 81 lõike 3] esimene tingimus oleks täidetud mis tahes kokkuleppe puhul, kui seda pidada teadus- ja arendustegevusega tegeleva äriühingu tulude suurendamisele kaasaaitavaks kokkuleppeks. See tingimus muutuks seega mõttetuks."

300 GSK ei ole väitnud, et täiendava kasumi tekkimine üksi peaks erandit õigustama. Ta on vastupidi väitnud, et paralleelkaubandus takistas tal saamast kasumit, mis oli hädavajalik tema teadus- ja arendustegevuse optimaalseks rahastamiseks; et müügi üldtingimuste artikkel 4 võimaldas tal suurendada tulusid ja et tal oleks täielik huvi — kui arvestada kaubamärkidevahelise konkurentsi tugevust, innovatsiooni keskset seisundit selles konkurentsis ning teadus- ja arendustegevuse rahastamisviise — investeerida osa sellest ülejäägist teadus- ja arendustegevusse, et edestada konkurente või vältida seda, et tema konkurendid teda edestaksid. Ta on teisisõnu viidanud sellele, et tema müügi üldtingimustele tuli teha erand, sest nende vahetu mõju ei olnud üksnes tema tulu suurendamine, vaid nende teisene mõju oli eelkõige tema innovatsioonivõime suurendamine. Lisaks on ta väitnud, et seda kasu tuli võrrelda sellega, et kui kõnealuse ülejäägi saaksid paralleelkaubandusega tegelevad ettevõtjad, ei kujutaks see endast kasu, sest paralleelkaubandusega tegelevatel ettevõtjatel ei oleks vaja omavahel tõeliselt konkureerida, mistõttu nad alandaksid hindu vaid määral, mis on vajalik jaemüüjate ahvatlemiseks, ja jätaksid seega suurema osa sellest ülejäägist endale, nagu ta on ka kohtuistungil väitnud.

301 Komisjon ei oleks tohtinud piirduda nende argumentide tagasilükkamisega kohe alguses põhjusel, et GSK kirjeldatud kasu ei pruukinud tekkida, nagu ta seda tegi otsuse põhjenduses 156, vaid ta oleks pidanud vastavalt kohtupraktikale tuleviku-prognoosi raames analüüsima nii konkreetselt kui võimalik, kas käesoleva asjaga seotud olukorras ja talle esitatud tõendite põhjal on tõenäolisem, et GSK kirjeldatud kasu tekib või et seda ei teki (eespool punktis 248 viidatud kohtuotsus Compagnie générale maritime jt *vs.* komisjon, punkt 365). Ta ei oleks tohtinud järeldada lõplikult ja argumenteerimata, et GSK esitatud faktilisi asjaolusid puudutavaid argumente ja tõendeid tuli pidada hüpoteetiliseks, nagu ta väitis veel kohtuistungil.

302 Lisaks nõustus komisjon korduvalt selle kohta kohtuistungil esitatud küsimustele vastamisel, et järeldus tuli teha tõenäosuse põhjal, kuid ta lisas, et selles osas pidi olema range, ja viitas põhiliselt sellele, et käesolevas asjas esitatud tõendite ja eriti GSK koostatud arvandmete põhjal tundus tõenäolisem, et kasu, millele viidati, ei teki. Otsuses tehtud järeldus ei ole siiski selline.

303 Eespool esitatust nähtub, et otsuses sisalduv analüüs on puudulik, sest komisjon ei ole võtnud nõuetekohaselt arvesse kõiki GSK poolt asjakohaselt esitatud faktilisi asjaolusid puudutavaid argumente ja tõendeid; samuti ei ole ta ümber lükanud teatud argumente, kuigi need olid piisavalt asjakohased ja oleksid eeldanud vastust, ega ole õiguslikult piisavalt põhjendanud järeldust, mille kohaselt ei olnud tõendatud, et paralleelkaubandus tekitab efektiivsuskadu, muutes tuntavalt GSK innovatsioonivõimet, ja et müügi üldtingimuste artikkel 4 võimaldas innovatsioonivõimet parandades saada efektiivsuskasu.

Kaalumine

304 Kuna komisjon järeldas GSK esitatud faktilisi asjaolusid puudutavatest argumentidest ja tõenditest seda, et need ei tõenda tuntavat objektiivset kasu, ei viinud ta läbi

keerulise hinnangu andmist (vt eespool punkt 241), mis oleks tähendanud esiteks selle kasu ja teiseks EÜ artikli 81 lõiget 1 kohaldava otsuse osa raames kindlakstehtud konkurentsile avalduva kahju kaalumist, nagu ta kohtuistungil korduvalt rõhutas.

305 Ta on siiski leidnud otsuse põhjenduses 151, et GSK ei ole tõendanud, et müügi üldtingimuste artikkel 4 tekitas kasu, ja otsuse põhjenduses 152, et neis tingimustes ei ole kaalumine sugugi vajalik, lisades veel, et isegi kui ta peaks sellise kaalumise läbi viima, oleks sellest artiklist põhjustatud kahju igal juhul suurem kui kasu.

306 Nagu eespool esitatud põhjendustest nähtub, on komisjoni järeldus, mille kohaselt ei esitatud tõendeid tuntava majandusliku kasu olemasolu kohta, analüüsi osas puudulik (punkt 303 eespool). Tema järeldus, mille kohaselt müügi üldtingimuste artikkel 4 piirab konkurentsi, on põhjendatud üksnes osas, kus leitakse, et selle artikliga võetakse siseriiklikust ravikindlustussüsteemist hüvitatavate ravimite lõpptarbijatelt kasu, mida nad oleksid saanud hinna ja kulude osas, kui Hispaania hulgimüüjad oleksid osalenud kaubamärgisiseses konkurentsis Hispaaniast pärineva paralleelkaubanduse sihtturgudel (punktid 147, 190 ja 194 eespool).

307 Seetõttu ei saa nõustuda komisjoni järeldusega, mille kohaselt kaalumine ei ole vajalik, sest sellest nähtuks igal juhul, et artikliga 4 seotud kasu ei kompenseeri sellest konkurentsile tekkivat kahju. Komisjon oleks kõigepealt pidanud piisavalt analüüsima GSK esitatud faktilisi asjaolusid puudutavaid argumente ja tõendeid, et anda pärast seda keeruline hinnang, mida müügi üldtingimuste artiklist 4 tuleneva kahju ja kasu kaalumine eeldab.

Järeldus

308 Eespool esitatust tulenevalt ei saanud komisjon õiguspäraselt järeldada, et GSK ei ole tehnilise progressi edendamise aitamise osas tõendanud, et EÜ artikli 81 lõike 3 esimene kohaldamistingimus on täidetud. Seega ei ole vaja analüüsida GSK argumente, mis on seotud ravimite levitamise paranemisele kaasaaitamisega.

c) Tõendid, mis puudutavad tarbijatele tekkivaid mõjusid, müügi üldtingimuste artikli 4 hädavajalikkust ja seda, et konkurentsi ei ole kõrvaldatud

309 Nagu eespool märgitud (eespool punktid 237–239), nähtub otsusest ja kohtuvaidlusest, et kokkuvõtvad järeldused, mis komisjon tegi tarbijatele tekkivate mõjude, müügi üldtingimuste artikli 4 hädavajalikkuse ja selle kohta, et konkurentsi ei ole kõrvaldatud, põhinevad efektiivsuskasu olemasolu puudutaval järeldusel.

310 Kuna viimatinimetatud järeldus on ebaseaduslik osas, mis puudutab tehnilise progressi edendamise aitamist, on ka need järeldused kehtetud.

311 Kuna komisjon lisas otsuse põhjenduses 188 oma analüüsi kohta, mis keskendus sellele, kas müügi üldtingimuste artikkel 4 kõrvaldab või ei kõrvalda konkurentsi toodete olulise osa suhtes, et GSK-l on igal juhul seoses nende toodetega, mida tema

müügi üldtingimused põhiliselt puudutasid (nt Zofran, Flixonase, Zovirax ja Imigran), märkimisväärsed turuosad ühes või mitmes liikmesriigis, tuleb seda hinnangut veel kontrollida.

312 Tuleb märkida, et komisjon tunnistas kohtuistungil, et ta ei ole tõeliselt käsitlenud GSK turuvõimsust, ja lisas, et ta oleks pidanud analüüsi jätkama, et selle suhtes seisukoht võtta.

313 Kui arvestada analüüsitavale valdkonnale omast õiguslikku ja majanduslikku konteksti, oluliste turuosade omamist, mis puudutab vaid mõnda kõnealustest toodetest, mille osas komisjon piirdus nelja näite esitamisega, ei saa ilmselgelt ainuüksi sellest veenvalt järeldada, et konkurents on kõnealuste toodete olulise osa suhtes kõrvaldatud.

314 Sõltumata asjaomase kaubaturu määratlusest, mida pooled on arutanud, on GSK poolt haldusmenetluses ja seejärel menetlusdokumentides viidatud mitmed asjaolud sellised, mis ei luba niisuguse automaatse järelduse tegemist.

315 Eelkõige ei olnud GSK argument, millele viidatakse otsuse põhjenduses 188, mis osutab otsuse põhjendusele 104, nii asjakohatu, et komisjon oleks saanud hoiduda konkreetse hinnangu andmisest EÜ artikli 81 lõike 3 neljanda kohaldamistingimuse alusel. Seda, et müügi üldtingimuste artikkel 4 takistab seda vähest survet, mis võib esineda Hispaaniast pärineva paralleelkaubanduse tõttu ravimite hinna ja kulude osas geograafilistel sihtturgudel, tuleb seostada faktiliste asjaoludega — millele GSK on viidanud ja mida komisjon ei ole vaidlustanud —, et innovatsioonikonkurents on selles valdkonnas eriti tugev ja et hinnakonkurents esineb teises vormis, isegi kui õigusnormide kohaselt on hinnakonkurents võimalik alles pärast seda, kui patendi

kehtivuse lõppemine võimaldab geneeriliste ravimite tootjate turuletulekut. Selles olukorras peaks veel eespool punktis 109 viidatud kohtupraktika kohaselt hindama, millist konkurentsivormi tuleks eelistada, et tagada EÜ artikli 3 lõike 1 punktiga g ja EÜ artikliga 81 taotletud tõhusa konkurentsi säilimine.

4. Järeldus

316 Eespool esitatu põhjal tuleb nõustuda väitega, mis puudutab EÜ artikli 81 lõike 3 rikkumist, ja järelikult tuleb rahuldada GSK nõuded otsuse artikli 2 tühistamise osas, ilma et oleks vaja analüüsida proportsionaalsuse põhimõtte rikkumist käsitlevat väidet.

317 Seega tuleb otsus tühistada osas, kus selle artiklis 2 lükatakse tagasi GSK esitatud eranditaotlus.

318 Kuna ei saa välistada võimalust, et EÜ artikli 81 lõiget 1 ei saa kohaldada GSK müügi üldtingimuste artikli 4 suhtes vastavalt EÜ artikli 81 lõikele 3, tuleb otsus järelikult tühistada vastavalt ka osas, milles GSK-d kohustatakse otsuse artiklis 3 rikkumist viivitamatult lõpetama, kui ta ei ole seda juba teinud, ja otsuse artiklis 4 teavitama komisjoni selleks võetud meetmetest.

319 Vastavalt EÜ artikli 233 esimesele lõigule on komisjon kohustatud võtma meetmeid, mis võimaldavad käesoleva kohtuotsuse täitmist.

320 Kuigi määruses nr 17 sätestatud teatamise kord ei ole enam kehtiv vastavalt nõukogu 16. detsembri 2002. aasta määrusele (EÜ) nr 1/2003 asutamislepingu artiklites 81 ja 82 sätestatud konkurentsieeskirjade rakendamise kohta (EÜT 2003, L 1, lk 1; ELT eriväljaanne 08/02, lk 205), tuleb komisjonil otsuse osalist tühistamist ja sellega seotud tagasiulatuvat jõudu arvestades teha GSK eranditaotluse kohta uus otsus nii, et komisjon kontrollib eranditaotlust selle esitamise kuupäeva seisuga (vt selle kohta Esimese Astme Kohtu 2. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas T-328/03: O2 (Germany) *vs.* komisjon, EKL 2006, lk II-1231, punktid 47 ja 48) osas, kus asi on komisjonis pooleli.

Kohtukulud

321 Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 87 lõike 2 esimese lõigu alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud.

322 Kodukorra artikli 87 lõike 3 esimese lõigu alusel võib Esimese Astme Kohus määrata kulude jaotuse või jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda, kui osa nõudeid rahuldatakse ühe poole, osa teise poole kasuks.

323 Käesolevas asjas on GSK nõuded jäetud rahuldamata osas, milles palutakse otsuse artikli 1 tühistamist. Komisjoni puhul, keda toetavad menetlusse astujad, on nõue jäetud rahuldamata osas, milles palutakse hagi tervikuna rahuldamata jätmist.

324 Seda arvestades tuleb määrata kohtukulude jaotus. GSK kannab poole oma kohtukuludest ja poole komisjoni kohtukuludest, sh menetlusse astumisega seotud kohtukulud. Komisjon kannab poole oma kohtukuludest ja poole GSK kohtukuludest, sh menetlusse astumisega seotud kulud. Menetlusse astujad kannavad ise oma kohtukulud.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (neljas koda laiendatud koosseisus)

otsustab:

1. **Tühistada komisjoni 8. mai 2001. aasta otsuse 2001/791/EÜ EÜ asutamislepingu artikli 81 kohaldamise menetluse kohta (juhtumid IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (teatamine), IV/36.997/F3 — Aseprofar ja Fedifar (kaebus), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (kaebus), IV/37.138/F3 — BAI (kaebus) ja IV/37.380/F3 — EAEPC (kaebus)) artiklid 2, 3 ja 4.**

2. **Jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata.**

3. **GlaxoSmithKline Services Unlimited kannab poole oma kohtukuludest ja poole komisjoni kohtukuludest, sh menetlusse astumistega seotud kulud.**

4. **Komisjon kannab poole oma kohtukuludest ja poole GlaxoSmithKline Services Unlimited'i kohtukuludest, sh menetlusse astumistega seotud kulud.**

5. **Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) ja Spain Pharma, SA, kannavad igaüks ise oma kohtukulud.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 27. septembril 2006 Luxembourgis.

Kohtusekretär

E. Coulon

Koja esimees

H. Legal

Sisukord

Õiguslik ja faktiline raamistik ..... II - 2984

Ühenduse õigus ..... II - 2984

Hispaania õigus ..... II - 2985

Vaidluse taust ..... II - 2986

Menetlus ..... II - 2990

Poolte nõuded ..... II - 2993

Õiguslik käsitlus ..... II - 2995

I – Otsuse artikli 1 tühistamise nõuet põhjendavad väited ..... II - 2996

A – Väide, mis käsitleb põhjenduse ebapiisavust ..... II - 2996

1. Poolte argumendid ..... II - 2996

2. Esimese Astme Kohtu hinnang ..... II - 2997

B – EÜ artikli 81 lõike 1 rikkumist käsitlev rikkumine ..... II - 2998

1. Sissejuhatavad märkused ..... II - 2998

2. Ettevõtjatevahelise kokkuleppe olemasolu ..... II - 3000

a) Otsuse sisu ..... II - 3000

b) Poolte argumendid ..... II - 3000

c) Esimese Astme Kohtu hinnang ..... II - 3001

Tahte sõltumatus ..... II - 3001

Ühine tahe ..... II - 3003

3. Konkurentsipiirangu olemasolu ..... II - 3007

a) Otsuse sisu ..... II - 3007

b) Poolte argumendid ..... II - 3009

c) Esimese Astme Kohtu hinnang ..... II - 3010

Konkurentsi olukord enne müügi üldtingimuste artikli 4 kehtima hakkamist ..... II - 3010

Müügi üldtingimuste artiklist 4 tulenev konkurentsipiirang ..... II - 3012

— Konkurentsivastase eesmärgi olemasolu ..... II - 3013

— Konkurentsivastase mõju olemasolu ..... II - 3023

4. Järeldus ..... II - 3036

C – Väide, mis puudutab võimu kuritarvitamist, subsidiaarsuse põhimõtte rikkumist ja EÜ artikli 43 rikkumist ..... II - 3037

1. Poolte argumendid ..... II - 3037

2. Esimese Astme Kohtu hinnang ..... II - 3037

II – Otsuse artikli 2 tühistamise nõuet puudutavad väited ..... II - 3040

A – Põhjendamise ebapiisavust käsitlev väide ..... II - 3040

1. Poolte argumendid ..... II - 3040

2. Esimese Astme Kohtu hinnang ..... II - 3041

B – EÜ artikli 81 lõike 3 rikkumist käsitlev väide ..... II - 3042

1. Otsuse sisu ..... II - 3042

2. Poolte argumendid ..... II - 3043

3. Esimese Astme Kohtu hinnang ..... II - 3046

a) Esialgsed kaalutlused ..... II - 3046

b) Tõend efektiivsuskasu olemasolu kohta ..... II - 3050

Tuntava objektiivse kasu olemasolu ..... II - 3052

— GSK esitatud faktilisi asjaolusid puudutavate argumentide ja tõendite asjassepuutuvus ..... II - 3058

— Paralleelkaubandusega seotud efektiivsuskadu ..... II - 3063

— Paralleelkaubandusega seotud efektiivsuskao ulatus ..... II - 3067

— Müügi üldtingimuste artikliga 4 seotud efektiivsuskasu ... II - 3071

Kaalumine ..... II - 3074

Järeldus ..... II - 3076

c) Tõendid, mis puudutavad tarbijatele tekkivaid mõjusid, müügi üldtingimuste artikli 4 hädavajalikkust ja seda, et konkurentsi ei ole kõrvaldatud ..... II - 3076

4. Järeldus ..... II - 3078

Kohtukulud ..... II - 3079