WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (czwarta izba w składzie powiększonym) z dnia 27 września 2006 r. *

W sprawie T-168/01

GlaxoSmithKline Services Unlimited, uprzednio Glaxo Wellcome plc, z siedzibą w Brentford, Middlesex (Zjednoczone Królestwo), reprezentowana przez adwokata S. Martíneza Lagego, I. Forrestera, QC, adwokatów F. Depoortere'a, A. Schulza, T. Loukę, i I. Vandenborre'a,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, początkowo reprezentowanej przez P. Olivera, a następnie przez É. Gippiniego Fourniera, działających w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

* Język postępowania: angielski.

popierana przez

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), z siedzibą w Brukseli (Belgia), początkowo reprezentowaną przez adwokatów U. Zinsmeistera i M. Lienemeyera, następnie przez A. Martina-Ehlersa, a w końcu przez M. Hartmanna-Rüppela,

przez

Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, z siedzibą w Mülheim an der Ruhr (Niemcy), początkowo reprezentowaną przez adwokatów M. Eppinga i W. Rehmanna, a następnie przez W. Rehmanna,

przez

Spain Pharma, SA, z siedzibą w Madrycie, reprezentowaną przez adwokatów P. Muñoza Carpenę, B. Ortúzara Somozę i R. Gutiérreza Sáncheza,

oraz przez

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), początkowo reprezentowaną przez adwokatów M. Arauja Boyda i R. Sanza, a następnie przez M. Arauja Boyda i J.L. Buendię Sierrę,

interwenienci,

mającej za przedmiot wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji 2001/791/WE z dnia 8 maja 2001 r. w sprawie procedury stosowania art. 81 traktatu WE [Sprawy IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (zgłoszenie), IV/36.997/F3 — Aseprofar i Fedifar (skarga do Komisji), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (skarga do Komisji), IV/37.138/F3 — BAI (skarga do Komisji) i IV/37.380/F3 — EAEPC (skarga do Komisji)] (Dz.U. L 302, str. 1),

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI
WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
(czwarta izba w składzie powiększonym),

w składzie: H. Legal, prezes, P. Lindh i I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas i E. Moavero Milanesi, sędziowie,

sekretarz: C. Kristensen, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 czerwca 2006 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Ramy prawne i stan faktyczny sporu

Prawo wspólnotowe

1 Artykuł 3 ust. 1 lit. g) WE stanowi, że działalność Wspólnoty obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym.

2 Artykuł 81 ust. 1 WE stanowi, między innymi, że niezgodne ze wspólnym rynkiem i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz wspólnego rynku.

3 Artykuł 81 ust. 3 WE stanowi, że postanowienia art. 81 ust. 1 WE mogą zostać uznane za niemające zastosowania, między innymi, do każdego porozumienia między przedsiębiorstwami, które przyczynia się do polepszenia dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, przy zastrzeżeniu dla użytkowników słusznej części zysku, który z tego wynika, oraz bez nakładania na zainteresowane przedsiębiorstwa ograniczeń, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów, ani dawania przedsiębiorstwom możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

4 W dniu 21 grudnia 1988 r. Rada przyjęła, na podstawie art. 100A traktatu WE (obecnie, po zmianie, art. 95 WE), dyrektywę 89/105/EWG dotyczącą przejrzystości środków regulujących ustalanie cen na produkty lecznicze przeznaczone do użytku przez człowieka oraz włączenia ich w zakres krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych (Dz.U. 1989, L 40, str. 8). Jej celem jest uzyskanie całościowego obrazu środków regulujących ustalanie i bezpośrednią i pośrednią kontrolę cen produktów leczniczych przyjętych przez państwa członkowskie w celu kontrolowania publicznych wydatków zdrowotnych, które przeznaczają one na te produkty oraz eliminacji różnic w tychże środkach, które mogą utrudniać handel produktami leczniczymi lub zakłócać go, a tym samym bezpośrednio wpływać na funkcjonowanie wspólnego rynku produktów leczniczych. Z tym zamiarem ustanawia ona przede wszystkim szereg wymogów mających na celu zapewnienie osobom zainteresowanym sprawdzenie, czy środki krajowe, o których mowa, nie stanowią ograniczeń ilościowych przywozu i wywozu lub środków o równoważnym skutku. Wymogi te nie wpływają jednak ani na działania państw członkowskich, ani na politykę krajową w odniesieniu do ustalania cen czy ustanawiania systemów ubezpieczeń społecznych z wyjątkiem zakresu, w jakim jest to konieczne dla uzyskania przejrzystości. Termin, jaki został wyznaczony państwom członkowskim na dostosowanie się do tej dyrektywy, upłynął w dniu 31 grudnia 1989 r.

Prawo hiszpańskie

5 W dniu 20 grudnia 1990 r. Królestwo Hiszpanii przyjęło Ley 25/1990 del Medicamento (ustawę nr 25/1990 o produkcie leczniczym, BOE nr 306 z dnia 22 grudnia 1990 r., str. 2643, zwaną dalej „ustawą nr 25/1990"). Ustawa ta została zmieniona, zwłaszcza przez Ley 66/1997 z dnia 30 grudnia 1997 r. (BOE nr 313 z dnia 31 grudnia 1997 r., str. 38517) oraz, w trakcie postępowania administracyjnego, które doprowadziło do przyjęcia zaskarżonej decyzji w niniejszej sprawie, przez Ley 55/1999 z dnia 30 grudnia 1999 r. (BOE nr 312 z dnia 30 grudnia 1997 r., str. 46095).

6 W dniu 23 lutego1990 r. Królestwo Hiszpanii przyjęło Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas

de uso humano (dekret królewski nr 271/1990 w sprawie reorganizacji systemu interwencji cenowych na rynku środków leczniczych przeznaczonych do użytku przez człowieka, BOE nr 53 z dnia 2 marca 1990 r., str. 6086, zwany dalej „dekretem nr 271/1990"). Celem dekretu jest umożliwienie Królestwu Hiszpanii dostosowania się do dyrektywy 89/105/EWG.

7 Przepisy tytułu VIII ustawy nr 25/1990 i dekretu nr 271/1990 przewidują w szczególności system interwencji ze strony hiszpańskiego ministerstwa zdrowia i konsumpcji oraz przydzielonej mu do pomocy Comisión interministerial de precios de los medicamentos (międzyministerialnej komisji ds. cen produktów leczniczych) (zwanych dalej łącznie „hiszpańską administracją") obejmujący maksymalne ceny hurtowe produktów leczniczych finansowanych z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych.

Okoliczności powstania sporu

8 Strona skarżąca, GlaxoSmithKline Services Unlimited, uprzednio Glaxo Wellcome plc (zwana dalej „GSK") jest spółką prawa brytyjskiego z siedzibą w Brentford (Zjednoczone Królestwo). Grupa GlaxoSmithKline, do której ona należy, jest jednym z głównych światowych wytwórców produktów leczniczych. Została ona utworzona w następstwie koncentracji Glaxo Wellcome plc i Smithkline Beecham plc, co do której Komisja w decyzji z dnia 8 maja 2000 r. (sprawa N IV/M.1846 — Glaxo Wellcome przeciwko Smithkline Beecham) nie wyraziła sprzeciwu.

9 Glaxo Wellcome, SA (zwana dalej „GW"), spółka prawa hiszpańskiego, z siedzibą w Madrycie (Hiszpania) jest jedną z hiszpańskich filii grupy GlaxoSmithKline. Głównym przedmiotem jej działalności są, bezpośrednio bądź za pośrednictwem jej filii: rozwój, wytwarzanie i sprzedaż produktów leczniczych w Hiszpanii.

10 Pismem z dnia 6 marca 1998 r. GW zgłosiła do Komisji dokument zatytułowany „Ogólne warunki sprzedaży należących do [GW] i jej filii środków leczniczych do autoryzowanych hurtowni" (zwany dalej „ogólnymi warunkami sprzedaży") celem uzyskania atestu negatywnego bądź wyłączenia na podstawie rorzporządzenia Rady EWG nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwszego rozporządzenia wprowadzającego w życie art. [81] i [82] traktatu (Dz.U. 13, str. 204). Pismem z dnia 28 lipca 1998 r. GSK skierowała do Komisji zgłoszenie uzupełniające.

11 Ogólne warunki sprzedaży mają zastosowanie do 82 produktów leczniczych przeznaczonych do sprzedaży hurtownikom hiszpańskim, z którymi GW nawiązała stosunki handlowe poza obrębem każdej sieci dystrybucji. Ci ostatni mogą je przeznaczyć do odsprzedaży szpitalom hiszpańskim i aptekom hiszpańskim, które dostarczają je pacjentom za okazaniem recepty. Mogą oni również przeznaczyć je do odsprzedaży w innych państwach członkowskich w drodze handlu równoległego, którym zajmują się z powodu istnienia zróżnicowanych cen. Pośród 82 produktów leczniczych, do których mają zastosowanie ogólne warunki sprzedaży, figuruje osiem produktów leczniczych, które zdaniem GSK mogą w szczególności stanowić przedmiot handlu równoległego, głównie między Hiszpanią a Zjednoczonym Królestwem. Są to następujące produkty lecznicze:

— lek przeciwalergiczny o nazwie Beconase;

— pięć leków przeciw astmie o nazwie Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent i Ventolín;

— lek przeciw epilepsji o nazwie Lamictal;

— lek przeciw migrenie o nazwie Imigran;

12 Artykuł 4 ogólnych warunków sprzedaży przewiduje dla wszystkich tych 82 produktów leczniczych dwie różne ceny (zwane dalej „ceną 4A" i „ceną 4B"). Artykuł ten posiada następujące brzmienie:

„A) Zgodnie z przepisami art. 100 ust. 1 akapit pierwszy i art. 100 ust. 2 [ustawy nr 25/1990] ceny produktów farmaceutycznych GW i jej filii nie mogą w żadnym wypadku przekraczać maksymalnej ceny producenta ustalonej przez właściwe w sprawach zdrowia władze hiszpańskie, jeśli spełnione są dwie przesłanki określające zastosowanie tychże przepisów prawnych, a mianowicie:

— wyżej wymienione produkty farmaceutyczne są finansowane z funduszy hiszpańskiego systemu zabezpieczenia społecznego lub też z hiszpańskich funduszy publicznych,

— zakupione produkty farmaceutyczne są następnie sprzedawane na rynku krajowym, to znaczy za pośrednictwem hiszpańskich aptek lub szpitali.

B) Jeśli jedna z tych przesłanek nie jest spełniona (to znaczy we wszystkich przypadkach, kiedy ustawodawstwo hiszpańskie zezwala producentom na swobodne ustalanie ceny ich produktów farmaceutycznych), [GW] i jej filie ustalają cenę ich produktów farmaceutycznych zgodnie z rzeczywistymi, obiektywnymi i niedyskryminującymi kryteriami ekonomicznymi i niezależnie od określonego przez kupującego przeznaczenia produktu. W szczególności [GW] i jej filie stosują do własnych produktów farmaceutycznych cenę, która została, na bazie ich wewnętrznych badań ekonomicznych, początkowo zaproponowana właściwym w sprawach zdrowia władzom hiszpańskim i zaktualizowana w sposób obiektywny w zależności od wzrostu kosztów utrzymania zgodnie z przepisami art. 100 ust. 1 akapit pierwszy i art. 100 ust. 2 [ustawy nr 25/1990] i innymi uprzednimi ustawami hiszpańskimi o ustalaniu ceny na produkty lecznicze".

13 Pismami z dnia 6 marca 1998 r. GW przesłała ogólne warunki sprzedaży 89 hurtownikom z siedzibą w Hiszpanii. Pisma te zawierają między innymi następującą uwagę:

„Ważne: Prosimy o powiadomienie o państwa zgodzie poprzez przesłanie nam podpisanej kopii załączonego dokumentu do dnia 13 marca 1998 r.".

14 75 hurtowników reprezentujących ponad 90% całości sprzedaży GW w Hiszpanii postąpiło zgodnie z tym życzeniem.

15 Ogólne warunki sprzedaży weszły w życie w dniu 9 marca 1998 r.

16 Ich zgodność z prawem została następnie zakwestionowana przed hiszpańskimi władzami ds. konkurencji i przed sądami hiszpańskimi przez dwa hiszpańskie stowarzyszenia zawodowe, Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) i Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas, jak również przez hurtownika hiszpańskiego Spain Pharma SA.

17 Ponadto skargi, że ogólne warunki sprzedaży naruszały art. 81 ust. 1 WE, zostały wniesione do Komisji przez Aseprofar, popierane przez inne hiszpańskie stowarzyszenie zawodowe, Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de espacialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (Fedifar), przez Spain Pharma i przez dwa inne europejskie stowarzyszenia zawodowe, Bundesverband der Arzneimittel-Imorteure eV (dalej zwane „BAI") oraz European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC).

18 W dniu 8 maja 2001 r. Komisja wydała decyzję 2001/791/WE w sprawie procedury stosowania art. 81 traktatu WE [Sprawy IV.36/957/F3 — Glaxo Wellcome (zgłoszenie), IV.36/997/F3 — Aseprofar i Fedifar (skarga do Komisji), IV.37/121/F3 — Spain Pharma (skarga do Komisji), IV.37/138/F3 — BAI (skarga do Komisji) i IV.37/380/F3 — EAEPC (skarga do Komisji)] (Dz.U. L 302, str. 1 zwaną dalej „Decyzją").

19 Artykuł 1 Decyzji stanowi, iż GW „naruszyła art. 81 ust. 1 [WE], zawierając z hurtownikami hiszpańskimi porozumienie wprowadzające rozróżnienie między cenami nałożonymi na hurtowników, mającymi zastosowanie do odsprzedaży aptekom lub szpitalom na terytorium krajowym produktów leczniczych, których koszt nabycia podlega zwrotowi, a wyższymi cenami nałożonymi w przypadku wywozu produktów leczniczych do każdego innego państwa członkowskiego".

20 Artykuł 2 tej Decyzji stanowi, że wniosek o wyłączenie tego porozumienia z zakazu porozumień zapobiegających, ograniczających lub zakłócających konkurencję zostaje oddalony.

21 Artykuły 3 i 4 tej Decyzji nakazują GW, jeśli nie zostało to do tej pory uczynione, natychmiastowego zaprzestania naruszenia, o którym mowa w art. 1 oraz poinformowania Komisji o podjętych w tym celu środkach.

Postępowanie

22 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 23 lipca 2001 r. GSK wniosła niniejszą skargę.

23 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu w dniach 8, 12 i 16 listopada 2001 r. EAEPC, BAI, Spain Pharma i Aseprofar wniosły o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta na poparcie żądań Komisji zgodnie z art. 40 akapit drugi statutu Trybunału Sprawiedliwości i art. 115 § 1 regulaminu Sądu.

24 W pismach złożonych w sekretariacie Sądu w dniach 28 listopada 2001 r., 14 grudnia 2001 r. i 21 marca 2002 r. GSK wniosła o to, aby niektóre dokumenty procesowe i informacje tajne czy poufne doręczane stronom nie zostały przekazane osobom, których interwencja została dopuszczona zgodnie z art. 116 ust. 2 regulaminu.

25 Postanowieniem z dnia 27 listopada 2002 r. prezes pierwszej izby uwzględnił wnioski interwencyjne i zastrzegł późniejsze wydanie decyzji w sprawie zasadności wniosków w przedmiocie poufności.

26 Postanowieniem z dnia 5 sierpnia 2003 r. prezes pierwszej izby uwzględnił częściowo wnioski w przedmiocie poufności i oddalił je w pozostałej części.

27 Ponieważ sędzia sprawozdawca został przydzielony do czwartej izby z powodu zmiany, jaka została wprowadzona w dniu 1 października 2003 r. w składzie izb Sądu, sprawa ta została przydzielona tejże izbie.

28 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 25 marca 2004 r. GSK wniosła o to, aby interwenientom nie zostały przekazane niektóre tajne i poufne informacje zawarte w jej uwagach do pism procesowych w przedmiocie interwencji. Wniosek ten został uwzględniony.

29 Pismem z dnia 16 kwietnia 2004 r. Sąd wezwał GSK i Komisję do przedstawienia dokumentów i do udzielenia odpowiedzi na pytanie pisemne zgodnie z art. 49 i 64 regulaminu. Strony zastosowały się do tych środków organizacji postępowania w przewidzianym w tym celu terminie.

30 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 7 maja 2004 r. Spain Pharma wniosła o zezwolenie jej na używanie języka hiszpańskiego w trakcie procedury ustnej zgodnie z art. 35 § 2 regulaminu. Po wysłuchaniu stron wniosek ten został uwzględniony.

31 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu w dniach 27 maja i 22 czerwca 2004 r. GSK wniosła o nieprzekazanie interwenientom niektórych informacji tajnych lub poufnych zawartych w jej odpowiedziach i odpowiedziach Komisji na wezwania Sądu z dnia 16 kwietnia 2004 r. Wniosek ten został uwzględniony.

32 W dniu 7 marca 2006 r. Sąd wydał na wniosek czwartej izby, po wysłuchaniu stron, decyzję na podstawie art. 14 regulaminu o przekazaniu sprawy czwartej izbie w składzie powiększonym.

33 W dniu 15 marca 2006 r. Sąd (czwarta izba) otworzył procedurę ustną po wysłuchaniu sprawozdania sędziego sprawozdawcy.

34 Pismami z dnia 7 i 20 marca 2006 r. Sąd wezwał GSK, Komisję i interwenientów do udzielenia odpowiedzi na pytania pisemne i do przedstawienia dokumentu zgodnie z art. 49 i 64 regulaminu. Strony zastosowały się do tych środków organizacji postępowania w przewidzianym w tym celu terminie, z wyjątkiem pytania, na które GSK odpowiedziała w piśmie złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 6 czerwca

2006 r. W braku sprzeciwu stron, które wezwano do wypowiedzenia się w tej kwestii w trakcie rozprawy, pismo to zostało dołączone do akt.

35 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 28 kwietnia 2006 r. GSK wniosła o nieprzekazanie interwenientom niektórych informacji tajnych lub poufnych zawartych w jej odpowiedziach na wezwania Sądu z dni 7 i 20 marca 2006 r. Wniosek ten został uwzględniony.

36 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 16 maja 2006 r. Aseprofar wniósł o zezwolenie mu na używanie języka hiszpańskiego w trakcie procedury ustnej zgodnie z art. 35 § 2 regulaminu. Po wysłuchaniu stron wniosek ten został uwzględniony.

37 Strony przedstawiły stanowiska i udzieliły odpowiedzi na pytania Sądu w trakcie rozprawy w dniu 7 czerwca 2006 r.

Żądania stron

38 GSK wnosi do Sądu o:

— stwierdzenie nieważności Decyzji;

— obciążenie Komisji kosztami postępowania.

39 Komisja wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie GSK kosztami postępowania.

40 Aseprofar wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie GSK kosztami postępowania, w tym kosztami poniesionymi przez Aseprofar.

41 BAI wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie GSK kosztami postępowania, w tym kosztami poniesionymi przez BAI.

42 EAEPC wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie GSK kosztami postępowania, w tym kosztami poniesionymi przez EAEPC.

43 Spain Pharma wnosi do Sądu o:

— oddalenie skargi;

— obciążenie GSK kosztami postępowania, w tym kosztami poniesionymi przez Spain Pharma.

Co do prawa

44 Na poparcie swoich żądań GSK podnosi zasadniczo sześć zarzutów, które mogą być zgrupowane w zależności od tego, czy zmierzają do stwierdzenia całkowitej czy też względnie częściowej nieważności Decyzji.

45 Na poparcie żądań głównych zmierzających do stwierdzenia nieważności art. 1 Decyzji, który stwierdza naruszenie art. 81 ust. 1 WE, GSK podnosi trzy sformułowane w następujący sposób zarzuty:

— brak wystarczającego uzasadnienia;

— naruszenie art 81 ust. 1 WE;

— nadużycie władzy, naruszenie zasady pomocniczości i naruszenie art. 43 WE.

46 Na poparcie swoich żądań ewentualnych zmierzających do stwierdzenia nieważności art. 2 Decyzji, który oddala jej wniosek o wyłączenie zgodnie z art. 81 ust. 3 WE, GSK podnosi trzy sformułowane w następujący sposób zarzuty:

— brak wystarczającego uzasadnienia;

— naruszenie art. 81 ust. 3 WE;

— naruszenie zasady proporcjonalności.

I — *W przedmiocie zarzutów prowadzących do stwierdzenia nieważności art. 1 Decyzji*

A — *W przedmiocie zarzutu braku wystarczającego uzasadnienia*

1. Argumenty uczestników

47 GSK podnosi zasadniczo, iż brak powołania się na wyrok Sądu z dnia 26 października 2000 r. w sprawie T-41/96 Bayer przeciwko Komisji, Rec. str. II-3383, oznacza, iż Decyzja jest niewystarczająco uzasadniona.

48 Komisja, popierana przez interwenientów, kwestionuje zasadność tego zarzutu.

2. Ocena Sądu

49 Artykuł 253 WE stanowi między innymi, iż decyzje Komisji są uzasadniane.

50 Wystarczające z punktu widzenia prawnego uzasadnienie decyzji Komisji powinno przedstawiać jasno sposób rozumowania autora decyzji, tak aby umożliwić zainteresowanym zrozumienie jej podstaw, a sędziemu — kontrolę jej zasadności. Nie jest wymagane przy tym, aby wyszczególniała ona wszystkie mające znaczenie okoliczności faktyczne i prawne, jako że ocena, czy spełnia ona wymogi art. 253 WE, winna być dokonana przy uwzględnieniu nie tylko jej brzmienia, ale także jej kontekstu prawnego i faktycznego (wyrok Trybunału z dnia 20 marca 1957 r. w sprawie 2/56 Geitling przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. str. 9, 37 oraz wyrok Sądu z dnia 15 czerwca 2005 r. w sprawie T-171/02 Regione Autonoma della Sardegna przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-2123, pkt 73).

51 Konieczność uzasadniania decyzji nie nakłada zatem na Komisję żadnego ogólnego obowiązku powołania się na konkretne orzeczenie sądowe w decyzjach, które ona wydaje.

52 W niniejszej sprawie GSK ogranicza się do podniesienia, że Decyzja jest niewystarczająco uzasadniona z uwagi na fakt, iż nie powołuje się ona na dane orzeczenie sądowe.

53 Zarzut braku wystarczającego uzasadnienia oparty na tym, iż Decyzja nie powołuje się na ww. w pkt 47 wyrok w sprawie Bayer przeciwko Komisji, winien być zatem oddalony.

54 O ile GSK zamierza za pomocą tego zarzutu kwestionować w rzeczywistości treść Decyzji, należy podkreślić, iż analiza istnienia i zakresu uzasadnienia decyzji Komisji wchodzi w zakres kontroli spełniania istotnych wymogów proceduralnych, a zatem formalnej zgodności z prawem tejże decyzji. Kontrola ta winna być odróżniona od analizy prawidłowości uzasadnienia tej decyzji, która wchodzi ze swej strony w zakres kontroli jej merytorycznej zgodności z prawem (wyrok Trybunału z dnia 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-367/95 P Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, Rec. str. I-1719, pkt 67 i wyrok Sądu z dnia 18 stycznia 2005 r. w sprawie T-93/02 Confederation nationale du Crédit mutuel przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-93/02, pkt 67). W tym zakresie zarzut ten wiąże się z analizowanym w dalszej kolejności zarzutem naruszenia art. 81 ust. 1 WE.

B — *W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 81 ust. 1 WE*

1. Rozważania wstępne

55 Zastosowanie art. 81 ust. 1 WE zależy od spełnienia serii odrębnych przesłanek (wyrok Trybunału z dnia 30 czerwca 1966 r. w sprawie 56/65 Société technique minière, Rec. str. 337, 356–360 i ww. w pkt 47 wyrok w sprawie Bayer przeciwko Komisji, pkt 174), których istnienie winno być wykazane przez osobę, która się powołuje na ten przepis (wyrok Trybunału z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-123, pkt 78). Należy zatem ustalić, po pierwsze, czy istnieje porozumienie między przedsiębiorstwami, praktyka uzgodniona, czy też decyzja związków przedsiębiorstw, po drugie, czy celem lub skutkiem tego porozumienia, praktyki czy decyzji jest odczuwalne ograniczenie konkurencji, oraz, po trzecie, czy mogą one wpłynąć na handel między państwami członkowskimi, przy czym celem tego ostatniego wymogu jest jedynie ustalenie zakresu stosowania prawa wspólnotowego (ww. wyrok w sprawie Société technique minière, str. 359; wyrok Trybunału z dnia 31 marca 1993 r. w sprawach połączonych C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i od C-125/85 do C-129/85, Rec. str. I-1307, pkt 176; ww. w pkt 47 wyrok w sprawie Bayer przeciwko Komisji, pkt 174).

56 Skoro w niniejszej sprawie GSK utrzymuje, iż Komisja zastosowała art. 81 ust. 1 WE do zachowania, które nie stanowi porozumienia w rozumieniu tego przepisu, to znaczy porozumienia ograniczającego konkurencję, należy przypomnieć, iż istnienie porozumienia między przedsiębiorstwami a charakter restrykcyjny takiego porozumienia są kwestiami odmiennymi, które winny być poddawane oddzielnej analizie (zob. podobnie ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Société technique minière, str. 358 i 359).

57 W tym zakresie sąd wspólnotowy, do którego wpłynął wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji w przedmiocie zastosowania art. 81 ust. 1 WE, poddaje pełnej kontroli analizę dokonaną przez Komisję (wyrok Trybunału z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 42/84 Remia i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 2545, pkt 34 oraz ww. w pkt 47 wyrok w sprawie Bayer przeciwko Komisji, pkt 62), chyba że analiza ta zawiera złożoną ocenę ekonomiczną, w którym to przypadku kontrola ta ogranicza się do weryfikacji tego, czy nie doszło do nadużycia władzy, czy przestrzegane były reguły proceduralne i obowiązek uzasadnienia, czy nie wystąpił błąd co do prawidłowości ustaleń faktycznych oraz oczywisty błąd w ocenie tychże ustaleń (ww. wyrok w sprawie Remia i in. przeciwko Komisji, pkt 34 i ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 279).

58 Poza tym kontrola ta uwzględnia jedynie okoliczności faktyczne i prawne, jakie istniały w chwili wydania zaskarżonej decyzji (wyrok Trybunału z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawach połączonych 15/76 i 16/76 Francja przeciwko Komisji, Rec. str. 321, pkt 7 i wyrok Sądu z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie T-395/94 Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-875, pkt 252), bez uszczerbku dla przyznanej stronom możliwości, w wykonaniu ich prawa do obrony, do uzupełnienia tychże okoliczności dowodami późniejszymi w stosunku do daty wydania zaskarżonej decyzji, lecz zebranymi specjalnie w celu zakwestionowania czy też obrony tejże decyzji (wyrok Sądu z dnia 21 września 2005 r. w sprawie T-87/05 EDP przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-3745, pkt 158; zob. również podobnie wyrok Trybunału z dnia 22 października 1986 r. w sprawie 75/84 Metro przeciwko Komisji, Rec. str. 3021, zwany dalej „wyrokiem w sprawie Metro II", pkt 75 i 78 oraz ww. wyrok w sprawie Atlantic Container Lines i in. przeciwko Komisji, pkt 254).

59 W niniejszej sprawie wynika, że okoliczności faktyczne, które nie istniały w chwili wydania Decyzji, w szczególności zaszyfrowane informacje dotyczące okresu 2001–2005, oraz dowody nieistniejące w tym czasie i niezebrane specjalnie w celu

zakwestionowania czy obrony tej Decyzji jako stwierdzającej zaistnienie naruszenia, w szczególności badania ukazujące w sposób ogólny skutki handlu równoległego produktami leczniczymi we Wspólnocie, inne niż te przedstawione w trakcie postępowania administracyjnego, winny być od początku wykluczone z jakiejkolwiek debaty.

2. W przedmiocie istnienia porozumienia między przedsiębiorstwami

a) Treść Decyzji

60 Komisja uznała w motywie 109 Decyzji, iż ogólne warunki sprzedaży stanowią porozumienie zawarte między GSK i wszystkimi hurtownikami hiszpańskimi, którzy wyrazili na nie zgodę.

b) Argumenty uczestników

61 GSK podnosi, iż ogólne warunki sprzedaży nie stanowią porozumienia.

62 W istocie GW i będący sygnatariuszami ogólnych warunków sprzedaży hurtownicy hiszpańscy nie byli wyrazicielami autonomicznej woli w zakresie, w jakim cena hurtowa produktów leczniczych finansowanych z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych została im w tym względzie narzucona przez uregulowania hiszpańskie.

63 Ponadto nie wyrazili oni zgodnej woli ograniczenia konkurencji, lecz po prostu zgodną wolę sprzedaży i nabycia produktów leczniczych stosownie do postanowień ogólnych warunków sprzedaży.

64 Komisja, popierana przez interwenientów, kwestionuje zasadność tych argumentów.

c) Ocena Sądu

65 Argumenty GSK prowadzą Sąd do przeanalizowania w pierwszej kolejności kwestii czy GW i hurtownicy hiszpańscy byli wyrazicielami autonomicznej woli w stosunku do uregulowań hiszpańskich dotyczących ceny hurtowej produktów leczniczych finansowanych z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, a zatem do tego czy Komisja miała tu raczej do czynienia z zachowaniem przedsiębiorstw, a nie z zachowaniem państwa. W tym wypadku argumenty te prowadzą Sąd do przeanalizowania również w drugiej kolejności kwestii czy GW i hurtownicy byli wyrazicielami zgodnej woli i czy Komisja miała zatem do czynienia raczej z działaniem dwustronnym, a nie z działaniem wielostronnym.

W przedmiocie autonomii woli

66 Artykuł 81 ust. 1 WE ma zastosowanie jedynie do działań antykonkurencyjnych, które przedsiębiorstwa podejmują z własnej inicjatywy (wyroki Trybunału: z dnia 21 września 1988 r. w sprawie 267/86 Van Eycke, Rec. str. 4769, pkt 16; z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawach połączonych C-359/95 P i C-379/95 P Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing, Rec. str. I-6265, pkt 33 i z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-198/01 CIF, Rec. str. I-8055, pkt 45).

67 Jeśli, w celu podjęcia decyzji w przedmiocie zastosowania tego przepisu, konieczne jest uprzednie dokonanie oceny ewentualnego wpływu uregulowań państwowych, należy ustalić, czy uregulowania te stwarzają możliwość zapobieżenia, ograniczenia czy zakłócenia konkurencji w wyniku autonomicznego działania przedsiębiorstw (ww. w pkt 66 wyroki: w sprawie Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing, pkt 32 i 35 i w sprawie CIF, pkt 66).

68 Jeśli w wyniku tej oceny okaże się, że uregulowania, o których mowa, narzucają przedsiębiorstwom działania antykonkurencyjne bądź eliminują wszelką możliwość działania konkurencyjnego z ich strony, to art. 81 ust. 1 WE nie ma zastosowania (ww. w pkt 66 wyroki: w sprawie Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing, pkt 33 i w sprawie CIF, pkt 67).

69 Jeśli okazuje się natomiast, że uregulowania te stwarzają możliwość zapobieżenia, ograniczenia czy zakłócenia konkurencji w wyniku autonomicznego działania przedsiębiorstw, to art. 81 ust. 1 WE znajduje zastosowanie (ww. w pkt 66 wyroki: w sprawie Komisja i Francja przeciwko Ladbroke Racing, pkt 34 i w sprawie CIF, pkt 56).

70 Możliwość wykluczenia danego działania z zakresu zastosowania tego przepisu z takiego powodu, iż działanie to spowodowane jest uregulowaniami państwowymi, była w sposób restrykcyjny stosowana przez sąd wspólnotowy (ww. w pkt 66 wyrok w sprawie CIF, pkt 67 i wyrok Sądu z dnia 30 marca 2000 r. w sprawie T-513/93 Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali przeciwko Komisji, Rec. str. II-1807, pkt 60).

71 Należy zatem ustalić, czy uregulowania hiszpańskie nakładają na GW obowiązek stosowania, w umowach zawieranych przez nią z hurtownikami hiszpańskimi, cen zróżnicowanych w zależności od tego, czy, jak utrzymuje GSK, produkty lecznicze, które im GW sprzedaje, będą bądź nie będą finansowane z hiszpańskiego systemem ubezpieczeń zdrowotnych.

72 Jest rzeczą oczywistą, iż uregulowania hiszpańskie, które wynikają z przepisów tytułu VIII ustawy nr 25/1990 w związku z przepisami dekretu nr 271/1990, nie ustalają w żaden sposób ceny hurtowej produktów leczniczych, które nie są finansowane z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych. GSK przyznała ponadto zarówno w swoich pismach, jak i w trakcie rozprawy, iż ustalenie to, wynikające w sposób dorozumiany, lecz konieczny z braku jakiejkolwiek wzmianki o tych produktach w tekście ustawy nr 25/1990 w jej wersji, która obowiązywała w chwili wejścia w życie ogólnych warunków sprzedaży, zostało, jak wynika z motywów 37 i 139 Decyzji, w sposób wyraźny potwierdzone w poprawkach, jakie zostały w późniejszym czasie do tej ustawy wprowadzone.

73 Tak więc gdyby nawet uznać za słuszny argument GSK, zgodnie z którym cena hurtowa produktów leczniczych, które są finansowane z tego systemu, jest, w przeciwieństwie do tego, co utrzymują interwenienci, ustalana w sposób całkowicie niezależny przez administrację hiszpańską i narzucana GW i hurtownikom hiszpańskim, nie zmienia to w niczym faktu, że działanie polegające na wdrażaniu w drodze umowy systemu cen zróżnicowanych zakazującego hurtownikom hiszpańskim wchodzącym w transakcje z GW zakupywania po tej cenie (cenie 4A) produktów leczniczych, które będą oni odsprzedawać w innych państwach członkowskich, i zobowiązującego ich do zakupu tych produktów po cenie wyższej (cenie 4B), nie jest w żaden sposób narzucone przez uregulowania hiszpańskie. Przesłuchana w tej kwestii GSK była ponadto zmuszona przyznać temu rację w czasie rozprawy.

74 Nie można zatem uznać, iż omawiane uregulowania krajowe nałożyły na GW obowiązek stosowania, w umowach zawieranych przez nią z hurtownikami hiszpańskimi, cen zróżnicowanych w zależności od tego, czy produkty lecznicze, które im GW sprzedaje, będą bądź nie będą finansowane z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych.

W przedmiocie zgodności oświadczeń woli

75 Artykuł 81 ust. 1 WE ma zastosowanie jedynie do działań przedsiębiorstw o charakterze dwustronnym lub wielostronnym (wyrok Trybunału z dnia 8 lipca

1999 r. w sprawie C-49/92 P Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, Rec. str. I-4125, pkt 79 i 112), które mogą występować w formie porozumień, praktyk uzgodnionych czy też decyzji związków przedsiębiorstw.

76 Dla istnienia porozumienia wystarczy, aby przynajmniej dwa przedsiębiorstwa wyraziły wspólną wolę postępowania na rynku w określony sposób (wyroki Trybunału: z dnia 15 lipca 1970 r. w sprawie 41/69 ACF Chemiefarma przeciwko Komisji, Rec. str. 661, pkt 112 i z dnia 11 stycznia 1990 r. w sprawie C-277/87 Sandoz Prodotti Farmaceutici przeciwko Komisji, Rec. str. I-45, publikacja w formie streszczenia, pkt 13; ww. w pkt 47 wyrok w sprawie Bayer przeciwko Komisji, pkt 67 i 173).

77 Mimo iż konsekwencją powyższego jest bezwzględny wymóg, aby decyzje, w których Komisja stosuje art. 81 ust. 1 WE wykazywały istnienie wspólnej woli postępowania na rynku w określony sposób, to nie wymaga się natomiast, w przeciwieństwie do tego, co utrzymuje GSK, aby decyzje te wykazywały istnienie wspólnej woli realizacji celu antykonkurencyjnego.

78 W niniejszej sprawie w Decyzji uznano, że GW i hurtownicy hiszpańscy, którzy zgodzili się na ogólne warunki sprzedaży wyrazili wspólną wolę postępowania na rynku w sposób określony w art. 4 tych warunków, a mianowicie, sprzedawania czy kupowania 82 produktów leczniczych, do których te warunki mają zastosowanie, po cenie 4A lub po cenie 4B w zależności od tego, czy spełnione zostały, czy też nie, przesłanki określone w pkt A powyższego postanowienia umownego.

79 Taki wniosek potwierdzają w sposób ewidentny akta sprawy, z których wynika, po pierwsze, iż GW przyjęła ogólne warunki sprzedaży przewidujące system zróżnicowanych cen. Następnie GW przesłała te ogólne warunki sprzedaży 89 hurtownikom, z którymi utrzymuje ona stosunki handlowe w Hiszpanii. Przy tej okazji GW wyraziła w stosunku do nich prośbę, podkreślając przy tym wagę, jaką przywiązywała ona do tej prośby, przesłania jej z powrotem podpisanej kopii tych warunków „jako dowodu wyrażenia [ich] zgody" w wiążącym ich terminie. Te

okoliczności faktyczne ukazują wyrażoną przez GW wolę ubiegania się o zgodę hurtowników hiszpańskich na jej ogólne warunki sprzedaży, a zatem przedstawienia im oferty w przedmiocie tych warunków. Wreszcie 75 z 89 hurtowników będących adresatami tejże oferty zawarło transakcje, o które ubiegała się GW, podpisując ogólne warunki sprzedaży i przesyłając je jej z powrotem w wyznaczonym w tym celu terminie. Te okoliczności faktyczne ukazują, co GSK uznała ponadto w trakcie rozprawy, wyrażoną przez tych hurtowników wolę zaakceptowania oferty GW i zawarcia z nią porozumienia.

80 Żaden z przedstawionych przez GSK argumentów nie jest w stanie podważyć takiego wniosku.

81 W szczególności argumentem GSK nie może stać się okoliczność, iż Komisja nie przedstawiła dowodu na istnienie, z jednej strony, formalnego zakazu wywozu nałożonego na hurtowników hiszpańskich przez GW i, z drugiej strony, zachowania ukazującego milczące wyrażenie zgody na ten zakaz przez tychże hurtowników.

82 W istocie do Komisji należy przedstawienie dowodu na stwierdzone przez nią naruszenia, poprzez dostarczenie, w wydanych przez nią decyzjach w przedmiocie stosowania reguł konkurencji, dokładnych i spójnych dowodów ukazujących w sposób przekonywający istnienie okoliczności faktycznych wskazujących na takie naruszenia (wyroki Trybunału: z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29/83 i 30/83 CRAM i Rheinzink przeciwko Komisji, Rec. str. 1679, pkt 20 i z dnia 6 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-2/01 P i C-3/01 P BAI i Komisja przeciwko Bayer, Rec. str. I-23, pkt 62).

83 Dowodami takimi mogą być dowody bezpośrednie, przybierające postać na przykład dokumentu pisemnego (wyrok Sądu z dnia 15 marca 2000 r. w sprawach połączonych T-25/95, T-26/95, od T-30/95 do T-32/95, od T-34/95 do T-39/95, od T-42/95 do T-46/95, T-48/95, od T-50/95 do T-65/95, od T-68/95 do T-71/95,

T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95 Cimenteries CBR i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-491, pkt 862 oraz w przedmiocie odwołania ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 237), a w ich braku, dowody pośrednie w postaci na przykład określonego działania (ww. w pkt 47 wyrok w sprawie Bayer przeciwko Komisji, pkt 73 i w przedmiocie odwołania ww. w pkt 82 wyrok w sprawie BAI i Komisja przeciwko Bayer, pkt 100).

84 W niniejszej sprawie zostało uprzednio zaznaczone, że Komisja oparła się na wymianie pism, ukazując ponad wszelką wątpliwość, że GW złożyła hurtownikom hiszpańskim ofertę, aby postępowali na rynku w sposób określony przez ogólne warunki sprzedaży i że większość z nich zaakceptowała tę ofertę. Nie miała zatem ona potrzeby, jak jeszcze raz podkreśliła to w trakcie rozprawy, poszukiwania innych dowodów, jak dowody dotyczące odpowiedniego zachowania się GW i omawianych hurtowników.

85 Podobnie GSK nie ma podstaw do tego, aby twierdzić w istocie, że hurtownicy, do których zwróciła się GW, nie zgodziliby się z nią w ostateczności.

86 W rezultacie, jeśli tak jak w niniejszym przypadku Komisja dostarczyła dowodu na istnienie porozumienia, to na uczestniczącym w nim przedsiębiorstwie spoczywa obowiązek dostarczenia dowodu na to, iż zdystansowało się ono od tego porozumienia, tj. dowodu, który winien świadczyć o wyraźnej i podanej do wiadomości innych uczestniczących w nim przedsiębiorstw woli wycofania się z tego porozumienia (zob. podobnie ww. w pkt 82 wyrok w sprawie BAI i Komisja przeciwko Bayer, pkt 63; ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 81–84 i wyrok Sądu z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie T-61/99 Adriatica di Navigazione przeciwko Komisji, Rec. str. II-5349, pkt 135–138).

87 W niniejszej sprawie, o ile prawdą jest, iż niektórzy spośród hurtowników hiszpańskich, którzy wyrazili zgodę na ogólne warunki sprzedaży, poddali w wątpliwość, jak ukazuje to motyw 12 Decyzji, ich zgodność z prawem, o tyle z akt sprawy nie wynika, że ci sami hurtownicy zdystansowali się w rozumieniu orzecznictwa od tego porozumienia. Podobnie prawdą jest, że niektórzy spośród nich dokonali wywozu zakupionych u GW produktów leczniczych po cenie 4A.

Niemniej z akt sprawy wynika również, że hurtownicy ci na prośbę GSK wyrazili ostatecznie zgodę na zapłacenie faktur reprezentujących różnicę między tą ceną a ceną 4B. W każdym razie te okoliczności faktyczne dotyczą jedynie niektórych hurtowników i nie pozwalają zatem na uznanie, że wszyscy hurtownicy zdystansowali się od porozumienia, które uprzednio zawarli z GW.

88 Ponadto bezsporne jest, że trzy stowarzyszenia zawodowe, Aseprofar, Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas i Fedifar, złożyły, jak wynika to z motywu 3 Decyzji, skargi do Komisji i do Servicio de defensa de competencia (służby ochrony konkurencji) i że wśród członków tychże stowarzyszeń figurują, bezpośrednio, w przypadku dwóch pierwszych stowarzyszeń, i pośrednio, w przypadku trzeciego stowarzyszenia, niektórzy hurtownicy będący sygnatariuszami ogólnych warunków sprzedaży. Niemniej jednak sama okoliczność, iż stowarzyszenia zawodowe skupiające pośród innych swoich członków niektórych sygnatariuszy ogólnych warunków sprzedaży złożyły takie skargi, nie wystarcza, aby udowodnić, że wszyscy hurtownicy nie chcieli faktycznie bądź już nie chcieli od momentu złożenia tychże skarg wchodzić w układy z GW.

89 Nie można zatem uznać, iż GW i hurtownicy, którzy zgodzili się na ogólne warunki sprzedaży, nie wyrazili zgodnej woli.

90 Z powyższego wynika, iż nie wydaje się, aby mając na względzie argumenty GSK, Komisja niesłusznie doszła do wniosku, że istniało porozumienie.

3. W przedmiocie istnienia ograniczenia konkurencji

a) Treść Decyzji

91 Komisja uznała w motywach 116–143 i 189 Decyzji, że celem a równocześnie skutkiem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży było ograniczenie konkurencji.

92 Dokonując w pierwszej kolejności analizy tego postanowienia umownego, Komisja podkreśliła przede wszystkim w motywie 116 Decyzji, iż jego celem było ograniczenie prowadzonego między Hiszpanią a innymi państwami członkowskimi handlu równoległego produktami leczniczymi sprzedawanymi przez GW. Stwierdziła ona również w motywie 117 Decyzji, iż porównanie ceny 4A mającej zastosowanie do produktów leczniczych przeznaczonych do odsprzedaży w Hiszpanii i finansowanych z systemu hiszpańskiego z ceną 4B mającą zastosowanie do produktów leczniczych przeznaczonych do odsprzedaży bądź finansowanych z systemów innych państw członkowskich ukazało, iż skutkiem zastosowania tego postanowienia byłoby, w zależności od przypadku, wykluczenie bądź utrudnienie handlu równoległego.

93 Komisja stwierdziła następnie w motywach 117–119 Decyzji, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży powodował skutki równoznaczne z tymi, jakie powoduje w dużej liczbie przypadków zakaz wywozu, uniemożliwiając przy tym w innych przypadkach handel równoległy prawie w taki sposób, jak czyni to system podwójnych cen. Uznała ona również w motywach 120–123 Decyzji, iż występowanie w Hiszpanii uregulowań państwowych dotyczących sposobów ustalania cen hurtowych produktów leczniczych finansowanych z krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych nie jest w stanie zmienić tej analizy.

94 Komisja stwierdziła wreszcie w motywach 124 i 125 Decyzji, iż Trybunał i Sąd zaliczały zawsze porozumienia zawierające zakazy wywozu, systemy podwójnych cen lub inne ograniczenia handlu równoległego do porozumień, których celem samym w sobie jest ograniczenie konkurencji, tak więc w jej opinii należało uznać, iż celem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży było ograniczenie konkurencji.

95 Analizując w drugiej kolejności skutek art. 4 ogólnych warunków sprzedaży, Komisja uznała po pierwsze w motywie 126 Decyzji, iż wprowadzenie wyższej ceny hurtowej w przypadku wywozu, do której dochodzą koszty związane z przeprowadzeniem tej operacji (wysyłka, ponowne zapakowanie itp.), ma na celu ograniczenie handlu równoległego, jakiego można byłoby się spodziewać w braku takiej ceny.

96 Komisja uznała następnie w motywach 127–135 Decyzji, iż to postanowienie umowne nie ograniczało się jedynie do zneutralizowania przypisywanego Królestwu Hiszpanii zakłócenia konkurencji i nie było uzasadnione w kontekście istnienia szczególnych uregulowań.

97 Komisja uznała również w motywach 136–140 Decyzji, że skutkiem zróżnicowanych cen ustanowionych w art. 4 ogólnych warunków sprzedaży było, z jednej strony, ograniczenie wolności działania hurtowników prowadzących działalność w państwie członkowskim będącym państwem pochodzenia handlu równoległego, a z drugiej strony, ograniczenie konkurencji między tymi hurtownikami a dystrybutorami prowadzącymi działalność w państwie członkowskim będącym państwem przeznaczenia tego handlu równoległego.

98 Komisja powołała się w końcu w motywach 141–143 Decyzji na wahania kursów walutowych, które w pewnym stopniu przyczyniły się w latach 1996–1998 do rozwoju handlu równoległego produktami leczniczymi, w szczególności między Hiszpanią a Zjednoczonym Królestwem.

b) Argumenty uczestników

99 GSK podnosi zasadniczo, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży nie stanowi ograniczenia konkurencji.

100 Utrzymuje ona, po pierwsze, że w sektorze produktów leczniczych finansowanych z krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych mamy od początku do czynienia z zakłóceniem konkurencji i że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży zmierza jedynie do złagodzenia tej sytuacji, którą można przypisać, z jednej strony, istnieniu uregulowań państwowych dotyczących cen tychże produktów leczniczych, a z drugiej strony, brakowi uregulowań wspólnotowych zmierzających do ich harmonizacji.

101 Po drugie, GSK podnosi, iż celem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży nie jest ograniczenie konkurencji i że Komisja nie wykazała — uwzględniwszy specyfikę rynku właściwego, a bardziej ogólnie, prawny i gospodarczy kontekst, w który wpisuje się to postanowienie umowne — że powyższy artykuł wywołuje taki skutek.

102 Komisja, popierana przez interwenientów, kwestionuje zasadność tych argumentów. Uważa ona, iż słusznie uznała, że celem i skutkiem mogącego wykluczyć lub utrudnić handel równoległy art. 4 ogólnych warunków sprzedaży było ograniczenie konkurencji.

c) Ocena Sądu

103 GSK nie kwestionuje prawidłowości ustaleń faktycznych, na których oparła się Komisja w celu zastosowania art. 81 ust. 1 WE, lecz ich ocenę, jaka została dokonana przez tę instytucję. Całość tych uwag krytycznych odnosi się zasadniczo do konsekwencji, jakie należy wyciągnąć, w trakcie przeprowadzania analizy istnienia ograniczenia konkurencji, z właściwego sektorowi produktów leczniczych kontekstu prawnego i gospodarczego. Te uwagi krytyczne dotyczą w szczególności, po pierwsze, warunków konkurencji, jakie panowały przed wprowadzeniem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży i, po drugie, ograniczenia konkurencji, jakie przypisuje się temu postanowieniu umownemu.

W przedmiocie warunków konkurencji, jakie panowały przed wprowadzeniem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży

104 Jak słusznie podnosi GSK, sektor produktów leczniczych finansowanych z krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych charakteryzuje w wielu państwach członkowskich występowanie uregulowań wykraczających poza zwykłą ochronę

działalności gospodarczej, w szczególności w zakresie cen (wyrok Trybunału z dnia 29 listopada 1983 r. w sprawie 181/82 Roussel i in., Rec. str. 3849, pkt 8). Współistnienie różnych uregulowań państwowych jest w stanie zakłócić konkurencję (wyrok Trybunału z dnia 5 grudnia 1996 r. w sprawach połączonych C-267/95 i C-268/95 Merc i Beecham, Rec. str. I-6285, pkt 47). Prowadzi ono ponadto do umocnienia pewnego podziału rynków krajowych w tej kwestii (zob. analogicznie wyrok Trybunału z dnia 16 grudnia 1975 r. w sprawach połączonych od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73 Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 1663, pkt 24).

105 Jednakże zgodnie z cytowanym w pkt 67–70 powyżej orzecznictwem art. 81 ust. 1 WE nie ma zastosowania jedynie wtedy, gdy sektor, w którym dochodzi do porozumienia, podlega uregulowaniom wykluczającym możliwość zapobieżenia, zakłócenia czy ograniczenia konkurencji przez to porozumienie.

106 W niniejszej sprawie, jak podkreśliła GSK w swoich pismach oraz w trakcie rozprawy, istnieje konkurencja między wytwórcami produktów leczniczych, która dotyczy głównie parametrów innych niż cena, w szczególności innowacji (ww. w pkt 104 wyrok w sprawie Roussel, pkt 9).

107 Ponadto może istnieć konkurencja między wytwórcą a jego dystrybutorami lub między podmiotami prowadzącymi handel równoległy a krajowymi dystrybutorami, która zasadza się właśnie na znacznych różnicach w cenach, do których przyczyniają się przedmiotowe uregulowania państwowe, i która, jeśli produkty lecznicze są chronione przez patent przyznający tymczasowy monopol uprawnionemu z tego patentu, jest, jak również utrzymywała w swoich pismach procesowych GSK, do czasu wygaśnięcia praw ochronnych z tego patentu, jedyną formą konkurencji cenowej możliwą do zastosowania w stosunku do nich.

108 Opisany zatem przez GSK system uregulowań, który może ograniczyć, lecz nie może wyeliminować konkurencji, nie wyklucza zastosowania art. 81 ust. 1 WE.

W przedmiocie ograniczenia konkurencji, jakie przypisuje się art. 4 ogólnych warunków sprzedaży

109 Skoro GSK podnosi, że Komisja nie wzięła prawidłowo pod uwagę właściwego kontekstu prawnego i gospodarczego w trakcie dokonywanej przez nią analizy istnienia ograniczenia konkurencji, to należy na wstępie podkreślić, że przez konkurencję, o której mowa w art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE rozumie się skuteczną konkurencję, to znaczy stopień konkurencji, jaka jest niezbędna do zrealizowania celów traktatu. Jej natężenie może się zmieniać w zależności od charakteru przedmiotowego produktu i struktury rynku właściwego. Ponadto jej parametry mogą przybierać nierówne znaczenie ponieważ konkurencja cenowa nie stanowi jedynej formy skutecznej konkurencji ani takiej, której należy w każdych okolicznościach przyznawać absolutny priorytet (wyrok Trybunału z dnia 25 października 1977 r. w sprawie 26/76 Metro przeciwko Komisji, Rec. str. 1875, zwany dalej „wyrokiem w sprawie Metro I", pkt 20 i 21 oraz ww. w pkt 66 wyrok w sprawie CIF, pkt 68).

110 W konsekwencji charakterystyka ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE winna uwzględniać rzeczywisty kontekst, a zatem kontekst prawny i gospodarczy, w którym usytuowane jest porozumienie, któremu przypisuje się to ograniczenie. Taki obowiązek narzuca się z racji zrozumienia zarówno celu, jak i skutku tego porozumienia (ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Société technique minière, str. 359 i 360; wyroki Trybunału: z dnia 13 lipca 1966 r. w sprawach połączonych 56/64 i 58/64 Consten i Grundig przeciwko Komisji, Rec. str. 429, 497 i z dnia 12 grudnia 1995 r. w sprawie C-399/93 Oude Luttikhuis i in., Rec. str. I-4515, pkt 20).

111 Tak więc, skoro analiza klauzul porozumienia przeprowadzona w ich kontekście prawnym i gospodarczym ukazuje sama w sobie zaburzenia konkurencji, to można domniemywać, iż celem tego porozumienia jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji (zob. ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Société technique minière, pkt 359 i 362 i ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, pkt 497) i nie ma potrzeby analizowania skutku tego porozumienia (ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, pkt 496 oraz ww. w pkt 75 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Anic Partecipazioni, pkt 99).

112 W przeciwnym natomiast wypadku konieczne jest dokonanie analizy skutku tego porozumienia i wykazanie w stopniu wymaganym przez prawo, że porozumienie to aktualnie i potencjalnie zapobiega konkurencji, ogranicza ją lub zakłóca (ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Société technique minière, pkt 359, 360 i 362 oraz wyrok Trybunału z dnia 28 maja 1998 r. w sprawie C-7/95 P Deere przeciwko Komisji, Rec. str. I-3111, pkt 75 i 77).

113 W niniejszej sprawie należy poddać kolejno analizie argumenty GSK dotyczące celu i skutku art. 4 ogólnych warunków sprzedaży.

— W przedmiocie istnienia celu antykonkurencyjnego

114 GSK nie kwestionuje, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży został umieszczony z zamiarem ograniczenia prowadzonego między Hiszpanią a innymi państwami członkowskimi, w szczególności Zjednoczonym Królestwem handlu równoległego sprzedawanymi przez GW 82 produktami leczniczymi.

115 Z orzecznictwa wynika, że porozumienia, których ostatecznym celem jest zakazanie handlu równoległego, winny być zasadniczo uważane za takie, których celem jest zapobieżenie konkurencji (ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, pkt 496–498; wyroki Trybunału: z dnia 1 lutego 1978 r. w sprawie 19/77 Miller International przeciwko Komisji, Rec. str. 131, pkt 7 i 18; z dnia 12 lipca 1979 r. w sprawach połączonych 32/78, 36/78 i 82/78 BMW Belgia przeciwko Komisji, Rec. str. 2435, pkt 20–28 i 31 i ww. w pkt 76 wyrok w sprawie Sandoz Prodotti Farmaceutici przeciwko Komisji, pkt 16).

116 Z orzecznictwa wynika również, że porozumienia, których wyraźnym celem jest traktowanie handlu równoległego w sposób niekorzystny, winny być zasadniczo uważane za takie, których celem jest ograniczenie konkurencji (wyroki Trybunału: z dnia 8 listopada 1983 r. w sprawach połączonych od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 IAZ i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 3369, pkt 23–25 i z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-551/03 P General Motors przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. I-3173, pkt 67 i 68).

117 Jednakże GSK słusznie utrzymuje, że biorąc pod uwagę kontekst prawny i gospodarczy, Komisja nie mogła oprzeć się jedynie na okoliczności, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży wprowadził system zróżnicowanych cen zmierzający do ograniczenia handlu równoległego, aby dojść do wniosku, iż celem tego postanowienia umownego było ograniczenie konkurencji.

118 W istocie celem przypisanym art. 81 ust. 1 WE, który stanowi podstawowy przepis niezbędny do realizacji zadań wyznaczonych Wspólnocie, w szczególności funkcjonowania rynku wewnętrznego (wyroki Trybunału: z dnia 1 czerwca 1999 r. w sprawie C-126/97 Eco Swiss, Rec. str. I-3055, pkt 36 i z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-453/99 Courage i Crehan, Rec. str. I-6297, pkt 20), jest uniknięcie tego, że przedsiębiorstwa, ograniczając konkurencję między sobą nawzajem lub między sobą a osobami trzecimi zmniejszają dobrobyt konsumenta końcowego przedmiotowych produktów (wyrok Sądu z dnia 7 czerwca 2006 r. w sprawach połączonych T-213/01 i T-214/01 Österreichische Postsparkasse i Bank für Arbeit und Wirtschaft przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-1601, pkt 115; zob. również podobnie ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, pkt 493 i wyrok Trybunału z dnia 20 czerwca 1978 r. w sprawie 28/77 Tepea przeciwko Komisji, Rec. str. 1391, pkt 56). W trakcie rozprawy Komisja podkreśliła ponadto kilkakrotnie, że to właśnie z tej perspektywy przeprowadziła ona w tym przypadku swoją analizę, dochodząc w pierwszej kolejności do wniosku, że ogólne warunki sprzedaży ograniczyły w sposób ewidentny dobrobyt konsumentów, a następnie rozważając kwestię, czy ograniczenie to będzie zrekompensowane poprzez zwiększoną wydajność, która by sama w sobie przyniosła korzyść konsumentom.

119 W konsekwencji zastosowanie art. 81 ust. 1 WE do niniejszego przypadku nie może zależeć jedynie od faktu, że przedmiotowe porozumienie zmierza do ograniczenia handlu równoległego produktami leczniczymi lub do podzielenia wspólnego rynku, co prowadzi do wniosku, że ma ono wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, lecz wymaga ponadto analizy zmierzającej do ustalenia, czy jego celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku właściwym na szkodę konsumenta końcowego. Jak wynika z cytowanego powyżej w pkt 111 i 112 orzecznictwa, analiza ta, chociaż może ulec skróceniu, w sytuacji gdy, jak podkreśliła to w trakcie rozprawy Komisja, klauzule porozumienia ukazują same w sobie istnienie zaburzenia konkurencji, winna w przeciwnym wypadku ulec uzupełnieniu w zależności od wymogów jakie stawiają okoliczności danej sprawy (ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Société technique minière, pkt 358–361, i ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, pkt 495–498).

120 W szczególności w ww. w pkt 110 wyroku w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, który stał się źródłem cytowanego powyżej w pkt 115 i 116 orzecznictwa, Trybunał nie orzekł, w przeciwieństwie do tego, co utrzymywała w swoich pismach procesowych Komisja, iż celem porozumienia zmierzającego do ograniczenia handlu równoległego winno być z natury swej, to znaczy niezależnie od przeprowadzania jakiejkolwiek analizy warunków konkurencji, ograniczenie konkurencji. Trybunał ograniczył się natomiast w pierwszej kolejności do uznania, iż porozumienie między wytwórcą a dystrybutorem, które zmierzało do ponownego ustanowienia barier krajowych w handlu między państwami członkowskimi, mogło sprzeciwiać się najbardziej fundamentalnym celom Wspólnoty (pkt 494). Stwierdzenie to skłoniło Trybunał do oddalenia zarzutu, że art. 81 ust. 1 WE nie miał zastosowania do porozumień wertykalnych (pkt 492–494). Trybunał oddał się w następnej kolejności skróconej, lecz faktycznej analizie warunków konkurencji, w trakcie której uznał on w szczególności, że przedmiotowe porozumienie zmierzało do wyeliminowania możliwości jakiejkolwiek konkurencji na etapie handlu hurtowego po to, aby stosować ceny chronione przed skuteczną konkurencją. Rozważania te skłoniły Trybunał do oddalenia zarzutu braku ograniczenia konkurencji (pkt 496–498).

121 Jeśli nawet uznaje się od tego czasu, że handel równoległy korzysta z pewnej ochrony, to nie jako taki, lecz, jak orzekł Trybunał, z racji tego, że sprzyja on z jednej strony rozwojowi wymiany handlowej, a z drugiej strony umocnieniu konkurencji

(wyrok Trybunału z dnia 16 stycznia 1992 r. w sprawie C-373/90 X, Rec. str. I-131, pkt 12), to znaczy, gdy chodzi o ten drugi aspekt, z takiej racji, iż przynosi on konsumentom końcowym korzyści płynące ze skutecznej konkurencji w zakresie zaopatrzenia czy ceny (ww. w pkt 118 wyrok w sprawie Tepea przeciwko Komisji, pkt 43 i 56). W konsekwencji co prawda uznaje się, iż porozumienie, które zmierza do ograniczenia handlu równoległego, winno być zasadniczo uważane za takie, które ogranicza konkurencję, lecz ma to miejsce na tyle, na ile można domniemywać, iż pozbawia ono konsumentów końcowych tych korzyści.

122 Tak więc, uwzględniając kontekst prawny i gospodarczy, w który wpisują się ogólne warunki sprzedaży GSK, nie można domniemywać, iż pozbawiają one konsumentów końcowych produktów leczniczych takich korzyści. W istocie hurtownicy, których zadaniem jest, jak orzekł Trybunał, zapewnienie handlowi detalicznemu zaopatrzenia czerpiącego korzyści z konkurencji między wytwórcami (ww. w pkt 109 wyrok w sprawie Metro I, pkt 40), są przedstawicielami handlowymi działającymi na etapie pośrednim łańcucha wartości i mogą czerpać korzyść, jaką może pociągać za sobą w zakresie ceny handel równoległy, w którym to przypadku korzyść ta nie przypadnie w udziale konsumentom końcowym.

123 Opis tego kontekstu figuruje w sekcji I Decyzji poświęconej stanowi faktycznemu, a dokładniej w jej podsekcji F zatytułowanej „Handel równoległy produktami leczniczymi we Wspólnocie: wpływ uregulowań krajowych i wahania kursów walutowych" i podsekcji G zatytułowanej „Handel równoległy produktami GW we Wspólnocie: wpływ na ich warunki sprzedaży".

124 Z treści tego opisu wynika, z czym zgodziła się GSK zarówno w swoich pismach procesowych, jak i w trakcie rozprawy, iż kontekst prawny i gospodarczy posiada następujące główne cechy charakterystyczne:

125 Po pierwsze, zgodnie z motywami 31, 36 i 50 Decyzji cena produktów leczniczych finansowanych z krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych nie jest określana w całej Wspólnocie na zakończenie procesu działań konkurencyjnych, lecz ustalana bezpośrednio w większości państw członkowskich w trybie postępowania administracyjnego i kontrolowana w sposób pośredni przez inne państwa członkowskie.

126 Po drugie, zgodnie z motywem 31 Decyzji zbliżenie obowiązujących w tej dziedzinie przepisów krajowych jest na tym etapie ograniczone. W istocie dyrektywa 89/105 zmierza do tego, że ustalanie cen tych produktów leczniczych, jeśli jest przewidziane prawem krajowym, winno odbywać się w trybie cechującego się przejrzystością postępowania i opierać się na obiektywnych i możliwych do sprawdzenia kryteriach. Co do reszty, to zgodnie z motywem 50 Decyzji prawo krajowe może przewidywać branie pod uwagę różnych kryteriów w zależności od polityki prowadzonej przez dane państwo członkowskie w dziedzinie zdrowia publicznego i finansowania z krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, jak ukazuje to również dyrektywa 89/105. Tak jest zwłaszcza w przypadku prawa hiszpańskiego, które zgodnie z motywami 37 i 38 Decyzji przewiduje bezpośrednie ustalanie maksymalnej ceny hurtowej i ustalanie pośrednie maksymalnej ceny detalicznej. Co do prawa brytyjskiego to nie przewiduje ono ustalania cen, lecz zgodnie z motywami 44–46 Decyzji kontrolę zysków spółek farmaceutycznych.

127 Po trzecie, zgodnie z motywami 29–31 i 34 Decyzji różnice, jakie istnieją między obowiązującymi w tej dziedzinie przepisami krajowymi, są strukturalną przyczyną istnienia znacznych różnic cen między państwami członkowskimi.

128 Po czwarte, zgodnie z motywami 30, 32 i 53 Decyzji wahania kursów walutowych są koniunkturalną przyczyną istnienia tychże różnic cen. Zjawisko to, które potencjalnie dotyczyło wszystkich państw członkowskich Wspólnoty, w dniu 6 marca 1998 r., tj. w dniu, w którym GSK notyfikowała Komisji ogólne warunki sprzedaży, dotyczyło w dalszym ciągu, jak wynika z motywu 53 Decyzji, Zjednoczonego Królestwa, Danii i Szwecji w dniu 8 maja 2001 r., tj. w dniu, w którym Komisja wydała Decyzję.

129 Po piąte, te różnice cen są same w sobie, zgodnie z brzmieniem motywu 29 Decyzji, przyczyną handlu równoległego produktami leczniczymi we Wspólnocie. Głównymi państwami członkowskimi przeznaczenia tego handlu równoległego są, jak to precyzują motywy 33 i 34 Decyzji, Dania, Niderlandy i Zjednoczone Królestwo.

130 Po szóste, niektóre państwa członkowskie przyjęły przepisy, które — niezależnie od kwestii, czy ich celem jest promowanie handlu równoległego — co Komisja uwidoczniła w motywie 31, 33, 34, 36 i 52 Decyzji, a co kwestionuje GSK — mogą posiadać taki skutek. Tak jest zwłaszcza w przypadku Zjednoczonego Królestwa, gdzie, jak podkreśla motyw 49 Decyzji, National Health Service zwraca automatycznie farmaceutom sumę równą cenie, po której wytwórca sprzedaje swój produkt leczniczy na rynku brytyjskim, ze standardową zniżką 4–5%, która ma stanowić odpowiednik oszczędności generowanych przez farmaceutów, kiedy zaopatrują się gdzie indziej po niższych cenach.

131 Po siódme, jak wynika z motywów 31 i 51 Decyzji, pacjent pokrywa, co do zasady, jedynie ograniczoną, chociaż zmienną w zależności od państwa członkowskiego, część ceny produktów leczniczych finansowanych z krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, z którego on korzysta. Krajowy system ubezpieczeń społecznych pokrywa jej zasadniczą część. Tak jest w przypadku Zjednoczonego Królestwa, gdzie, zgodnie z motywem 48 Decyzji, pacjent płaci 6 funtów szterlingów (GBP) za produkt leczniczy, chyba że należy do kategorii osób, które są zwolnione od takiej opłaty.

132 Komisja odsyła do pewnych aspektów tego opisu w ramach analizy poświęconej celowi art. 4 ogólnych warunków sprzedaży. Odnosi się tak więc do motywu 117 Decyzji, aby ustalić, co nie jest kwestią sporną, wpływ tego postanowienia umownego na rynek równoległy. Odwołuje się przy tym również do motywu 121 Decyzji, aby wytłumaczyć, że, w przeciwieństwie do tego, co utrzymuje GSK, spółkom farmaceutycznym przysługują uprawnienia negocjacyjne w ramach hiszpańskiej procedury ustalania cen hurtowych na produkty lecznicze.

133 W żadnym jednak momencie Komisja nie analizuje specyficznych i istotnych cech charakterystycznych sektora, który opiera się na tym, że ceny przedmiotowych produktów podlegających kontroli państw członkowskich ustalających je bezpośrednio bądź pośrednio na poziomie, który uważają za stosowny, kształtują się na strukturalnie odmiennych poziomach we Wspólnocie i, w przeciwieństwie do cen innych dóbr konsumpcyjnych, na które powołała się Komisja w swoich pismach procesowych i podczas rozprawy, takich jak artykuły sportowe czy motorowery, wypadają w każdym razie w dużej mierze z wolnej gry popytu i podaży.

134 Okoliczność ta oznacza, iż nie można domniemywać, że handel równoległy ma wpływ na ceny stosowane wobec konsumentów końcowych produktów leczniczych finansowanych z krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych i przynosi im z tego tytułu znaczne korzyści analogiczne do tych, jakie przypadałyby im w udziale, gdyby ceny te były ustalane w wyniku gry popytu i podaży.

135 Komisja sama zresztą przyznaje, że handel równoległy produktami leczniczymi ma wpływ, chociaż w sposób na pierwszy rzut oka niejasny, na dobrobyt konsumentów końcowych, ponieważ zaznacza ona w swoim komunikacie COM(1988) 588 wersja ostateczna, z dnia 25 listopada 1999 r. dotyczącym jednolitego rynku produktów farmaceutycznych, który jest cytowany w motywie 161 Decyzji i przywoływany przez strony w ich pismach procesowych oraz w ich odpowiedziach na pytania pisemne Sądu, że w sytuacji, gdy handel równoległy nie może wpływać w sposób dynamiczny na ceny, nie pociąga on za sobą korzyści, gdyż większa część, chociaż nie całość, zysków finansowych przypada raczej temu, kto zajmuje się handlem równoległym, a nie systemowi opieki zdrowotnej czy pacjentowi (pkt 6).

136 Nie można zatem uznać, że analiza art. 4 ogólnych warunków sprzedaży, którego celem w opinii GSK jest zapewnienie, że ustalona przez Królestwo Hiszpanii cena hurtowa zostanie rzeczywiście zastosowana jedynie w odniesieniu do produktów leczniczych, dla których została zgodnie z prawem przewidziana, ukazuje sama w sobie, że ma miejsce zapobieżenie, ograniczenie czy zakłócenie konkurencji.

137 Żaden z argumentów Komisji i interwenientów nie wydaje się podważać tego wniosku.

138 Komisja nie może w szczególności, jak uczyniła to w motywach 118 i 119 Decyzji i w swoich pismach procesowych, ograniczać się do czynienia porównań z porozumieniami, które miała już okazję analizować w trakcie swojej uprzedniej praktyki decyzyjnej, uznając, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży przypomina te porozumienia czy też jest z nimi porównywalny. W istocie takie podejście odbiega definitywnie od opisanych powyżej okoliczności kontekstu prawnego i gospodarczego, których brak jest w decyzjach w przedmiocie zastosowania art. 81 ust. 1 WE, na które powołała się Komisja.

139 Ponadto Komisja nie ma podstaw to tego, aby twierdzić, jak uczyniła to w motywach 120–123 Decyzji i w swoich pismach procesowych, iż istnienie hiszpańskich uregulowań odnoszących się do ustalania cen hurtowych produktów leczniczych nie ma ostatecznie rozstrzygającego charakteru, z uwagi na uprawnienia negocjacyjne, jakie regulowania te zastrzegły dla spółek farmaceutycznych. Nie posiada ona ponadto podstaw do tego, aby podnosić, jak uczyniła to również w swoich pismach procesowych, iż z uwagi na orzecznictwo współistnienie różnych w tym przedmiocie uregulowań państwowych nie posiada także rozstrzygającego charakteru (ww. w pkt 115 wyrok w sprawie BMW Belgia przeciwko Komisji, pkt 5 i wyrok Sądu z dnia 19 maja 1999 r. w sprawie T-175/95 BASF przeciwko Komisji, Rec. str. II-1581, pkt 121–123 i 136).

140 W rezultacie, nawet zakładając, jak w dalszym ciągu utrzymywali w trakcie rozprawy Komisja i interwenienci, iż hiszpańskie uregulowania zastrzegają uprawnienia negocjacyjne dla spółek farmaceutycznych, nie zmienia to faktu, że istnienie tych uregulowań i ich współistnienie z uregulowaniami innych państw członkowskich ma zasadniczy wpływ na istotny parametr gry konkurencyjnej (zob. analogicznie ww. w pkt 104 wyrok w sprawie Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, pkt 17 i 71), co stanowi element kontekstu, którego nie można pominąć w trakcie analizy warunków konkurencji.

141 Nie można zatem dokonywać żadnego porównania między sprawami, na które powołała się Komisja, które, jak sama ta instytucja podkreśliła w trakcie rozprawy, dotyczyły praktyk zamrażania cen nowych samochodów (ww. w pkt 115 wyrok w sprawie BMW Belgia przeciwko Komisji, pkt 5) czy środków do odnawiania samochodów (ww. w pkt 139 wyrok w sprawie BASF przeciwko Komisji, pkt 123), obowiązujących tylko w jednym państwie członkowskim Wspólnoty, a niniejszą sprawą, która charakteryzuje się tym, że ustalona ostatecznie przez państwa członkowskie cena przedmiotowych produktów wyłamuje się strukturalnie z gry popytu i podaży i kształtuje się na odmiennych strukturalnie poziomach w całej Wspólnocie, bez względu na konkurencję szczątkową, która może wystąpić w postaci reguł gry handlu równoległego.

142 Wreszcie nie można wywnioskować z ww. w pkt 116 wyroku w sprawie General Motors przeciwko Komisji, pkt 75 — na który powołała się Komisja w swoich odpowiedziach na pytania pisemne Sądu i w trakcie rozprawy, że należało całkowicie pominąć stan faktyczny, o którym mowa w poprzednim punkcie.

143 W istocie z pkt 75 tego wyroku wynika, że brak harmonizacji podatkowej nie wyklucza wniosku, że celem porozumienia zmierzającego do ograniczenia handlu równoległego pojazdami silnikowymi jest ograniczenie konkurencji, mimo że, jak podkreśliła Komisja w trakcie rozprawy, brak takiej harmonizacji ma wpływ na działanie konkurencji w tym sektorze. Natomiast nie wynika z niego w żaden sposób, że omawiane w niniejszej sprawie uregulowania państwowe są obojętne wobec analizy warunków konkurencji, kiedy ich celem jest uchronienie ustalania ceny produktów leczniczych finansowanych przez krajowe systemy ubezpieczeń zdrowotnych przed działaniem konkurencji.

144 Interwenienci ze swej strony nie mogą skutecznie, jak uczynili to w trakcie rozprawy, powoływać się na fakt, że w rzeczywistości przedmiotowe uregulowania państwowe nie zmierzają do uchronienia ustalania cen produktów leczniczych przed grą popytu i podaży, lecz do złagodzenia braku konkurencji spowodowanego ciężarem, jaki nakładają na rynek spółki farmaceutyczne i do zapewnienia sprawiedliwych cen.

145 W istocie sąd wspólnotowy, który rozpatruje skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji w przedmiocie zastosowania reguł konkurencji, sprawuje, zgodnie z art. 230 WE, kontrolę nad zgodnością z prawem tej decyzji. Argumenty interwenientów opierają się na faktach, o których nie wspomniano, a które tym bardziej nie zostały poddane analizie przez Komisję w tej Decyzji. Do Sądu nie należy zastępowanie Komisji w dokonywaniu ich analizy od początku.

146 Ponadto argumenty te należy skonfrontować z argumentami GSK, stosownie do których uregulowania państwowe w dziedzinie patentów zmierzają do tego, aby pozwolić spółkom farmaceutycznym na włączenie w ich koszty prac badawczo-rozwojowych (zwanych dalej „BiR") poprzez przyznanie im tymczasowego monopolu, po zakończeniu którego wytwórcy generycznych produktów leczniczych przywracają konkurencję cenową, w taki sposób, że podmioty zajmujące się handlem równoległym, które działają na rynku w trakcie obowiązywania patentów, są nosicielami sztucznej konkurencji, a nie skutecznej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE.

147 W konsekwencji nie można uwzględnić głównego wniosku Komisji, stosownie do którego należałoby uznać, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży jest zakazany przez art. 81 ust. 1 WE w zakresie, w jakim jego celem jest ograniczenie handlu równoległego. Skoro ceny przedmiotowych produktów leczniczych chronione są w dużej mierze z racji obowiązujących uregulowań przed wolną grą popytu i podaży oraz ustanowione i kontrolowane przez władze publiczne, nie można z góry zakładać, że handel równoległy zmierza do ich obniżenia i zwiększenia przez to dobrobytu konsumentów końcowych. Przeprowadzona w tym kontekście analiza treści art. 4 ogólnych warunków sprzedaży nie pozwala zatem na założenie, że to postanowienie umowne, które zmierza do ograniczenia handlu równoległego, zmierza tym samym do zmniejszenia dobrobytu konsumentów końcowych. W tej w dużej mierze bezprecedensowej sytuacji nie można zatem wywnioskować jedynie z treści postanowień tego porozumienia że ogranicza ono konkurencję i należy zatem rozważyć skutki tego porozumienia, chociażby po to, aby ustalić, co był w stanie na podstawie jego treści wysondować organ regulujący.

— W przedmiocie zaistnienia skutku antykonkurencyjnego

148 Analiza skutku, jaki dane porozumienie wywiera na konkurencję, wymaga w pierwszej kolejności zdefiniowania rynku właściwego czy rynków właściwych zarówno z punktu widzenia materialnego, jak i geograficznego (wyrok Trybunału z dnia 28 lutego 1991 r. w sprawie C-234/89 Delimitis, Rec. str. I-935, pkt 15, 16 i 18).

149 W niniejszej sprawie, w kwestii rynku przedmiotowych produktów, Komisja uznała w motywach 112 i 113 Decyzji, iż uwzględniając uwagi GSK, stosownie do których charakter i zakres handlu równoległego i ogólnych warunków sprzedaży mógł świadczyć o istnieniu rynku produktów obejmującego całość produktów leczniczych wydawanych za okazaniem recepty, nie było konieczne, aby określić szczegółowo części rynku przypadające w udziale GW dla każdego z omawianych 82 produktów leczniczych. Ponieważ Komisja poddała w trakcie rozprawy w wątpliwość istnienie uwag GSK, na których opierają się te wywody, należy stwierdzić, iż z treści zgłoszenia uzupełniającego wynika, że Decyzja nie jest w tej kwestii dotknięta błędem co do stanu faktycznego.

150 Co do rynku właściwego geograficznego Komisja uznała ostatecznie w motywie 114 Decyzji, że należy go uważać za rynek krajowy, zwłaszcza z uwagi na występowanie w państwach członkowskich Wspólnoty różnic między uregulowaniami w zakresie ceny i zwrotu kosztów produktów leczniczych, strategiami dotyczącymi znaku towarowego i opakowania, systemami dystrybucji i zwyczajami w zakresie przepisywania leków.

151 Co do rynków, na które oddziaływało porozumienie, to nie zostały one wyraźnie wyszczególnione przez Komisję. Z motywów 112–114, 117 i 126 Decyzji wynika jednak, jak potwierdziła to Komisja w swoich odpowiedziach na pytania pisemne Sądu, że chodzi tutaj, z jednej strony, o rynek hiszpański, na którym hiszpańscy

hurtownicy mogą nabywać produkty lecznicze od GW, i z drugiej strony, o wszystkie krajowe rynki Wspólnoty, na których są oni w stanie je odsprzedawać, to znaczy wszystkie te, na których istniejące między ceną hiszpańską a ceną krajową zróżnicowanie jest wystarczające, aby uczynić handel równoległy opłacalnym.

152 GSK nie kwestionuje, jak potwierdziła to jeszcze raz w trakcie rozprawy, stanowiska przyjętego przez Komisję w stosunku do rynku właściwego geograficznego. Bezsporne jest zatem, że rynek ten, przez który rozumie się terytorium, na którym występują jeśli nie podobne to przynajmniej wystarczająco jednolite dla wszystkich podmiotów gospodarczych obiektywne warunki konkurencji odnoszące się do przedmiotowego produktu (wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 1978 r. w sprawie 27/76 United Brands przeciwko Komisji, Rec. str. 207, pkt 44 i 53 i wyrok Sądu z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. str. II-755, pkt 91), może być w niniejszej sprawie uznany za krajowy, biorąc w szczególności pod uwagę różnice w uregulowaniach dotyczących cen i zwrotu kosztów produktów leczniczych.

153 GSK kwestionuje natomiast stanowisko utrzymane przez Komisję w przedmiocie rynku właściwego produktów. Utrzymuje ona, że biorąc pod uwagę hiszpańskie uregulowania w tym zakresie, Komisja winna była dokonać rozróżnienia między rynkiem reglamentowanym obejmującym produkty lecznicze przeznaczone do odsprzedaży i finansowane z systemu hiszpańskiego a rynkiem wolnym obejmującym produkty lecznicze przeznaczone do odsprzedaży i finansowane z systemów innych państw członkowskich. Krytyka ta nie wydaje się jednak uzasadniona.

154 Z motywów 112 i 113 Decyzji wynika, iż Komisja nie dokonała głębszej analizy zagadnienia definicji rynku właściwego produktów. Zapytana w kwestii ram przyjętego przez nią w praktyce rozumowania Komisja zaznaczyła jednak w odpowiedziach na pytania pisemne Sądu, że po uznaniu, iż nie było konieczności zdefiniowania przez nią rynku właściwego produktów w zakresie w jakim była ona w stanie dojść do wniosku, że istniał cel antykonkurencyjny, zbudowała ona uproszczoną definicję tego rynku.

155 Komisja wytłumaczyła również w swoich odpowiedziach, a następnie w trakcie rozprawy, że nie przyjmując maksymalnie wypracowanego podejścia w tym zakresie, poprzestała ona ostatecznie na tradycyjnie używanej w tej dziedzinie definicji, a mianowicie definicji opartej na trzecim poziomie klasyfikacji anatomiczno-terapeutyczno-chemicznej (ATC), opracowanej przez European Pharmaceutical Medical Research Association (EphMRA). Poziom ten odpowiada, jak jest to zaznaczone w motywach 16 i 110 Decyzji, podgrupom zdefiniowanym w zależności od wskazania terapeutycznego i właściwości farmakologicznych danych produktów leczniczych.

156 Kiedy Sąd orzeka w przedmiocie skargi o stwierdzenie nieważności aktu wspólnotowego, do niego samego należy dokonanie wykładni tego aktu, zwłaszcza gdy instytucja, która jest jego autorem, przedstawia wyjaśnienia co do sposobu, w jaki należałoby go zrozumieć (wyrok Trybunału z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-194/99 P Thyssen Stahl przeciwko Komisji, Rec. str. I-10821, pkt 55 i 56). W niniejszej sprawie, z brzmienia całej Decyzji wynika, że Komisja domyślnie, lecz z konieczności rozumowała w ramach rynku pojętego jako rynek dystrybucji produktów leczniczych finansowanych z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, które mogą stać się przedmiotem handlu równoległego w innych państwach członkowskich Wspólnoty. Tak więc Komisja opisała w sposób globalny handel równoległy produktami leczniczymi sprzedawanymi przez GW w Hiszpanii w motywach 64–71 Decyzji i wpływ ogólnych warunków sprzedaży na to zjawisko w motywach 72–75 Decyzji. W taki sam sposób Komisja przeanalizowała skutek ograniczający art. 4 tychże warunków w motywach 117, 126, 137, 139 i 140 Decyzji, skupiając swoją uwagę na próbkach ośmiu produktów leczniczych, które mogły w szczególności stać się przedmiotem handlu równoległego, a co do których GSK dostarczyła jej informacji. Wreszcie w taki sam również sposób Komisja pojęła podlegający ocenie charakter tego skutku antykonkurencyjnego w motywie 144 Decyzji, jak i oddziaływanie na handel między państwami członkowskimi w motywie 146 Decyzji.

157 Jak wynika z ust. 13 i 14 obwieszczenia 97/C 372/03 Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. 1997, C 372, str. 5, pkt 13 i 14), instytucja ta zobowiązała się do zdefiniowania rynku właściwego produktów, uwzględniając w szczególności substytucyjność popytu, z jednej strony, i podaży, z drugiej strony.

158 W odniesieniu do pierwszego aspektu z art. 1 lit. a) rozporządzenia Komisji (WE) nr 2790/1999 z dnia 22 grudnia 1999 r. w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 traktatu do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych wynika, że w kontekście porozumienia, o którym mowa w niniejszej sprawie, należy określić które produkty kupujący uważa za wzajemnie zamienne lub substytucyjne z uwagi na ich cechy, ceny i zamierzone przeznaczenie.

159 Nie wydaje się oczywiście błędne uznanie, że nabywca, to znaczy hiszpański hurtownik mogący zajmować się handlem równoległym, jest w związku z tym mniej zainteresowany wskazaniem terapeutycznym i właściwościami farmakologicznymi każdego z produktów leczniczych, które on zakupuje od GW, niż faktem, że wszystkie te produkty lecznicze są finansowane z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, a w konsekwencji, tym w jaki sposób ich cena jest ustalana przez hiszpańską administrację. Tak samo nie wydaje się oczywiście błędne uznanie, że ten kupujący jest mniej zainteresowany ceną każdego z tych produktów leczniczych niż faktem, że istnieje wystarczające zróżnicowanie ceny, aby uczynić opłacalnym handel równoległy wszystkimi tymi produktami leczniczymi między Hiszpanią a państwem członkowskim przeznaczenia. W tych okolicznościach nie jest oczywiście błędne uznanie, iż rynek produktów obejmuje wszystkie produkty lecznicze finansowane z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, których odsprzedaż generuje zysk z uwagi na zróżnicowanie ceny występujące między Hiszpanią a państwem członkowskim przeznaczenia.

160 W odniesieniu do drugiego aspektu można stwierdzić, jak wynika z uwag GSK, na których oparła się Komisja w motywach 112 i 113 Decyzji, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży został wprowadzony po to, aby zająć się w sposób globalny kwestią handlu równoległego sprzedawanymi przez GW produktami leczniczymi prowadzonego między Hiszpanią a państwami członkowskimi, gdzie działalność ta może okazać się opłacalna dla hiszpańskich hurtowników.

161 Uregulowania hiszpańskie przedstawiają się zatem, zarówno z punktu widzenia nabywców, jak i GSK, bardziej jako czynnik ujednolicający rynek właściwy produktów, niż jako element, który powinien doprowadzić do rozróżnienia rynku

dystrybucji produktów leczniczych przeznaczonych do użytku domowego, który byłby rynkiem reglamentowanym, i rynku dystrybucji produktów leczniczych przeznaczonych do wywozu, który byłby rynkiem wolnym. W rzeczywistości proponowane przez GSK rozróżnienie wiąże się raczej, jak GSK przyznała zresztą w trakcie rozprawy, z wyraźnie terytorialnym charakterem hiszpańskich uregulowań i krajowym rozmiarem rynku właściwego geograficznego.

162 Po drugie, należy przeanalizować aktualne i potencjalne skutki, jakie porozumienie to może wywrzeć na konkurencję. Analiza ta wymaga porównania warunków konkurencji jakie powstały w rezultacie tego porozumienia z tymi, jakie istniały przy jego braku (ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Société technique minière, str. 360 i ww. w pkt 112 wyrok w sprawie Deere przeciwko Komisji, pkt 76).

163 W niniejszej sprawie należy na wstępie podkreślić, iż z motywów 26 i 28 Decyzji wynika, że stosowanie ogólnych warunków sprzedaży, które weszły w życie w dniu 9 marca 1998 r., zostało zawieszone w dniu 16 października 1998 r. i, jak strony przypomniały w trakcie rozprawy, pozostało w stanie zawieszenia do czasu wydania Decyzji. W konsekwencji, jak strony przyznały w trakcie rozprawy, analizę dokonaną przez Komisję należy interpretować jako poświęconą głównie potencjalnym skutkom, jakie warunki te mogłyby spowodować dla konkurencji.

164 W tym zakresie GSK przyznaje, że skutkiem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży jest lub może być ograniczenie handlu równoległego, lecz kwestionuje to, że jego skutkiem jest lub może być ograniczenie konkurencji. Główne argumenty, jakie ona wysuwa, dotyczą zasadniczo czterech aspektów przyjętego przez Komisję w Decyzji rozumowania. Po pierwsze, z faktu, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży ogranicza handel równoległy i narusza swobodę działania hiszpańskich hurtowników, nie wynika, że pociąga on sam w sobie ograniczenie konkurencji. Po drugie, uwzględniając kontekst prawny i gospodarczy, w który wpisuje się to postanowienie umowne, fakt, iż ustanawia ono system zróżnicowanych cen, nie oznacza sam w sobie, że jego skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Po trzecie, Komisja zadowoliła się dojściem do wniosku, że to postanowienie umowne ograniczało

handel równoległy, naruszało swobodę działania hiszpańskich hurtowników i nakładało zróżnicowane ceny, także nie wykazała w stopniu wymaganym przez prawo, iż skutkiem tego postanowienia było ograniczenie konkurencji. Po czwarte, Komisja nie wzięła w żadnym razie pod uwagę faktu, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży ograniczał się do zneutralizowania zakłócenia konkurencji, jakie przypisywano Królestwu Hiszpanii.

165 Należy ustalić, czy te różne uwagi krytyczne ukażą, iż w Decyzji błędnie stwierdzono, że skutkiem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży było ograniczenie konkurencji.

166 Po pierwsze, bezsporne jest, jak uznaje się w motywie 126 Decyzji, że skutkiem tego postanowienia umownego jest ograniczenie handlu równoległego produktami leczniczymi sprzedawanymi przez GW w Hiszpanii. W licznych przypadkach zastępuje on w rzeczywistości cenę 4A, która jest znacznie mniejsza od cen obowiązujących w niektórych innych niż Hiszpania państwach członkowskich, ceną 4B, w przypadku której zróżnicowanie to jest mniejsze lub w ogóle nie istniejące. W tym zakresie odbiera on lub zmniejsza zysk, jaki mogliby generować hiszpańscy hurtownicy zajmujący się działalnością wywozową.

167 Należy jednak przypomnieć, że rozpatrywany sam w sobie fakt, że dane porozumienie doprowadza lub może doprowadzić do ograniczenia handlu równoległego, oznacza, że oddziałuje ono z pewnością na handel między państwami członkowskimi, lecz niekoniecznie, że powoduje ono ograniczenie konkurencji. Są to reperkusje, które to ograniczenie handlu równoległego wywołuje lub może wywołać w odniesieniu do jednego z parametrów konkurencji, takich jak ilość, w jakiej produkt jest dostarczany, czy cena, po której jest on sprzedawany, które świadczą o takim ograniczeniu (zob. podobnie ww. w pkt 118 wyrok w sprawie Tepea przeciwko Komisji, pkt 41, 43 i 56).

168 Tak więc okoliczność, że w braku art. 4 ogólnych warunków sprzedaży hiszpańscy hurtownicy byliby w stanie nabyć produkty lecznicze po cenie hurtowej ustalonej przez hiszpańską administrację, niezależnie od państwa członkowskiego, w którym

te produkty lecznicze są przeznaczone do odsprzedaży i niezależnie od krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, który przewiduje ich finansowanie, a następnie odsprzedać te produkty w każdym innym państwie członkowskim, gdzie cena jest wystarczająco wyższa w porównaniu do ceny hiszpańskiej, w celu umożliwienia im osiągnięcia zysku, przy uwzględnieniu kosztów transakcji, nie pozwala, bez względu na jakąkolwiek analizę kwestii, w jakim stopniu handel równoległy przyczynia się do konkurencji cenowej, uwzględniając rolę jaką w tej dziedzinie odgrywają państwa członkowskie, na dojście do wniosku, że powstaje skutek w postaci ograniczenia konkurencji.

169 W konsekwencji GSK słusznie utrzymuje, iż po powołaniu się na skutek, jaki wywołuje dla handlu równoległego art. 4 ogólnych warunków sprzedaży, Komisja winna była wykazać jeszcze skutek, jaki wywołuje on dla konkurencji.

170 Po drugie, nie kwestionuje się, jak stwierdza się w motywach 137–139 Decyzji, że skutkiem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży jest ograniczenie swobody działania hiszpańskich hurtowników, zwłaszcza swobody w zakresie wyboru ich klientów.

171 Jednakże każde porozumienie ograniczające swobodę działania przedsiębiorstw czy jednego z przedsiębiorstw, które biorą w nim udział, nie jest koniecznie objęte zakazem przewidzianym w art. 81 ust. 1 WE (wyrok Trybunału z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 Wouters i in., Rec. str. I-1577, pkt 97 i wyrok Sądu z dnia 18 września 2001 r. w sprawie T-112/99 M6 i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-2459, pkt 76). W szczególności każda umowa zawarta między przedstawicielami handlowymi działającymi na różnych etapach procesu produkcji i dystrybucji pociąga za sobą ich wzajemne powiązanie, a w konsekwencji, zgodnie z jej postanowieniami, ograniczenie w ich swobodzie działania. W tym przypadku bez względu na cenę, po jakiej hiszpańscy hurtownicy zgodzą się zakupić produkt leczniczy od GW na rynku hiszpańskim (cena 4A lub cena 4B), mają oni ograniczoną swobodę działania w zakresie, w jakim, z punktu widzenia gospodarczego, nie są oni w stanie na dłuższą metę odsprzedać go po cenie niższej na innych krajowych rynkach Wspólnoty. Jednakże, skoro celem wspólnotowych reguł konkurencji jest uniknięcie tego, aby przedsiębiorstwa, ograniczając konkurencję

miedzy sobą czy między nimi a osobami trzecimi, zmniejszały dobrobyt konsumenta końcowego przedmiotowych produktów (pkt 118 powyżej), to należy jeszcze wykazać, że ograniczenie, o jakim mowa, ogranicza konkurencję, działając na szkodę tego konsumenta. Komisja sama zresztą wytłumaczyła w trakcie rozprawy, że ograniczenie swobody działania hiszpańskich hurtowników było trudne do przewidzenia w odosobnieniu i stanowiło jedynie punkt wyjściowy jej analizy.

172 W konsekwencji GSK słusznie utrzymuje, że po powołaniu się na wpływ, jaki art. 4 ogólnych warunków sprzedaży miał na swobodę działania hiszpańskich hurtowników, Komisja winna była wykazać jeszcze, w jaki sposób skutkiem tego postanowienia umownego było ograniczenie konkurencji na szkodę konsumenta końcowego.

173 Po trzecie, nie kwestionuje się, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży ustanawia system zróżnicowanych cen, stosownie do którego każdy z omawianych 82 produktów leczniczych jest przeznaczony do sprzedaży w Hiszpanii i finansowany z systemu hiszpańskiego lub w innym państwie członkowskim.

174 Chociaż treść motywu 139 Decyzji może wydawać się na pierwszy rzut oka dwuznaczna w tej kwestii, w trakcie jej analizy okazuje się, że Komisja uważała, że taki system miał skutek dyskryminujący z uwagi na przeznaczenie przedmiotowych produktów (rynek hiszpański, z jednej strony, i inne krajowe rynki, z drugiej strony). Treść pism procesowych Komisji potwierdza taką interpretację. Po pierwsze, wprowadzony przez GW system zróżnicowanych cen jest tam porównywany do dyskryminacji cenowej zakazanej z uwagi na kraj przeznaczenia, ponieważ Komisja uważa, iż prowadzi on do stosowania nierównych warunków do równoważnych świadczeń w rozumieniu art. 81 ust. 1 lit. d) WE. Po drugie, Komisja powołała się tam na orzecznictwo dotyczące art. 82 lit. c) WE, którego brzmienie jest identyczne z tym przepisem.

175 Artykuł 81 ust. 1 lit. d) WE zakazuje porozumień polegających na stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji.

176 W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości co do tego, że hiszpańscy hurtownicy są partnerami handlowymi GW i że GW narzuca im nierówne warunki w zależności od tego, czy odsprzedają oni jej produkty lecznicze w Hiszpanii czy w innych państwach członkowskich Wspólnoty. Nie wykazano natomiast, że te sprzedaże stanowią równoważne świadczenia a zatem, że zostały spełnione przesłanki art. 81 ust. 1 lit. d) WE.

177 W istocie, z orzecznictwa, na które powołuje się Komisja, wynika, iż art. 82 lit. c) WE nie stoi na przeszkodzie temu, aby przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą ustalało różne ceny w różnych państwach członkowskich, zwłaszcza gdy różnice cen są uzasadnione wahaniami w warunkach sprzedaży i natężeniem konkurencji, lecz zakazuje mu stosowania sztucznie zróżnicowanych cen w różnych państwach członkowskich mogących działać na niekorzyść jego klientów i zakłócenie konkurencji w kontekście sztucznego podziału rynków krajowych (ww. w pkt 152 wyrok w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, pkt 160 i powoływane orzecznictwo). Z tego orzecznictwa wynika w sposób bardziej ogólny, że o ile okoliczność, iż przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą stosuje różne ceny, może w braku obiektywnego wytłumaczenia stanowić oznakę dyskryminacji, jeśli ceny te są stosowane na danym rynku geograficznym charakteryzującym się wystarczająco jednolitymi warunkami konkurencji, o tyle tak nie jest, w przypadku gdy ceny te są stosowane na odrębnych rynkach geograficznych charakteryzujących się niewystarczająco jednolitymi warunkami konkurencji zwłaszcza z uwagi na występujące właściwe uregulowania (zob. podobnie ww. w pkt 152 wyroki: w sprawie United Brands przeciwko Komisji, pkt 44–56 i 207, 208, 225, 228 i 233 oraz w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, pkt 92–96, 161, 164, 165, 167 i 170).

178 Rozważania te można przenieść na grunt niniejszej sprawy, w której wytwórca i hurtownicy godzą się na stosowanie różnych cen w zależności od państwa członkowskiego, w którym przedmiotowe produkty mają być odsprzedane i przez które mają być one finansowane. Bezsporne jest, że każde z tych państw członkowskich stanowi odrębny rynek w zakresie, w jakim właściwy rynek geograficzny jest rynkiem krajowym, zwłaszcza z uwagi na różnice w uregulowaniach dotyczących cen i zwrotu kosztów za przedmiotowe produkty lecznicze. Komisja sama zatem uznała w Decyzji, że jeśli hiszpańscy hurtownicy

zaopatrują jeden z tych rynków krajowych, to działają oni, biorąc w szczególności pod uwagę właściwe uregulowania, w warunkach konkurencji, które jeśli chodzi o cenę, parametr, którego dokładnie dotyczy art. 4 ogólnych warunków sprzedaży, są niejednolite.

179 W konsekwencji GSK słusznie utrzymuje, że stwierdzenie różnicy cen nie wystarcza do tego, aby dojść do wniosku, że ma miejsce dyskryminacja. W istocie jest możliwe, że stosuje ona różne ceny, ponieważ istnieją odmienne rynki, a nie po to, aby występowały odmienne rynki.

180 Takie wytłumaczenie proponuje ponadto sama Komisja, która zaznacza w ww. w pkt 135 komunikacie COM(1998) 588 wersja ostateczna, że spółki farmaceutyczne stosują zróżnicowane ceny, aby uwzględnić odmienną zdolność płatniczą (str. 6) i dodaje ogólnie, że ustanowienie właściwego poziomu cen dla całej Wspólnoty byłoby nadmiernie trudne, jako że wybór niskiego poziomu cen wywołałby co prawda natychmiastowy korzystny skutek dla celów udoskonalenia wydatków na ochronę zdrowia, lecz spowodowałby stałe zmniejszanie europejskiego wkładu w wysiłek inwestowania w BiR w dziedzinie farmaceutyki, a wybór wysokiego poziomu cen spowodowałby ograniczenie dostępu do ochrony zdrowia konsumentów i płatników, w krajach w których z racji panujących warunków ekonomicznych i społecznych nie dysponowaliby oni wystarczającymi środkami na zapłacenie takiej ceny (str. 14).

181 Po czwarte, GSK utrzymuje zasadniczo, że Komisja nie wykazała w żaden inny sposób, iż skutkiem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży było ograniczenie konkurencji.

182 Tak jednak nie jest. Przeciwnie, Komisja doszła do wniosku, jak sama przyznała w jej odpowiedziach na pytania pisemne Sądu, za pomocą relatywnie uproszczonej, lecz wystarczająco pełnej, z punktu widzenia stanu faktycznego sprawy (zob. pkt 119

powyżej) i argumentów GSK analizy, że skutkiem tego postanowienia umownego było również zmniejszenie dobrobytu konsumentów końcowych, pozbawionych korzyści w postaci obniżki cen i kosztów, płynących z udziału hiszpańskich hurtowników w konkurencji wewnątrz-markowej na będących pochodzenia hiszpańskiego rynkach przeznaczenia handlu równoległego.

183 Tak więc Komisja stwierdziła w motywach 72–75 Decyzji, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży nakładał na hiszpańskich hurtowników zakupujących produkty lecznicze sprzedawane w Hiszpanii przez GW obowiązek zapłaty ceny (ceny 4B) wyższej od ceny ustalonej przez hiszpańską administrację, którą płaciliby oni w braku ogólnych warunków sprzedaży (cena 4A). Skutkiem tego postanowienia umownego jest zatem obniżenie czy wyeliminowanie, w wielu przypadkach, istniejącego dotychczas zróżnicowania między cenami obowiązującymi w Hiszpanii a obowiązującymi w innych państwach członkowskich Wspólnoty. Liczba przypadków, o których mowa, jest znaczna w zależności od tego, czy pominiemy koszty poniesione przez hiszpańskich hurtowników, którzy zajmują się handlem równoległym (transport, ponowne zapakowanie), czy też je uwzględnimy. GSK nie kwestionuje tych ustaleń stanu faktycznego.

184 Komisja stwierdziła następnie w motywach 48 i 51 Decyzji, że pewna, choć niewielka, część ceny produktów leczniczych objętych ogólnymi warunkami sprzedaży była w niektórych państwach członkowskich pokrywana przez pacjenta, który stawał się w tym zakresie konsumentem końcowym przedmiotowych produktów w ekonomicznym znaczeniu tego słowa. Komisja również stwierdziła w pkt 49 i 51 Decyzji, że pozostała część ceny tych produktów leczniczych była pokrywana przez krajowy system ubezpieczeń zdrowotnych, który stawał się również konsumentem końcowym przedmiotowych produktów, jako że przejmował na siebie związane z utratą zdrowia ryzyko ekonomiczne ponoszone przez ubezpieczonych w zakładach ubezpieczeń społecznych. Trybunał podkreślił już ponadto w tym względzie specyfikę handlu produktami leczniczymi, który charakteryzuje wstąpienie instytucji ubezpieczeń społecznych w miejsce konsumentów, gdy chodzi o finansowanie kosztów medycznych (wyrok Trybunału z dnia 7 lutego 1984 r. w sprawie 238/82 Duphar i in., Rec. str. 523, pkt 20). GSK nie kwestionuje tych ustaleń faktycznych, których ważność dla przyjętego przez nią w Decyzji rozumowania przypomniała w trakcie rozprawy Komisja.

185 Zakładając nawet, że konkurencja między hiszpańskimi hurtownikami, którzy zajmują się handlem równoległym, czy też między tymi hurtownikami a działającymi na rynku państwa członkowskiego przeznaczenia handlu równoległego dystrybutorami jest ograniczona do takiego stopnia, że pozwala się im na stosowanie cen odsprzedaży, które są niższe od tych, które stosują dystrybutorzy jedynie w stopniu w jakim jest to rzeczywiście niezbędne dla przyciągnięcia podmiotów prowadzących handel detaliczny, jak ukazują to w sposób przekonywający niektóre z dowodów przedstawionych przez GSK, to Komisja mogła, jak uczyniła to w motywie 140 Decyzji, wywnioskować z ustaleń faktycznych przywołanych w uprzednich punktach, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży stał na przeszkodzie tej konkurencji i zasadniczo naciskowi, jaki w jego braku byłby wywierany na jednostkową cenę przedmiotowych produktów leczniczych, ze szkodą dla konsumenta końcowego przez którego rozumie się zarazem pacjenta i krajowy system ubezpieczeń zdrowotnych działający na rachunek osób uprawnionych z tego systemu.

186 Prawdą jest, jak podkreśliła Komisja w motywie 133 Decyzji, a następnie w jej odpowiedziach na pytania pisemne Sądu i w trakcie rozprawy, że nacisk ten rozważany w indywidualnej skali jednego z rynków krajowych, na które oddziałuje art. 4 ogólnych warunków sprzedaży, takich jak rynek brytyjski, może być marginalny. Jednakże Komisja zaznaczyła również w motywie 140 Decyzji, że utrudnianie tego nacisku za pomocą porozumienia zawartego ze znaczną liczbą hiszpańskich hurtowników i oddziałującego na znaczną ilość produktów i krajowych rynków we Wspólnocie, przyczyniało się lub mogło się przyczynić, za pomocą efektu sieciowego, do umocnienia istniejącej uprzednio na rynku sztywności cen. Takie umocnienie narusza art. 81 ust. 1 WE (zob. podobnie ww. w pkt 109 wyrok w sprawie Metro I, pkt 22; wyrok Trybunału z dnia 29 października 1980 r. w sprawie 209/78 Van Landewyck i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 3125, pkt 139).

187 GSK nie przedstawiła dowodów na popełnienie błędu w tym przedmiocie. Przeciwnie, przyznała w trakcie rozprawy, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży, mimo iż nakierowany zasadniczo na utrudnienie transferu nadwyżki na rzecz hurtowników mógł niemniej jednak spowodować ograniczone zmniejszenie korzyści jakie udział tych hurtowników w konkurencji wewnątrz-markowej przynosi konsumentowi końcowemu na rynkach przeznaczenia handlu równoległego.

188 Wreszcie Komisja stwierdziła w motywach 33, 34, 52 i 134 Decyzji, że niektóre z krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych korzystały w różnym stopniu i za pomocą różnych sposobów, z handlu równoległego, aby zmniejszyć koszty finansowanych przez nie produktów leczniczych. Chociaż GSK kwestionuje, że środki krajowe, na które powołuje się Komisja, mają na celu wspieranie handlu równoległego, nie kwestionuje ona, że mogą one spowodować taki skutek, jak zaznaczyła to, bez sprzeciwu z drugiej strony, w trakcie rozprawy Komisja. Przeciwnie, niektóre z dowodów, które przedstawiła GSK, ukazują w sposób przekonywający, że tak może być. Wreszcie GSK przyznaje również w swoich odpowiedziach na pytania pisemne i w trakcie rozprawy, że niektóre państwa członkowskie podejmują środki w celu odzyskania części dochodów generowanych przez apteki w drodze handlu równoległego.

189 Koncentrując się na przykładzie Zjednoczonego Królestwa, które stanowiło według GSK główny rynek docelowy handlu równoległego produktami leczniczymi sprzedawanymi w Hiszpanii przez GW, Komisja mogła wywnioskować, w motywie 134 Decyzji, iż skutkiem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży było pozbawienie krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych korzyści, którą czerpały one, w postaci obniżenia kosztów i niezależnie od każdej obniżki ceny detalicznej, z udziału hiszpańskich hurtowników w konkurencji wewnątrz-markowej. Podkreślając przy tym ograniczony charakter tego skutku, GSK przyznała skądinąd jego istnienie w trakcie rozprawy. Przyznała ona również, że skutek ten mógł wystąpić w innych państwach członkowskich niż Zjednoczone Królestwo.

190 Należy zatem dojść do wniosku, iż Komisja mogła uznać, w świetle dowodów, których stosowność nie została w sposób przekonywający podważona przez GSK, iż skutkiem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży było zmniejszenie dobrobytu konsumentów końcowych poprzez pozbawienie ich korzyści, w postaci obniżki cen i kosztów, płynących z udziału hiszpańskich hurtowników w konkurencji wewnątrz-markowej na krajowych rynkach przeznaczenia handlu równoległego pochodzenia hiszpańskiego.

191 Żaden z argumentów GSK nie wydaje się podważać tego wniosku.

192 W szczególności bezpodstawny jest jej główny argument, stosownie do którego art. 4 ogólnych warunków sprzedaży jest uzasadniony, ponieważ neutralizuje przypisywane Królestwu Hiszpanii zakłócenie konkurencji. W istocie okoliczność, iż kontekst prawny i gospodarczy, w którym działają przedsiębiorstwa, przyczynia się do ograniczenia konkurencji, nie może prowadzić do uznania, że te przedsiębiorstwa, uniemożliwiając czy ograniczając konkurencję, na której istnienie czy powstanie ten kontekst zezwala, naruszają z kolei reguły konkurencji (ww. w pkt 104 wyrok w sprawie Suiker Unie i in. przeciwko Komisji, pkt 620 i ww. w pkt 66 wyrok w sprawie CIF, pkt 57).

4. Wniosek

193 Z powyższego wynika, iż GSK nie zdołała podważyć wniosku Komisji, zgodnie z którym ogólne warunki sprzedaży stanowiły porozumienie w rozumieniu art. 81 ust. 1 WE.

194 Z powyższego wynika również, że nawet gdyby główny wniosek Komisji, stosownie do którego celem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży jest ograniczenie konkurencji, był błędny, to GSK nie zdołała podważyć jej wniosku ubocznego, zgodnie z którym skutkiem tego postanowienia umownego było pozbawienie konsumentów końcowych korzyści płynących, w postaci obniżki cen i kosztów, z udziału hiszpańskich hurtowników w konkurencji wewnątrz-markowej na krajowych rynkach przeznaczenia handlu równoległego pochodzenia hiszpańskiego.

195 W konsekwencji należy oddalić zarzut naruszenia art. 81 ust. 1 WE.

C — *W przedmiocie zarzutu nadużycia władzy, naruszenia zasady pomocniczości i naruszenia art. 43 WE*

1. Argumenty uczestników

196 GSK podnosi zasadniczo, iż zakazując jej stosowania zróżnicowanych cen, Decyzja nakłada na nią ostatecznie obowiązek stosowania cen ustalonych przez hiszpańską administrację, dla celów hurtowej sprzedaży produktów leczniczych przeznaczonych do odsprzedaży w Hiszpanii i finansowanych z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, w ramach hurtowej sprzedaży produktów leczniczych przeznaczonych do odsprzedaży w innych państwach członkowskich czy finansowanych przez inne krajowe systemy ubezpieczeń zdrowotnych, które posiadają swój własny system kontroli cen. Czyniąc w ten sposób, Komisja naruszyła zasadę pomocniczości. Ponadto naruszyła ona przewidziane w art. 43 WE prawo przedsiębiorczości. Wreszcie, o ile celem Komisji jest wspomaganie w ten sposób spójności cen produktów leczniczych we Wspólnocie, o tyle dopuściła się ona nadużycia władzy.

197 Komisja, popierana przez interwenientów, kwestionuje zasadność tego zarzutu.

2. Ocena Sądu

198 Należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że dana decyzja stanowi nadużycie władzy jedynie wtedy, gdy na podstawie obiektywnych, istotnych i spójnych przesłanek wydaje się, że została ona wydana wyłącznie lub przede wszystkim w celu osiągnięcia innych celów niż wskazane (wyroki Trybunału: z dnia 21 czerwca 1958 r. w sprawie 8/57 Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges przeciwko Wysokiej Władzy, Rec. str. 223, 245 i z dnia 11 listopada 2004 r. w sprawach połączonych C-186/02 P i C-188/02 P Ramondín i in. przeciwko Komisji, str. I-10653, pkt 44).

199 W niniejszej sprawie z pism procesowych GSK wynika, że spekuluje ona, gdy chodzi o cel, jaki przypisuje ona Komisji, a nie korzysta ze wskazówek pozwalających na wykazanie w stopniu wymaganym przez prawo, że Decyzja została wydana wyłącznie lub przede wszystkim w celu wspomaganie spójności cen produktów leczniczych we Wspólnocie.

200 Po drugie, art. 5 akapit drugi WE stanowi, że w dziedzinach, które nie należą do jej kompetencji wyłącznej, Wspólnota podejmuje działania, zgodnie z zasadą pomocniczości, tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele proponowanych działań nie mogą być osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, natomiast z uwagi na rozmiary lub skutki proponowanych działań możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Wspólnoty.

201 W ramach art. 81 ust. 1 WE zasada proporcjonalności oznacza konkretnie ograniczenie przewidzianego tam zakazu porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw i praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. TTak więc, gdy na podstawie całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych można przewidzieć z wystarczającym stopniem prawdopodobieństwa, że takie zachowania mogą wywierać wpływ bezpośredni lub pośredni, rzeczywisty lub potencjalny na stosunki handlowe między państwami członkowskimi, zachowania te winny być uważane za mogące wpływać na handel między państwami członkowskimi (ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, str. 495 i wyrok Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-359/01 P British Sugar przeciwko Komisji, Rec. str. I-4933, pkt 27), co oznacza, iż właściwa staje się interwencja Wspólnoty z racji rozmiarów i skutków jej działań (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 23 października 2003 r. w sprawie T-65/98 Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, Rec. str. II-4653, pkt 197 i 198).

202 Kiedy interwencja ta przybiera formę decyzji Komisji, Komisja działa zatem zgodnie z zasadą pomocniczości, jeśli wykazuje w stopniu wymaganym przez prawo, że porozumienie między przedsiębiorstwami, decyzja związków przedsiębiorstw czy praktyka uzgodniona, których zgodność z prawem ona analizuje, mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi.

203 W niniejszej sprawie Komisja uznała zasadniczo w motywach 145 i 146 Decyzji, a GSK tego nie kwestionuje, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży mógł wpływać na handel między państwami członkowskimi w zakresie, w jakim wprowadzał on zróżnicowane ceny w zależności od tego, czy hurtownicy, z którymi GW nawiązywała stosunki handlowe w Hiszpanii, przeznaczali produkty lecznicze, które od niej zakupywali, do odsprzedaży w Hiszpanii czy w innych państwach członkowskich Wspólnoty.

204 Wreszcie, po trzecie, art. 43 WE przyznaje osobom mającym przynależność państwa członkowskiego, do których art. 48 WE zalicza spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty, podstawową swobodę (wyroki Trybunału: z dnia 6 października 1981 r. w sprawie 246/80 Broekmeulen, Rec. str. 2311, pkt 20 i z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 Kraus, Rec. str. I-1663, pkt 28 i 29) podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w każdym innym państwie członkowskim na takich samych warunkach jak przyznane osobom mającym przynależność tego innego państwa członkowskiego i zakazuje utrzymywania lub wprowadzania ograniczeń w tej swobodzie.

205 Ograniczeniami takimi są wszystkie środki krajowe, które, nawet jeżeli stosowane bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, mogą postawić osoby mające przynależność innych państw członkowskich w niekorzystnej sytuacji faktycznej lub prawnej w porównaniu do sytuacji osób mających przynależność przyjmującego państwa członkowskiego, a w ten sposób zakłócić lub uczynić mniej atrakcyjnym wykonywanie tej podstawowej swobody, bez uszczerbku dla wyjątków przewidzianych traktatem i tych uznanych przez Trybunał (wyroki Trybunału: z dnia 11 maja 1999 r. w sprawie C-255/97 Pfeiffer, Rec. str. I-2835, pkt 18 i 19 i z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie C-140/03 Komisja przeciwko Grecji, Rec. str. I-3177, pkt 27).

206 W niniejszej sprawie GSK żąda stwierdzenia nieważności decyzji w przedmiocie stosowania art. 81 ust. 1 WE, która została wydana przez Komisję w ramach wykonywania uprawnień przyznanych jej przez wspólnotowe reguły konkurencji.

Z natury swej taka decyzja ani nie stanowi, ani nie zawiera jakiegokolwiek środka krajowego mogącego stanowić zakazane przez art. 43 WE ograniczenie. Jest zatem bezskuteczne podnoszenie przeciwko niej naruszenia tego przepisu (zob. podobnie, jeśli chodzi o art. 49 WE, postanowienie Trybunału z dnia 23 lutego 2006 r. w sprawie C-171/05 P Piau przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. I-37, pkt 58).

207 Zatem należy w całości oddalić zarzut nadużycia władzy, naruszenia zasady pomocniczości i naruszenia art. 43 WE, jak również żądania GSK w zakresie, w jakim ich celem jest stwierdzenie nieważności art. 1 Decyzji.

II — *W przedmiocie zarzutu prowadzącego do stwierdzenia nieważności art. 2 Decyzji*

A — *W przedmiocie zarzutu niewystarczalności uzasadnienia*

1. Argumenty uczestników

208 GSK podnosi zasadniczo, iż Decyzja nie jest wystarczająco uzasadniona, jako że Komisja nie przeprowadziła, a winna była to uczynić z uwagi na ww. w pkt 47 wyrok w sprawie Bayer przeciwko Komisji, stosownej analizy argumentów faktycznych i dowodów, jakie zostały jej przedstawione w trakcie postępowania administracyjnego w przedmiocie odpowiednich korzyści i niedogodności handlu równoległego i art. 4 ogólnych warunków sprzedaży dla konkurencji w sektorze produktów leczniczych.

209 Komisja wspierana przez interwenientów kwestionuje zasadność tego zarzutu.

2. Ocena Sądu

210 Kwestia stosownego charakteru analizy przeprowadzonej przez Komisję w decyzji w przedmiocie zastosowania reguł konkurencji nie wchodzi w zakres kontroli w przedmiocie istnienia i zakresu uzasadnienia tej decyzji, lecz kontroli prawidłowości tego uzasadnienia (ww. w pkt 54 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, pkt 67 i wyrok Sądu z dnia 13 stycznia 2004 r. w sprawie T-158/99 Thermenhotel Stoiser Franz i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-1, pkt 97).

211 W niniejszej sprawie GSK podnosi, iż Decyzja nie jest wystarczająco uzasadniona, jako że analiza argumentów faktycznych i dowodów przedstawionych na poparcie jej wniosku o wyłączenie nie została przeprowadzona w sposób stosowny. Kwestionuje ona zatem nie tyle niewystarczalność uzasadnienia Decyzji, co prawidłowość uzasadnienia, na którym opierała się ocena tego wniosku w świetle art. 81 ust. 3 WE.

212 Niniejszy zarzut wiąże się zatem faktycznie z analizowanym później zarzutem naruszenia tego przepisu.

213 W zakresie, w jakim GSK zamierza również podnosić, że Decyzja jest niewystarczająco uzasadniona, jeśli chodzi o oddalenie jej wniosku o wyłączenie, krytyka ta nie wydaje się być zasadna. W istocie w motywach 147–188 Decyzji Komisja ukazuje w wystarczająco rozwinięty sposób, aby pozwolić GSK na zrozumienie jej rozumowania, a sędziemu na jego kontrolę, iż wniosek ten należy jej zdaniem oddalić na takiej podstawie, że nie przedstawiono w stopniu wymaganym przez prawo dowodu na spełnienie wszystkich wymaganych przesłanek przyznania wyłączenia, a przede wszystkim dowodu na wzrost wydajności.

B — *W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 81 ust. 3 WE*

1. Treść Decyzji

214 Komisja uznała w motywach 147–189 Decyzji, iż GSK nie wykazała, że w niniejszej sprawie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 81 ust. 3 WE.

215 W odniesieniu do pierwszej przesłanki zastosowania tego przepisu Komisja uznała w motywach 151 i 154–176 Decyzji, iż GSK nie wykazała w stopniu wymaganym przez prawo, iż ogólne warunki sprzedaży przyczyniłyby się do popierania postępu technicznego czy polepszenia dystrybucji produktów leczniczych.

216 W odniesieniu do drugiej przesłanki zastosowania art. 81 ust. 3 WE Komisja uznała w motywach 177–186 Decyzji, iż GSK nie wykazała w stopniu wymaganym przez prawo, że słuszna część zysku, jaki może wynikać z ogólnych warunków sprzedaży, przypadnie użytkownikom.

217 Komisja dodała w motywach 187 i 188 Decyzji, że nie wykazano również, że ogólne warunki sprzedaży nie nakładały ograniczeń, które nie były niezbędne i nie eliminowały konkurencji w odniesieniu do znacznej części przedmiotowych produktów leczniczych.

2. Argumenty uczestników

218 GSK utrzymuje, iż wniosek Komisji, stosownie do którego nie wykazano, że zostały spełnione przesłanki przyznania wyłączenia, jest dotknięty błędami, które uzasadniają stwierdzenie nieważności art. 2 Decyzji.

219 W sposób ogólny podnosi ona zasadniczo, iż Komisja nie przeprowadziła poważnej analizy argumentów faktycznych i dowodów na poparcie jej wniosku o wyłączenie. Powołuje się ona następnie na argumenty dotyczące każdej z przesłanek zastosowania art. 81 ust. 3 WE.

220 Po pierwsze, jeśli chodzi o pierwszą z tych przesłanek, to GSK podnosi, że Komisja nie dokonała rzetelnej analizy jej argumentów faktycznych i jej dowodów, na to że handel równoległy prowadziłby do utraty wydajności, zmniejszając jej zdolność innowacyjną, podczas gdy art. 4 ogólnych warunków sprzedaży przyniósłby wzrost wydajności, pozwalając jej na zwiększenie jej zdolności innowacyjnej. Uważa ona, że Komisja błędnie doszła do wniosku, że nie wykazano, iż handel równoległy posiadał związek z innowacją, a w każdym razie posiadał istotny wpływ na innowację. Uważa ona, że udowodniła istnienie wkładu w popieranie postępu technicznego.

221 GSK utrzymuje, po drugie, że Komisja doszła do błędnego wniosku, że nie wykazano, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży przyczyniał się do polepszenia dystrybucji produktów leczniczych, ograniczając handel równoległy, który powoduje opóźnienia we wprowadzaniu produktów na rynek w niektórych państwach członkowskich, jak również mniej niż optymalny przydział produktów leczniczych oferowanych na sprzedaż przez GSK.

222 Jeśli chodzi o drugą przesłankę zastosowania art. 81 ust. 3 WE, to GSK utrzymuje, że Komisja doszła do błędnego wniosku, iż nie wydawało się, aby słuszna część zysku jaki wynika z art. 4 ogólnych warunków sprzedaży przypadła użytkownikom. W istocie Komisja źle zidentyfikowała użytkowników, zaliczając do nich hurtowników i nie biorąc w pełni pod uwagę roli odgrywanej przez państwa członkowskie w przedmiotowym sektorze. Ponadto zdaniem GSK Komisja wyraźnie błędnie oceniła całość korzyści, jakich mogli spodziewać się użytkownicy z jej systemu zróżnicowanych cen w porównaniu do sytuacji, w jakiej się oni znajdują w następstwie handlu równoległego.

223 Ponadto GSK uważa, że wyraźnie wykazała, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży był niezbędny, w rozumieniu trzeciej przesłanki zastosowania art. 81 ust. 3 WE, dla realizacji korzyści, jakich się ona spodziewała dla użytkowników.

224 Wreszcie GSK uważa, że udowodniła, iż to postanowienie umowne nie doprowadziłoby do wyeliminowania znacznej części konkurencji, przy uwzględnieniu jej charakteru i natężenia, zgodnie z czwartą przesłanką zastosowania art. 81 ust. 3 WE.

225 Komisja popierana przez interwenientów kwestionuje zasadność tych argumentów.

226 Podnosi po pierwsze, iż przeprowadziła ona rzetelną i stosowną analizę wszystkich argumentów faktycznych i dowodów przedstawionych przez GSK na poparcie jej wniosku o wyłączenie.

227 Utrzymuje ona po drugie, iż mogła dojść do wniosku, że GSK nie przedstawiła dowodów na istnienie przesłanek zastosowania art. 81 ust. 3 WE.

228 W tym względzie uważa ona po pierwsze, że GSK nie może ograniczać się do twierdzenia, że porozumienie, jakie ona zawarła z zamiarem lub skutkiem utrudnienia handlu równoległego, pozwoli jej na maksymalizację jej zysków handlowych i przeznaczenie części tych zysków na finansowanie jej działalności w zakresie BiR. Spoczywa na niej natomiast obowiązek wykazania za pomocą wystarczających i przekonywujących dowodów, że istnieje obiektywny, specyficzny i bezpośredni związek przyczynowy między ograniczeniem konkurencji spowodowanym przez to porozumienie a odpowiednim dla jego zrekompensowania wzrostem wydajności. W niniejszej sprawie Komisja mogła uznać, że nie wykazano takiego związku przyczynowego.

229 Po drugie, Komisja uważa, że argumenty GSK, nawet przy założeniu, że są one wystarczająco specyficzne, aby zostały wzięte pod uwagę, zgodnie z którymi handel równoległy zakłóca dystrybucję produktów leczniczych i powoduje opóźnienia we wprowadzeniu produktów na rynek, co stanowi trudności, którym zaradziłby art. 4 ogólnych warunków sprzedaży, nie zostały w żadnym momencie w trakcie postępowania administracyjnego podparte w stopniu wymaganym przez prawo.

230 Po trzecie, Komisja jest zasadniczo zdania, że hurtowników należy zaliczyć do użytkowników i że można uznać, że korzystają oni tak samo jak pacjenci czy krajowe systemy ubezpieczeń zdrowotnych z handlu równoległego. Dodaje ona, że nigdy natomiast nie zostało wykazane w stopniu wymaganym przez prawo, że użytkownicy odnosiliby również korzyści z art. 4 ogólnych warunków sprzedaży.

231 Po czwarte, Komisja twierdzi, że argumenty GSK nie ukazują, iż, w przeciwieństwie do tego, co stwierdziła ona w Decyzji, został udowodniony niezbędny charakter art. 4 ogólnych warunków sprzedaży.

232 Po piąte, Komisja podnosi również, iż argumenty GSK nie podważają w solidny sposób oceny, zgodnie z którą nie zostało wykazane, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży nie doprowadziłby do wyeliminowania konkurencji dla znacznej części przedmiotowych produktów.

3. Ocena Sądu

a) Rozważania wstępne

233 Każde porozumienie ograniczające konkurencję, czy to z racji jego skutku czy celu, może co do zasady korzystać z wyłączenia (ww. w pkt 110 wyrok Consten i Grundig przeciwko Komisji, pkt 496–498 i 501–505 oraz wyrok Sądu z dnia 15 lipca 1994 r. w sprawie T-17/93 Matra Hachette przeciwko Komisji, Rec. str. II-595, pkt 85), co zaznaczyła ponadto Komisja w motywie 153 Decyzji i w trakcie rozprawy.

234 Zastosowanie tego przepisu podlega pewnym przesłankom, których spełnienie jest zarazem konieczne i wystarczające (ww. w pkt 57 wyrok w sprawie Remia i in. przeciwko Komisji, pkt 38 i ww. w pkt 233 wyrok w sprawie Matra Hachette przeciwko Komisji, pkt 104). Po pierwsze, wymaga się, aby dane porozumienie przyczyniało się do polepszania produkcji lub dystrybucji przedmiotowych produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego, po drugie, aby słuszna część zysku, który z tego wynika, była zastrzeżona dla użytkowników, po trzecie, aby nie nakładało ono żadnego zbędnego ograniczenia na przedsiębiorstwa w nim uczestniczące i po czwarte, aby nie dawało im możliwości eliminowania konkurencji w stosunku do znacznej części danych produktów.

235 W konsekwencji osoba, która powołuje się na art. 81 ust. 3 WE, winna za pomocą przekonujących argumentów i dowodów wykazać, że jego przesłanki zostały spełnione (wyrok Trybunału z dnia 17 stycznia 1984 r. w sprawach połączonych 43/82 i 63/82 VBVB i VBBB przeciwko Komisji, Rec. str. 19, pkt 52 i ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 78).

236 Komisja winna ze swej strony w sposób odpowiedni przeanalizować te argumenty i dowody (ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, str. 501), to znaczy ustalić, czy ukazują one, że przesłanki zastosowania art. 81 ust. 3 WE zostały spełnione. W niektórych przypadkach argumenty te i dowody są tego rodzaju iż mogą zobowiązywać Komisję do podania wyjaśnień czy przedstawienia uzasadnienia w braku których możliwe jest dojście do wniosku że ciężar dowodu spoczywający na osobie powołującej się na art. 81 ust. 3 WE został spełniony (ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 79). Komisja zgadza się w swoich pismach procesowych, że w takim przypadku powinna odeprzeć takie argumenty i dowody.

237 W niniejszej sprawie Komisja skoncentrowała swoją analizę na pierwszej przesłance zastosowania art. 81 ust. 3 WE, jak to zresztą podkreśliła w swoich pismach procesowych i następnie w trakcie rozprawy. Stwierdziła ona w motywach 151 i 154–176 Decyzji, że argumenty faktyczne i dowody przedstawione przez GSK w trakcie postępowania administracyjnego nie ukazały, że przesłanka ta została spełniona.

238 Argumenty faktyczne i dowody przedstawione przez GSK celem wykazania, że słuszna część zysku wynikająca z jej ogólnych warunków sprzedaży była zastrzeżona dla użytkowników i w konsekwencji druga przesłanka zastosowania art. 81 ust. 3 WE została spełniona, zostały zatem odrzucone, jak potwierdziła to Komisja w trakcie rozprawy. W istocie Komisja uznała w motywie 179 Decyzji, iż skoro GSK nie przedstawiła dowodów na to, że ograniczenie handlu równoległego pozwoliło faktycznie na uzyskanie którejś z korzyści wymaganych w ramach pierwszej przesłanki, to druga przesłanka też nie mogła być spełniona z takim skutkiem, że nie trzeba było poddawać jej dalszej analizie. Dopiero później i jedynie w interesie

potraktowania kwestii w sposób wyczerpujący Komisja odpowiedziała w motywach 180–186 Decyzji na niektóre z argumentów przywołanych przez GSK celem wykazania, że handel równoległy nie przyniesie zysku, którego słuszna część byłaby zastrzeżona dla użytkowników.

239 Gdy chodzi o trzecią i czwartą przesłankę zastosowania art. 81 ust. 3 WE, to zostały one przeanalizowane w sposób skrócony, jak zaznaczyła to Komisja w swoich pismach procesowych, a następnie w trakcie rozprawy, i w konsekwencji zostały zasadniczo również odrzucone. Tak więc trzecia przesłanka została odrzucona w motywie 187 Decyzji na takiej podstawie, że skoro nie istniały dowody na to, że ogólne warunki sprzedaży przynosiły korzyści, to w rezultacie nie istniał żaden wkład, którego niezbędny charakter można by było analizować. Czwarta przesłanka została odrzucona w motywie 188 Decyzji, ponieważ GSK nie przedstawiła żadnych związanych z nią innych argumentów, których uprzednio nie podniosła i które nie zostały już odrzucone.

240 W tych okolicznościach do Sądu należy przede wszystkim ustalenie, czy Komisja mogła dojść do wniosku, że argumenty faktyczne i dowody na poparcie wniosku GSK o wyłączenie nie wykazywały, że pierwsza przesłanka zastosowania art. 81 ust. 3 WE została spełniona. Dopiero wtedy, kiedy przesłanka ta nie byłaby spełniona, do Sądu należałoby ustalenie, czy Komisja mogła dojść do wniosku, że nie zostało ponadto wykazane, że trzy pozostałe przesłanki zastosowania tego przepisu zostały spełnione.

241 W tym względzie sąd, który rozpatruje wniosek o stwierdzenie nieważności decyzji w przedmiocie zastosowania art. 81 ust. 3 WE, przeprowadza, w zakresie w jakim ma on do czynienia ze złożonymi ocenami ekonomicznymi, kontrolę ograniczającą się w kwestiach merytorycznych do sprawdzenia prawidłowości ustaleń stanu faktycznego, braku oczywistego błędu w ocenie tych ustaleń i prawidłowości kwalifikacji prawnych, które z niego wynikają (ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, str. 501; ww. w pkt 109 wyrok w sprawie Metro I, pkt 25; ww. w pkt 57 wyrok w sprawie Remia i in. przeciwko Komisji, pkt 34; ww. w pkt 55 wyrok w sprawie Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, pkt 279).

242 Sąd powinien dokonać weryfikacji nie tylko materialnej dokładności przytoczonego materiału dowodowego, jego niezawodności i spójności, ale także kontroli tego, czy te materiały stanowią zbiór odpowiednich danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji, i czy może on stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na jego podstawie (wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r. w sprawie C-12/03 P Komisja przeciwko Tetra Laval, Zb.Orz. str. I-987, pkt 39 i wyrok Sądu z dnia 14 grudnia 2005 r. w sprawie T-210/01 General Electric przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-5575, pkt 62 i 63).

243 Nie należy do niego natomiast zastąpienie jego oceną ekonomiczną oceny dokonanej przez autora decyzji, o której kontrolę zgodności z prawem do niego wniesiono.

244 Należy zaobserwować, iż Komisja dysponuje zakresem uznania poddanym jedynie ograniczonej kontroli sądowej, w trakcie analizy, która polega, w momencie kiedy ustalono, że spełnione zostało jedno z kryteriów wyłączenia na podstawie art. 81 ust. 3 WE, na wyważeniu korzyści, jakich należy spodziewać się z wprowadzenia w życie porozumienia, i niedogodności, jakie z niego wynikają dla konsumenta końcowego ze względu na jego wpływ na konkurencję; wyważenie to przybiera formę osiągania równowagi w świetle ogólnego interesu ocenianego na poziomie wspólnotowym.

245 Ponadto kontrola decyzji Komisji jest przeprowadzana wyłącznie w świetle okoliczności stanu faktycznego i prawnego istniejącego w momencie wydania zaskarżonej decyzji, bez uszczerbku dla przyznanej stronom, w wykonywaniu ich prawa do obrony, możliwości ich uzupełnienia dowodami późniejszymi w stosunku do tej daty, lecz zebranymi specjalnie w celu zakwestionowania czy też obrony tejże decyzji (zob. pkt 58 powyżej).

246 Z niniejszej sprawy wynika, że dowody, które nie istniały w momencie wydania Decyzji i które nie zostały zebrane specjalnie w celu jej zakwestionowania czy obrony, w zakresie w jakim w Decyzji Komisja stwierdza, że należy odrzucić wniosek

GSK o wyłącznie, w szczególności informacje co do stanu faktycznego dotyczące okresu 2001–2005 i studia zatytułowane: „Benefis to Payers and Patients from Parallel Trade" przeprowadzone przez York University w maju 2003 r., „The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis" przeprowadzone przez London School of Economics and Political Sciences w styczniu 2004 r. i „Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union" przeprowadzone przez M. Ganslandta i K.E. Maskusa w lutym 2004 r., winny być, jak to słusznie podkreśliła Komisja w swoich odpowiedziach na pytania pisemne Sądu i w trakcie rozprawy, od początku nie brane pod uwagę.

b) W przedmiocie dowodu na istnienie wzrostu wydajności

247 Aby podlegać wyłączeniu na podstawie art. 81 ust. 3 WE, dane porozumienie winno przyczyniać się do polepszenia produkcji czy dystrybucji produktów bądź do popierania postępu technicznego lub gospodarczego. Wkład ten nie oznacza wszystkich korzyści, jakie czerpią z niego przedsiębiorstwa w nim uczestniczące, gdy chodzi o ich działalność, lecz z odczuwalnymi obiektywnymi korzyściami, jakie mogą rekompensować niedogodności, które z niego wynikają dla konkurencji (zob. w przedmiocie wkładu w polepszenie produkcji czy dystrybucji ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, str. 502 i 503; wyrok Sądu z dnia 8 czerwca 1995 r. w sprawie T-7/93 Langnese-Iglo przeciwko Komisji, Rec. str. II-1533, pkt 180 i ww. w pkt 201 wyrok w sprawie Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, pkt 139; zob. również w przedmiocie wkładu w popieranie postępu ww. w pkt 233 wyrok w sprawie Matra Hachette przeciwko Komisji, pkt 108–111).

248 Do Komisji należy zatem w pierwszej kolejności dokonanie analizy, czy argumenty faktyczne i dowody, jakie zostały jej przedstawione, ukazują w sposób przekonywający, że porozumienie, o którym mowa, umożliwi uzyskanie odczuwalnych korzyści (zob. podobnie ww. w pkt 109 wyrok w sprawie Metro I, pkt 43; ww. w pkt 58 wyrok w sprawie Metro II, pkt 55; ww. w pkt 171 wyrok Sądu w sprawie M6 i in. przeciwko

Komisji, pkt 143 i wyrok z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie T-231/99 Joynson przeciwko Komisji, Rec. str. II-2085, pkt 48 i 49) przy założeniu, że mogą one pojawić się nie tylko na rynku właściwym, lecz również na innych rynkach (wyrok Sądu z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie T-86/95 Compagnie générale maritime i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-1011, pkt 343).

249 Takie podejście może pociągać za sobą prospektywną analizę, w którym to przypadku należy badać, czy w świetle przedstawionych argumentów faktycznych i dowodów wydaje się bardziej lub mniej prawdopodobne, że przedmiotowe porozumienie umożliwi przyniesienie odczuwalnych korzyści (zob. podobnie ww. w pkt 248 wyrok w sprawie Compagnie générale maritime i in. przeciwko Komisji, pkt 365 i ww. w pkt 201 wyrok w sprawie Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, pkt 143; zob. również analogicznie ww. w pkt 242 wyroki: w sprawie Tetra Laval przeciwko Komisji, pkt 42 i 43 i w sprawie General Electric przeciwko Komisji, pkt 64).

250 W drugiej kolejności do Komisji należy, w danym wypadku, dokonanie oceny, czy te odczuwalne obiektywne korzyści mogą zrekompensować niedogodności dla konkurencji wykazane w trakcie analizy przeprowadzonej na podstawie art. 81 ust. 1 WE (zob. podobnie ww. w pkt 186 wyrok w sprawie Van Landewyck i in. przeciwko Komisji, pkt 183–185).

251 W niniejszej sprawie GSK podnosi, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży winien zezwolić na przyniesienie korzyści pojawiających się zarówno na odcinku znajdującym się powyżej przedmiotowego rynku poprzez wspomaganie innowacji, jak i na samym tym rynku poprzez optymalizowanie dystrybucji produktów leczniczych. Ponieważ rynki te odpowiadają innym etapom łańcucha wartości, konsument końcowy, który będzie mógł odczuć te korzyści, jest ten sam.

252 Należy zatem ustalić przede wszystkim, czy Komisja mogła dojść do wniosku, że przedstawione przez GSK argumenty faktyczne i dowody, których analiza oznaczała prospektywną analizę, nie wykazywały z wystarczającym prawdopodobieństwem, że

art. 4 ogólnych warunków sprzedaży winien pozwolić na uzyskanie odczuwalnej obiektywnej korzyści mogącej zrekompensować niedogodność, jaką powodował on dla konkurencji poprzez wspomaganie innowacji.

W przedmiocie istnienia odczuwalnych obiektywnych korzyści

253 Uwzględniając charakter uwag krytycznych GSK, należy w pierwszej kolejności przedstawić argumenty faktyczne i dowody na poparcie jej wniosku o wyłączenie w tej kwestii, a następnie przeprowadzić kontrolę sposobu, w jaki przeanalizowała je Komisja.

254 Po pierwsze, motywy 90, 92–99, 151 i 154 Decyzji, jak również motywy 64–68 Decyzji, do których się one odnoszą, ukazują w skrócie argumenty przedstawione przez GSK w celu przekonania Komisji, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży umożliwiłby wspomaganie innowacji.

255 Jak wynika z Decyzji, argumenty koncentrują się wokół dwóch blisko powiązanych ze sobą, lecz zarazem odrębnych osi. Z jednej strony, jak na to wskazuje zdanie pierwsze motywu 154 Decyzji, handel równoległy produktami leczniczymi sprzedawanymi przez GW w Hiszpanii powoduje utratę wydajności konkurencji między-markowej, ponieważ osłabia on zdolność innowacyjną GSK. Z drugiej strony, jak ukazują to zdania drugie i trzecie tego samego motywu, art. 4 ogólnych warunków sprzedaży spowoduje wzrost wydajności konkurencji między-markowej, w zakresie w jakim pozwoli na wzmocnienie zdolności innowacyjnej GSK.

256 Jak wynika również z Decyzji, te dwie osie rozumowania są rozwinięte w zgłoszeniu GW, w zgłoszeniu uzupełniającym GSK, a przede wszystkim w niektórych dowodach natury ekonomicznej czy ekonometrycznej przedstawionych przez GSK w trakcie postępowania administracyjnego, zwłaszcza w odpowiedzi na pismo Komisji w sprawie przedstawienia zarzutów. Te dowody zostały umieszczone w aktach sprawy, głównie w załącznikach do pism procesowych GSK, których zawartość one potwierdzają i uzupełniają, a w pozostałym zakresie, w odpowiedzi na środki organizacji postępowania. Chodzi tu o następujące dowody:

— studium zatytułowane „Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports", przeprowadzone przez London Economics;

— studium zatytułowane „Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning Glaxo Wellcome's Spanish Pricing Agreements", przeprowadzone przez Frontier Economics;

— studium zatytułowane „The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare", przeprowadzone przez profesora P. Reya;

— studium zatytułowane „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Krytyka", przeprowadzone przez Frontier Economics;

— studium zatytułowane „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Krytyka", przeprowadzone przez profesora P. Reya;

— prezentacja zatytułowana „Glaxo Wellcome's R&D budgeting process", zrealizowana przez A. Baxtera.

257 Z całości tekstu Decyzji i z innych dowodów przywołanych w poprzednim punkcie wynika, że argumenty GSK, pomimo iż umieszczone w różnych dokumentach i pomimo że sposób ich przedstawienia może być zróżnicowany, a ich zawartość może być mniej lub bardziej rozwinięta, zwłaszcza w świetle aspektu pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, przeciwko któremu skierowany jest dokument, który je zawiera, przedstawiają się zasadniczo w sposób następujący:

258 Po pierwsze, zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez GSK handel równoległy produktami leczniczymi sprzedawanymi w Hiszpanii przez GW powoduje utratę wydajności. W rezultacie:

— sektor opatentowanych i finansowanych z krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych produktów leczniczych charakteryzuje się tym, że innowacja stanowi parametr określający konkurencję między markami;

— innowację zapewnia poziom wydatków na BiR, który jest zarazem znaczny i wyższy od tego, który charakteryzuje większość innych przemysłów; w przypadku GSK te wydatki odpowiadają w przybliżeniu 14% jej obrotów lub w przybliżeniu 1,3 miliarda GBP;

— ponieważ inwestycje w BiR są kosztowne, ryzykowne i długoterminowe, są one finansowane raczej z funduszy własnych niż z pożyczek; w przypadku GSK są one finansowane wyłącznie z funduszy własnych;

— finansowanie BiR jest z jednej strony uzależnione od aktualnych dochodów, a z drugiej strony od przewidywalnych dochodów; w przypadku GSK zwiększenie jej zdolności finansowania o 230 razy w latach 80. i 90. stało się możliwe dzięki istnieniu produktów leczniczych, które odniosły ogromny sukces, w szczególności dzięki Zantacowi, który generował 40% jej światowych zysków w 1994 r.;

— skutkiem handlu równoległego jest obniżenie dochodów danej spółki farmaceutycznej (schematycznie rzecz biorąc, każda jednostka sprzedana za cenę 100 w kraju pochodzenia odpowiada jednostce niesprzedanej za cenę 100 + n w kraju przeznaczenia), a zatem uniemożliwienie zastosowania, dla całości sprzedaży dokonanej na każdym rynku krajowym, ceny optymalnej, to znaczy ceny ustalonej w zależności od preferencji właściwych każdemu państwu członkowskiemu;

— ten wpływ koncentruje się na niektórych produktach i niektórych rynkach geograficznych; w przypadku GSK straty dotyczą głównie niektórych produktów leczniczych zużywanych w Zjednoczonym Królestwie;

— wpływ ten jest ważny z uwagi na znaczne zróżnicowanie, jakie występuje między ceną obowiązującą w różnych państwach członkowskich Wspólnoty, w szczególności zróżnicowanie istniejące między cenami hiszpańskimi a cenami brytyjskimi, które plasowało się w 1998 r., dla ośmiu produktów leczniczych, o których głównie mowa (pkt 11 powyżej), między minimum 21% a maksimum 132%;

— GSK przedstawia w tym względzie poufne dane szacunkowe dotyczące utraty dochodów spowodowanej handlem równoległym pochodzącym ze wszystkich państw członkowskich z przeznaczeniem do Zjednoczonego Królestwa i dotyczącej wszystkich jej produktów leczniczych, jak również utraty dochodów spowodowanej handlem równoległym pochodzącym z Hiszpanii z przeznaczeniem do Zjednoczonego Królestwa i dotyczącej ośmiu produktów leczniczych, o których głównie mowa, za lata 1996, 1997 i 1998;

— skutkiem handlu równoległego jest również obniżka kwoty, do której odliczenia jest uprawniona GSK z racji jej inwestycji w BiR z kwoty zysków branych pod uwagę przy określeniu, czy przekroczyła ona maksymalną stawkę, jaka przewidziana jest dla zwrotu z inwestycji, ustaloną przez National Health Service; w tym względzie GSK dostarcza poufnych danych szacunkowych co do obniżki kwoty spowodowanej handlem równoległym pochodzącym ze wszystkich źródeł i handlem równoległym pochodzącym z Hiszpanii w 1998 r.

— okoliczność, że ponadto spółka farmaceutyczna osiąga w dalszym ciągu znaczne, jak się wydaje, zyski, nie pozbawia tych argumentów znaczenia, w zakresie w jakim należy brać pod uwagę metodę księgowania inwestycji w BiR, sposób, w jaki rozciągają się one w czasie, ich średni koszt oraz stopień ryzyka, jakie ze sobą niosą;

— wreszcie skutkiem handlu równoległego jest obniżenie zdolności finansowania BiR; w tym względzie GSK dostarcza poufnych danych szacunkowych odnoszących się do procentu jej zysków przed opodatkowaniem, które inwestuje ona ponownie w BiR, i do obniżenia jej budżetu przeznaczonego na BiR, któremu odpowiadałaby utrata zysków spowodowana handlem równoległym pochodzącym z Hiszpanii z przeznaczeniem do Zjednoczonego Królestwa i odnoszącym się do ośmiu produktów leczniczych, o których głównie mowa, za lata 1996–1998;

— fakt, iż to obniżenie jest ograniczone ilościowo, nie pozbawia tych argumentów znaczenia, o ile chodzi tu jedynie o wpływ pochodzącego z Hiszpanii handlu równoległego z przeznaczeniem do Zjednoczonego Królestwa i dotyczącego ośmiu produktów leczniczych, o których głównie mowa, w okresie między 1996 r. a 1998 r. i o ile ograniczone ilościowo obniżenie może w każdym razie wywierać istotne skutki o charakterze jakościowym, zwłaszcza prowadząc do zarzucenia mniej rentownych lub bardziej ryzykownych projektów; GSK wymienia dziewięć projektów zarzuconych z tego powodu;

— z drugiej strony handel równoległy wywołuje kilka pozytywnych skutków, jako że podmioty w nim uczestniczące nie konkurują ze sobą za wiele w zakresie ceny i zachowują dla siebie znaczną część zróżnicowania istniejącego między ceną obowiązującą w państwie członkowskim pochodzenia a ceną obowiązującą w państwie członkowskim przeznaczenia, tak że zmniejszeniu ulega nacisk na obniżanie cen, a konsument końcowy czerpie z tego w ostateczności ograniczone korzyści.

259 Po drugie, zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez GSK art. 4 ogólnych warunków sprzedaży spowoduje wzrost wydajności. W rezultacie:

— koszty BiR są globalne i wspólne w tym sensie, że odpowiadają one działalności, jaka jest prowadzona na skalę światową i która nie jest w dużej mierze szczególnie przypisywana specyficznemu miejscu produkcji czy produktowi;

— spółki farmaceutyczne nie kontrolują ich cen w większości państw członkowskich; zgadzają się one na obsługiwanie rynku krajowego, pod warunkiem że cena ustalana przez władze publiczne pozwoli im na pokrycie ich kosztów marginalnych, lecz muszą one jeszcze zdołać pokryć, jeśli są to w stanie uczynić, całość ich globalnych i wspólnych kosztów BiR;

— system zróżnicowanych cen, jaki przewiduje art. 4 ogólnych warunków sprzedaży, pozwoli na pokrycie kosztów BiR poprzez zagwarantowanie, że ceny są ustalane na każdym rynku krajowym na poziomie odpowiadającym preferencjom konsumenta końcowego, to znaczy ostatecznie danego państwa członkowskiego; w szczególności pozwoli on na wykluczenie, aby cena ustalona przez Królestwo Hiszpanii została eksportowana do Zjednoczonego Królestwa;

— silne natężenie konkurencji w zakresie innowacji, jakie przeważa w tym sektorze, gwarantuje, że GSK zachowa się jak racjonalny podmiot gospodarczy, który przekształci, w zakresie w jakim jest to konieczne, jej dodatkowe zyski w inwestycje w BiR.

260 W następnej kolejności Komisja uznała w motywach 151, 154, 155 i 169 Decyzji, iż nie zostało wykazane, że handel równoległy miał negatywny wpływ na działalność GSK w zakresie BiR, a w każdym razie nie zostało wykazane, że handel równoległy miał negatywny odczuwalny wpływ na tę działalność.

261 Tak więc Komisja zasadniczo przeanalizowała w motywach 157–168 Decyzji, czy udowodniono, że handel równoległy powodował utratę wydajności i na pytanie to udzieliła negatywnej odpowiedzi. Nie uznała ona zatem za konieczne dokonanie drobiazgowej analizy tego, czy wykazano, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży powodował ze swej strony wzrost wydajności, jako że kwestia ta została jedynie zaakcentowana jednorazowo w motywie 156 Decyzji.

262 Mając na uwadze stosowność argumentów faktycznych i dowodów przedstawionych przez GSK, analiza Komisji poświęcona utracie wydajności związanej z handlem równoległym, rozmiarowi tej utraty wydajności i wzrostowi wydajności związanej z art. 4 ogólnych warunków sprzedaży nie możne być uznana za wystarczającą dla poparcia wniosków, do których w tych kwestiach doszła Komisja.

— W przedmiocie stosowności argumentów faktycznych i dowodów przedstawionych przez GSK

263 Należy podkreślić, że argumenty faktyczne GSK i dowody przedstawione na ich poparcie wydają się być, mając na względzie ich treść, stosowne, niezawodne

i wiarygodne (ww. w pkt 83 wyrok w sprawie Cimenteries CBR i in. przeciwko Komisji, pkt 1838), co jest samo w sobie potwierdzone w wielu ważnych aspektach przez dokumenty pochodzące od Komisji.

264 Tak więc ww. w pkt 135 komunikat COM(1998) 588 wersja ostateczna, poświęcony zasadniczo pogłębianiu jednolitego rynku w sektorze farmaceutycznym, który nie jest tutaj kwestią sporną, ukazuje również związek, jaki istnieje w opinii Komisji między innowacją, handlem równoległym i konkurencją w tym sektorze. Jego treść pozwala na stwierdzenie, że poza cytowanym powyżej w pkt 135 oświadczeniem w przedmiocie niejasnego wpływu handlu równoległego na dobrobyt konsumenta końcowego, Komisja potwierdza tam, co następuje:

— przemysł farmaceutyczny opiera się na badaniach (str. 3 i 11) i jest widoczne, że w sektorze opatentowanych produktów leczniczych występuje bardzo ostra konkurencja z punktu widzenia innowacji (str. 16), co prowadzi do stałego przepływu nowych produktów na rynek (str. 11); istnieje natomiast stosunkowo mała dynamiczna konkurencja cenowa po wypuszczeniu produktów na rynek (str. 16);

— przemysł farmaceutyczny musi opłacać inwestycje w BiR (str. 14), w tym celu musi osiągnąć wystarczający poziom rentowności, aby przeznaczyć na BiR konieczne środki na rozwój produktów innowacyjnych (str. 17 i 23);

— mimo iż europejski przemysł farmaceutyczny jest silnym sektorem przemysłowym, ponieważ liczba europejskich inwestycji w BiR potroiła się w 1997 r. w porównaniu do dziesięciu poprzednich lat, jego konkurencyjność wyraźnie

maleje, co potwierdza się chociaż sytuacja ta zaczyna się zmieniać; jedną z przyczyn tej sytuacji jest to, że jego globalna rentowność i jego współczynnik rentowności finansowej wydają się być znacznie bardziej podwyższone w Stanach Zjednoczonych niż w Unii Europejskiej (str. 4 i 5);

— aby finansować swoją działalność w zakresie BiR, przemysł farmaceutyczny usiłuje osiągać zyski na poziomie światowym (str. 3);

— istnieją zasadnicze różnice między państwami członkowskimi, zarówno jeśli chodzi o ogólne warunki makroekonomiczne (w szczególności bogactwo narodowe i dochód per capita), jak i systemy zdrowia; wydaje się, że istnieje dobrze ustalona pozytywna relacja między wydatkami na opiekę zdrowotną a dochodami, chociaż związek ten nie jest doskonały (str. 5);

— istnieją również ważne różnice między państwami członkowskimi z punktu widzenia cen, które można wytłumaczyć pewnymi czynnikami; jednym z czynników odpowiedzialnych za te różnice wydaje się być zakres kontroli cen do jakiej uciekają się państwa członkowskie; istnieją również pewne czynniki koniunkturalne, takie jak inflacja czy wahania kursów walutowych (str. 6);

— w tym względzie przejście na walutę euro winno przyczynić się do ustanowienia bardziej stabilnego środowiska dla krajów uczestniczących w unii gospodarczej i walutowej (UGW). Jednakże spowoduje to również, że zróżnicowanie cen na istniejącym rynku europejskim będzie bardziej widoczne, co mogłoby także zachęcić hurtowników hiszpańskich i farmaceutów do zaangażowania się w transakcje transgraniczne (str. 9);

— byłoby niezmiernie trudne ustanowienie poziomu cen, który byłby właściwy dla całej Wspólnoty. W istocie wybór cen na niskim poziomie wywołałby natychmiastowy korzystny skutek dla celów, jakie przeświecają wydatkom na ochronę zdrowia (przynajmniej w państwach, gdzie ceny są aktualnie podwyższone), lecz spowodowałby jednocześnie stałe zmniejszanie europejskiego wkładu w wysiłek inwestowania w BiR na poziomie światowym, co mogłoby prowadzić do zjawiska dezinwestycji w europejskiej ekonomii. Skutkiem ustalenia ceny na wysokim poziomie byłoby ograniczenie dostępu do ochrony zdrowia konsumentów i instytucji płatniczych w krajach, które z racji panujących warunków ekonomicznych i społecznych nie dysponują wystarczającymi środkami na zapłacenie takiej ceny (str. 14);

— przedsiębiorstwa farmaceutyczne stosują zróżnicowane ceny, aby uwzględnić różnice w zdolności płatniczej (str. 6).

265 Należy przyznać, że te fragmenty dotyczące roli innowacji i odpowiedniego wpływu handlu równoległego oraz zróżnicowania cen na innowację nie mogą być rozumiane jako oznaczające, że argumenty faktyczne GSK są z konieczności uzasadnione czy też dostarczają pełny i ostateczny obraz stanowiska Komisji w tej złożonej kwestii. Jednakże nie zmienia to faktu, że podtrzymują one część tych argumentów i analiz ekonomicznych figurujących w dowodach przedstawionych na ich poparcie, stanowiąc świadectwo ich niezawodności i wiarygodności.

266 W odpowiedziach na pytania pisemne Sądu Komisja podkreśliła, iż ww. w pkt 135 komunikat COM(1998) 588 wersja ostateczna ukazywał również, że bez względu na istotne różnice cen między państwami członkowskimi, konieczne było przyjęcie podejścia zgodnego z zasadami jednolitego rynku, co uniemożliwiło usprawiedliwianie uciekania się do środków, których skutkiem było utrzymanie lub zwiększenie podziału wspólnego rynku według granic państwowych (str. 23). Wytłumaczyła ona ponadto, że Decyzja była spójna z tym podejściem. Jednakże nie można zaakceptować tego argumentu. Zakłada on w istocie, że porozumienie przewidujące,

że opatentowane i finansowane z krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych środki lecznicze będą sprzedawane po różnych cenach na różnych rynkach geograficznych, w zależności od preferencji ponoszącego koszty konsumenta końcowego, nie może w żadnym wypadku skorzystać z wyłączenia. Artykuł 81 WE zupełnie tego nie przewiduje.

267 Z bardziej ogólnego punktu widzenia teorii ekonomicznej należy zaznaczyć, że Komisja przedstawiła w załączniku do swojej odpowiedzi na skargę „Executive Summary" przeprowadzonego przez NERA dla dyrekcji generalnej ds. rynku wewnętrznego i usług finansowych Komisji studium z dnia 8 lutego 1999 r. zatytułowanego „The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks". Ten fragment, a w szczególności rozważania znajdujące się na jego stronie 5, potwierdza niektóre z analiz przywołanych w przedstawionych przez GSK dowodach w przedmiocie interesu, jaki mogłaby mieć spółka farmaceutyczna w stosowaniu różnych cen w zależności od rynku, na którym jej produkty lecznicze są sprzedawane, i stosownych preferencji konsumentów końcowych.

268 W tych okolicznościach Komisja, która sama w ramach analizy przeprowadzonej przez nią na podstawie art. 81 ust. 1 WE uznała wprowadzony przez art. 4 ogólnych warunków sprzedaży system zróżnicowanych cen jako dyskryminujący z uwagi na przeznaczenie danych produktów leczniczych (pkt 174 powyżej), nie może twierdzić, jak czyni to w swoich odpowiedziach na pytania pisemne Sądu, że kwestia ta nie ma znaczenia w ramach analizy, której należy dokonać na podstawie art. 81 ust. 3 WE. Nie może ona ponadto utrzymywać, że GSK nie powołała się na tę analizę w trakcie postępowania administracyjnego czy w trakcie niniejszego postępowania. Wprost przeciwnie, wielokrotnie GSK podnosiła, że zamierza ona sprzeciwić się temu, aby ceny, które narzuca się jej w Hiszpanii, były eksportowane do Zjednoczonego Królestwa, i odsyła w szczególności do pomysłu że jej życzeniem jest wprowadzenie zróżnicowanych cen w celu zapewnienia, że w sprzedażach, których ona dokona w Zjednoczonym Królestwie, będzie obowiązywała cena, jaką to państwo członkowskie pozwoli jej stosować, a nie cena, którą narzuca jej Królestwo Hiszpanii.

— W przedmiocie utraty wydajności związanej z handlem równoległym

269 Należy zaznaczyć, że wniosek, zgodnie z którym nie wykazano, że handel równoległy powoduje utratę wydajności, zmieniając zdolność innowacyjną GSK, opiera się na analizie, figurującej w motywach 155–161 Decyzji, która nie bierze pod uwagę wszystkich argumentów faktycznych i dowodów przedstawionych trafnie przez GSK, w przeciwieństwie do tego, co utrzymywała Komisja w swoich pismach procesowych, i nie jest poparty przekonywającymi dowodami. Chociaż od Komisji nie wymaga się wyraźnie przeprowadzenia analizy całości przedstawionych jej argumentów, to winna ona jednak zgodnie z przywołanym w pkt 236 i 242 powyżej orzecznictwem przeanalizować odpowiednio wszystkie te argumenty, które są stosowne, i, w razie potrzeby, odrzucić je za pomocą właściwych na poparcie jej wniosku dowodów.

270 Z całości tych argumentów wynika, że problem, z jakim w zakresie konkurencji spotkała się GSK, i rozwiązanie, którego ona w tej kwestii szukała, przedstawiały się w jej opinii w sposób następujący:

271 Po pierwsze, sektor produktów leczniczych charakteryzuje doniosłość konkurencji w zakresie innowacji. BiR są kosztowne i ryzykowne. Ich koszt jest zarazem kosztem ustalonym (nie jest związany z liczbą sprzedanych produktów leczniczych), kosztem łącznym (pojawia się na etapie powyżej produkcji i dystrybucji i nie jest po części związany z danym produktem leczniczym) i kosztem globalnym (nie jest związany z konkretnym państwem). Ich finansowanie odbywa się najczęściej za pomocą środków własnych, a nie pożyczek. Wymagają one zatem optymalnego przepływu dochodów. Optymalizowanie dochodów można zabezpieczyć poprzez dostosowanie ceny produktów leczniczych do preferencji konsumentów końcowych, kiedy te preferencje różnią się między sobą. Zróżnicowanie cen pozwala więc na odzyskanie kosztów BiR od konsumentów końcowych, którzy są gotowi je ponieść. Ta praktyka zróżnicowanych cen przedstawiona tutaj w formie uproszczonej jest znana ekonomistom jako „Ramsey Pricing" (cena Ramseya).

272 Po drugie, wdrożenie tej praktyki w sektorze produktów leczniczych charakteryzuje się szczególnymi cechami. Jeśli produkty lecznicze chronione są przez patent, ich cena może zostać utrzymana, w szczególnym interesie producenta, na poziomie wyższym niż koszt marginalny w trakcie obowiązywania patentu. Jednakże kiedy te same produkty lecznicze są finansowane z krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych, ich cena musi być, bezpośrednio (kontrola cen) czy pośrednio (kontrola zysków) utrzymana, w interesie ogólnym, na poziomie, który nie jest nadmiernie wyższy od kosztu marginalnego. Wielkość tej nadwyżki odzwierciedla preferencję konsumenta końcowego, to znaczy zasadniczo krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych. Jeśli ten jest relatywnie wrażliwy na cenę produktu leczniczego, nadwyżka ta ulegać będzie ograniczeniu; jeśli jest on relatywnie niewrażliwy na tę cenę, nadwyżka będzie znaczna. W praktyce ten stopień wrażliwości zależny jest od różnych parametrów, takich jak standard życia czy stan finansów publicznych. Ułamek kosztów BiR odzyskanych przez wytwórców produktów leczniczych waha się od państwa do państwa członkowskiego w zależności od dochodów, jakie przynosi obowiązująca cena. W niniejszej sprawie GSK mogła, uwzględniając obowiązujące uregulowania, odzyskać w Zjednoczonym Królestwie globalną i łączną część swoich kosztów BiR.

273 Po trzecie, efektem handlu równoległego jest zmniejszenie tych dochodów, w stopniu niepewnym, lecz rzeczywistym. Praktyka ta znana wśród ekonomistów pod nazwą „free riding" (problem „gapowicza") charakteryzuje się tym, że pośrednik porzuca rolę, którą zazwyczaj pełni w łańcuchu wartości, aby przekształcić się w arbitrażystę i otrzymać w ten sposób ważną część zysku. Legalność transferu tych zasobów z wytwórcy na pośrednika nie jest sama w sobie przedmiotem zainteresowania prawa konkurencji, które zajmuje się jedynie jego wpływem na dobrobyt konsumenta końcowego. W zakresie w jakim pośrednik uczestniczy w konkurencji wewnątrz-markowej, handel równoległy może wywoływać skutek prokonkurencyjny. Jednakże w sektorze produktów leczniczych działalność ta widziana jest również w specyficznym świetle, ponieważ nie przynosi znacznej wartości dodanej konsumentowi końcowemu.

274 Po czwarte, art. 4 ogólnych warunków sprzedaży stara się zoptymalizować dochody i zneutralizować handel równoległy. Ogranicza on przyznaną uprzednio hurtownikom GW możliwość sprzedaży poza Hiszpanię produktów leczniczych nabytych po cenach ustalonych z uwagi na finansowanie z hiszpańskiego systemu ubezpieczeń

zdrowotnych. Pozwala on zatem na to, że sprzedaże w innych państwach członkowskich odbywają się po cenie określonej z myślą o finansowaniu z właściwych im krajowych systemów ubezpieczeń zdrowotnych. Zatrzymanie zysku przez wytwórcę przyniesie z dużym prawdopodobieństwem wzrost wydajności w porównaniu do sytuacji, w której zysk jest dzielony z pośrednikiem, ponieważ w interesie racjonalnego wytwórcy, który może zapewnić zyskowność jego innowacji i który działa w sektorze charakteryzującym się żywą konkurencją w zakresie innowacji, leży ponowne zainwestowanie przynajmniej części nadwyżki jego zysku w cele innowacyjne.

275 Jednakże sama struktura motywów 155–161 Decyzji ujawnia, że Komisja, po uznaniu doniosłości konkurencji w zakresie innowacji w przedmiotowym sektorze, nie zaangażowała się w przeprowadzenie dokładnej analizy argumentów faktycznych i dowodów przedstawionych przez GSK w przedmiocie rodzaju inwestycji w BiR, cech charakterystycznych finansowania BiR, zdolności finansowania w BiR, wpływu handlu równoległego na BiR i obowiązujących uregulowań, lecz ograniczyła się, jak zaznaczono to w motywie 155 Decyzji, do obserwacji, które są w najlepszym razie fragmentaryczne i, jak słusznie podnosi to GSK, mało znaczące dla sprawy i mało przekonywające.

276 Takie pominięcie jest szczególnie poważne w sytuacji, kiedy zadaniem Komisji jest ustalenie, czy spełnione zostały przesłanki zastosowania art. 81 ust. 3 WE, w ramach kontekstu prawnego i gospodarczego, jaki charakteryzuje sektor farmaceutyczny, gdzie konkurencja jest zakłócona z racji występowania uregulowań państwowych. W istocie okoliczność ta nakłada na Komisję obowiązek przeanalizowania ze szczególną uwagą argumentów i dowodów, które przedstawia jej osoba powołująca się na art. 81 ust. 3 WE.

277 Tak więc zdanie pierwsze motywu 157 Decyzji poświęcone czynnikom leżącym u podstaw decyzji odnoszących się do BiR opiera się na jednym z figurujących w aktach sprawy studiów ekonomicznych, lecz poświęca mu niepełną i mało przekonywającą uwagę. Z pewnością studium to ukazuje w sposób skuteczny, że

handel równoległy nie jest zasadniczym czynnikiem leżącym u podstaw decyzji w zakresie BiR. Jednakże dodaje ono natychmiast, że decyzje te są podejmowane głównie w zależności od ogólnego poziomu bieżących zysków czy przewidywalnej rentowności produktów będących w stadium rozwoju, jak to podkreśla ponadto zdanie drugie tego samego motywu. Chodzi tu o czynniki, w odniesieniu do których GSK utrzymuje, że handel równoległy ma negatywny wpływ, z czym zgadza się Komisja w zdaniu trzecim tego motywu. W tych okolicznościach Komisja nie mogła w świetle przedstawionych dowodów pominąć przeprowadzenia bardziej dogłębnej analizy w tej kwestii.

278 Pozostała część motywu 157 Decyzji, która ogranicza się do przywołania możliwych odpowiedzi, jakich mogła udzielić GSK, w kwestii utraty wydajności, którą może jej przynieść handel równoległy poprzez zmniejszenie innych placówek budżetowych czy zużycie części jej znacznych zysków, nie stanowi odpowiedzi na argumenty, że inwestowanie w BiR leży w interesie GSK z racji ożywionej konkurencji międzymarkowej, która opiera się na innowacji i że GSK nie ma z powodu handlu równoległego żadnej możliwości odzyskania całości wpływów pochodzących z tych inwestycji, aby ponownie zainwestować w BiR. Pomija ona ponadto argumenty GSK, że przy określaniu rozmiaru jej zysków należy uwzględnić metodę ich księgowania.

279 W tych okolicznościach nie można było rozpatrywać kwestii stopnia powiązania między handlem równoległym a BiR bez bardziej dogłębnego jej potraktowania ani zadowolić się wyciągnięciem lapidarnego wniosku, stosownie do którego nie zostało wykazane, że istniał związek przyczynowo-skutkowy między handlem równoległym (lub jego ograniczeniem) a BiR, jak ukazują to motywy 151, 154, 155 i 159 Decyzji.

280 Skoro Komisja skorzystała w swoich pismach procesowych z niejasności brzmienia motywu 169 Decyzji, aby wytłumaczyć, że to, czego GSK nie zdołała udowodnić, to nie tyle istnienie związku między art. 4 ogólnych warunków sprzedaży a wzrostem wydajności, jakiego się z tego tytułu spodziewała, lecz istnienie bezpośredniego związku między tymi dwoma elementami, to należy zaznaczyć, że ten podniesiony jedynie ostatnio w trakcie rozprawy argument jest nie do zaakceptowania. W istocie rozróżnienie to nie figuruje w motywach 155–161 Decyzji, do których odnosi się motyw 169, ponieważ w motywach tych mówi się wyraźnie, że brak jest związku

między ogólnymi warunkami sprzedaży a wkładem w popieranie postępu technicznego. Rozróżnienia takiego nie przewiduje również art. 81 ust. 3 WE, który pozwala na wyłączenie porozumień powodujących wzrost wydajności bez względu na to, czy skutek ten jest bezpośredni czy pośredni, a co do zasady nie należy wprowadzać rozróżnienia tam, gdzie takiego rozróżnienia nie wprowadza traktat (ww. w pkt 110 wyrok w sprawie Consten i Grundig przeciwko Komisji, str. 493). Zgodnie z powoływanym powyżej w pkt 247 i 248 orzecznictwem każda korzyść przybierająca formę wzrostu wydajności winna być zatem brana pod uwagę, pod warunkiem że jest obiektywna i odczuwalna i że zostanie w sposób przekonywający udowodniona.

— W przedmiocie zakresu utraty wydajności związanej z handlem równoległym

281 Należy zaznaczyć, że wniosek uboczny, stosownie do którego nie wykazano w żaden sposób, że handel równoległy powoduje widoczną utratę wydajności, zmieniając zdolność innowacyjną GSK, nie jest uzasadniony w sposób przekonywający i że analiza, na której on się opiera i którą przedstawiono w motywach 159 i 162–168 Decyzji, nie uwzględnia wszystkich stosownie przedstawionych w tej kwestii dowodów. Z tej analizy wynika zasadniczo, iż podnoszona przez GSK utrata wydajności jest ograniczona, po pierwsze, w czasie, ponieważ jest ona wytłumaczona nie tyle w oparciu o zróżnicowanie cen związane z istnieniem różnych uregulowań w państwach członkowskich Wspólnoty, jak zaznaczono to w motywach 162 i 163 Decyzji, co wahaniami kursów walutowych, jakie miały miejsce między 1996 a 1998 r., jak zaznaczono to w motywach 164–166 Decyzji. Wynika z niej również, że ta utrata wydajności jest ograniczona materialnie, jak zaznaczono to w motywach 167–169 Decyzji.

282 W tym względzie, niezależnie od faktu, że ceny hiszpańskie nie są znacząco niższe w stosunku do średniej wspólnotowej, co przywołano w motywach 162 i 163 Decyzji i co ma ograniczone znaczenie, skoro ceny krajowe kształtują się na poziomach różnych strukturalnie z racji przysługujących w tej dziedzinie państwom członkowskim uprawnień regulacyjnych i skoro nie wydaje się wyraźnie wystarczające z ekonomicznego punktu widzenia przyjęcie rozumowania na podstawie hipote-

tycznej średniej wspólnotowej, należy zaznaczyć, iż Komisja nie przeprowadziła dokładnej analizy, zanim doszła ostatecznie do wniosku w motywach 164 i 165 Decyzji, że odbywający się między Hiszpanią a Zjednoczonym Królestwem w latach 1996–1998 handel równoległy miał ograniczony i wyrywkowy charakter.

283 Jak wynika z pism procesowych GSK, nie zaprzecza ona, że wahania kursów walutowych, a zwłaszcza ruchy spekulacyjne wokół GBP w okresie bezpośrednio poprzedzającym ostatnią fazę UGW miały koniunkturalny wpływ na handel równoległy produktami leczniczymi sprzedawanymi przez GW w Hiszpanii między 1996 a 1998 r. Jednakże utrzymuje ona, że ten zaznaczony, na tyle na ile to możliwe, wpływ koniunkturalny stanowi jedynie czynnik obciążający, ponieważ handel równoległy powiązany jest, niezależnie od wahań kursów, z faktem, że współistnienie różnych uregulowań krajowych odzwierciedla się poprzez strukturalnie zróżnicowane ceny w państwach członkowskich Wspólnoty.

284 Argumentacja ta jest trafna, a dowody, na których się ona opiera, są potwierdzone zarówno przez fragmenty komunikatu COM(1998) 588 wersja ostateczna, o którym jest mowa w pkt 264 powyżej, jak i przez samą Decyzję. W istocie w motywach 31, 32 i 53 tejże Decyzji zaznaczono, że wahania monetarne, które z samej swojej natury posiadają cykliczny wpływ na handel równoległy, stanowią jedynie ważny czynnik komplikujący zjawisko, które tłumaczy się w sposób strukturalny istnieniem w różnych państwach członkowskich Wspólnoty odmiennych cen za ten sam produkt leczniczy.

285 Należy przyznać, że sytuacja ta nie umożliwiła sama w sobie uznania przez Komisję handlu równoległego, jaki odbywał się między Królestwem Hiszpanii a Zjednoczonym Królestwem w latach 1996–1998, za przypadek szczególny spowodowany zasadniczo aprecjacją GBP w stosunku do hiszpańskiej pesety (ESP).

286 Jednakże dane liczbowe, które zacytowała Komisja, są zbyt niejasne, aby w sposób przekonywający można było posłużyć się nimi dla poparcia takiego wniosku. Zgodnie z Decyzją aprecjacja GBP wynosiła 30% w stosunku do ESP między październikiem 1996 r. a kwietniem 1998 r. W tym okresie stosunek przywozu równoległego pochodzenia hiszpańskiego do całości przywozu równoległego z przeznaczeniem do Zjednoczonego Królestwa utrzymywał się na stałym poziomie, gdy chodzi o wielkość (około 40%), podczas gdy tenże przywóz równoległy wzrósł, jeśli chodzi o wartość (około 20 milionów GBP w 1996 r. i około 42 miliony GBP w 1998 r.). Jak ostatnio wytłumaczyła to w swych odpowiedziach na pytania pisemne Sądu Komisja, świadczy to o tym, że aprecjacja GBP spowodowała spiętrzenie przywozu równoległego z innych państw członkowskich. Jednakże potwierdza to również to, że zarówno przed, jak i po aprecjacji GBP większa część (około 40%) przywozu równoległego przeznaczonego do Zjednoczonego Królestwa pochodziła z Hiszpanii, a pozostała część rozkładała się na inne państwa członkowskie jego pochodzenia. Nie stanowi to zatem wystarczającej odpowiedzi na argument GSK, że chociaż aprecjacja GBP nasiliła niewątpliwie problem stworzony przez hiszpański handel równoległy, to nie umniejsza ona w niczym strukturalnego pochodzenia tego problemu.

287 Przywołany przez Komisję w jej odpowiedziach na pytania pisemne Sądu argument, że zwiększenie handlu równoległego pochodzenia hiszpańskiego w okresie 1996–1998 tłumaczy się upływem w dniu 6 października 1995 r. okresu przejściowego przewidzianego w art. 47 i 209 aktu przystąpienia Królestwa Hiszpanii, w którym uprawniony z patentu mógł wykonywać prawa, które mu na podstawie tego patentu przysługiwały do tego, aby sprzeciwić się przywozowi produktów leczniczych sprzedawanych przez niego samego lub za jego zgodą w Hiszpanii, nie zmienia tego wniosku, ponieważ nie ma to wyraźnie żadnego wpływu na następujący po dacie tej notyfikacji okres, do którego odnosi się argumentacja GSK.

288 Wreszcie, jak wynika z motywów 15, 18 i 55 Decyzji, GSK zaznaczyła w trakcie postępowania administracyjnego, że, mimo iż ogólne warunki sprzedaży mają zastosowanie do 82 produktów leczniczych, osiem z nich mogło stać się zasadniczo przedmiotem handlu równoległego. Ponadto, jak wynika z motywów 22 i 35 Decyzji, GSK wytłumaczyła również, że, podczas gdy te ogólne warunki sprzedaży obowiązywały niezależnie od końcowego przeznaczenia danych produktów leczniczych, to miały one służyć głównie handlowi równoległemu odbywającemu się między Hiszpanią a Zjednoczonym Królestwem. GSK dostarczyła zatem zasadniczo,

chociaż nie wyłącznie, Komisji dane liczbowe dotyczące po pierwsze zróżnicowania cen istniejącego między Hiszpanią a Zjednoczonym Królestwem, po drugie handlu równoległego takimi produktami jak Becloforte, Beconase, Becotide, Flixotide, Imigran, Lamictal, Serevent i Ventolín między Hiszpanią a Zjednoczonym Królestwem w okresie 1996–1998, i po trzecie wpływu, jaki ten handel miał na jej dochody i jej budżet przeznaczony na BiR. Te dane liczbowe są przywołane w motywach 55, 59–67, 70, 83, 92, 98 i 99 Decyzji.

289 Ponadto, jak wynika z motywów 70 i 71 Decyzji, GSK uściśliła, że handel równoległy odbywał się poza objętymi formalnymi kontrolami kanałami dystrybucji, oraz dodała, że dostarczone Komisji dane liczbowe były danymi szacunkowymi, które choć mogły być zawodne, nie mogły być przez nią bardziej udoskonalone. Te argumenty faktyczne powtórzone w replice nie zostały zakwestionowane.

290 GSK słusznie utrzymuje, że te dane liczbowe, poza faktem, że nie są mało znaczące, należało uważać za wzór świadczący nie o wyrywkowej i ograniczonej utracie wydajności, lecz o utracie bardziej ogólnej, która będzie miała tendencję do tego, aby się powtarzać.

291 Jeśli chodzi o pierwszy aspekt, to należy przypomnieć, iż kiedy Komisja analizowała, czy art. 4 ogólnych warunków sprzedaży mógł stanowić utrudnienie, to chociaż, jak zaznaczyła to w motywach 18, 56, 57 i 69 Decyzji, zaakceptowała ona skoncentrowanie się na ośmiu produktach leczniczych, które mogły stać się zasadniczo przedmiotem handlu równoległego między Hiszpanią a Zjednoczonym Królestwem, wzięła również pod uwagę efekt sieciowy związany z handlem równoległym innymi produktami leczniczymi, i to między Hiszpanią a innymi państwami członkowskimi, jak wynika to z motywów 72–75, 117, 126, 140 i 144 Decyzji. To właśnie ten efekt sieciowy uczynił znaczącym ograniczenie konkurencji, które, zgodnie z motywem 133 Decyzji, miałoby jedynie na poziomie Zjednoczonego Królestwa charakter marginalny. Komisja w żaden sposób nie tłumaczy, dlaczego musiała zastosować odmienne podejście w analizie poświęconej kwestii, czy art. 4 ogólnych warunków sprzedaży może stanowić korzyść, i skoncentrować się wyłącznie na danych liczbowych, które jej zostały dostarczone przez GSK, uwzględniając trudność przy ustalaniu rzeczywistego występowania handlu równo-

ległego i fakt, iż zaakceptowała ona, że należy uznać dostarczone przez GSK dane liczbowe za wzór.

292 Jeśli chodzi o drugi aspekt, to należy zaznaczyć, że handel równoległy jest zjawiskiem, które może trwać dłużej niż krótki okres analizowany przez Komisję, nie tylko ze względu na trwały charakter zróżnicowania cen, które go umożliwiają, lecz również ze względu na cykliczny charakter wahań monetarnych, o ile takie w dalszym ciągu występują. Komisja zgadza się z tym w jej ww. w pkt 135 komunikacie COM(1998) 588 wersja ostateczna. Przyznaje ona również w swojej obronie, że wahania monetarne trwały nadal w tych państwach członkowskich, które nie weszły w 1999 r. w trzecią fazę UGW, między innymi w Zjednoczonym Królestwie.

293 W tym kontekście wzór danych liczbowych dostarczonych przez GSK ukazuje pewną tendencję. Zawarte w motywie 168 Decyzji pytanie Komisji w kwestii, czy dostarczone przez GSK dane liczbowe co do utraty dochodów brutto w 1998 r. mogły być przesadzone, nie podaje w wątpliwość tego wniosku. W istocie, jak wynika z motywu 67 Decyzji, dane liczbowe dostarczone w tym przedmiocie w dniach 14 grudnia 1998 r. i 14 lutego 2000 r. są wyższe od danych z dwóch poprzednich lat. Ponadto wyjaśnienie ze strony GSK, że dane liczbowe dostarczone uprzednio w tym przedmiocie w dniu 28 lipca 1998 r. są szacunkowe, podczas gdy dane dostarczone w grudniu 1998 r. i w lutym 2000 r. są rzeczywiste i można je wytłumaczyć faktem, że ogólne warunki sprzedaży zostały zastosowane między wiosną a jesienią 1998 r., jak wynika to z motywów 19, 23, 26, 64, 67 i 168 Decyzji, było wystarczająco wiarygodne, aby zasłużyć na przeprowadzenie dokładnej analizy.

— W przedmiocie wzrostu wydajności związanego z art. 4 ogólnych warunków sprzedaży

294 Należy zaznaczyć, jak to słusznie utrzymuje GSK, że Komisja nie przeprowadziła żadnej rzetelnej analizy przedstawionych przez GSK argumentów faktycznych i dowodów, jakie odnosiły się nie tyle do niedogodności handlu równoległego, lecz do korzyści, jakie płynęły z art. 4 ogólnych warunków sprzedaży.

295 Uwzględniając strukturę argumentów GSK, z jednej strony, i debatę, jaka toczyła się w tym przedmiocie w trakcie postępowania administracyjnego, z drugiej strony, w Decyzji nie można było uniknąć przede wszystkim przeprowadzenia analizy w kwestii, czy handel równoległy powodował utratę wydajności w ogólności dla przemysłu farmaceutycznego i w szczególności dla GSK. W istocie jedynie w braku jakiegokolwiek sporu w tym względzie Komisja mogła słusznie zaoszczędzić sobie dokonania takiej analizy (zob. analogicznie ww. w pkt 248 wyrok w sprawie Compagnie générale maritime i in. przeciwko Komisji, pkt 345).

296 Jednakże konfrontacja przedstawionych przez GSK dowodów z innymi dowodami przywołanymi przez Komisję w Decyzji ukazuje wyraźnie, iż w sektorze produktów leczniczych efekt, jaki powoduje handel równoległy dla konkurencji, nie jest jednoznaczny, skoro wzrost wydajności, jaki z natury swej przyniesie on dla konkurencji wewnątrz-markowej, której rola jest ograniczona obowiązującymi uregulowaniami, winien być porównany z utratą wydajności, jaką z natury swej przyniesie on dla konkurencji między-markowej, która odgrywa centralną rolę.

297 W tych okolicznościach Komisja nie powinna była powstrzymać się od przeprowadzenia, w drugiej kolejności, analizy w kwestii, czy art. 4 ogólnych warunków sprzedaży mógł pozwolić na odbudowę zdolności innowacyjnej GSK, a tym samym spowodować wzrost wydajności dla konkurencji między-markowej.

298 Taka jest istota prospektywnej analizy, którą winna była przeprowadzić Komisja, aby udzielić odpowiedzi na wniosek GSK o wyłączenie. Przywołane w pkt 247 powyżej utrwalone orzecznictwo wymaga w istocie ustalenia, czy porozumienie zakazane z racji niedogodności, jaką przynosi ono dla konkurencji (art. 81 ust. 1 WE), generuje korzyść, która mogłaby stanowić jej rekompensatę (art. 81 ust. 3 WE).

299 Do Komisji należało zatem przeprowadzenie jeszcze analizy argumentów GSK odnośnie do korzyści jakich spodziewała się ona przez wprowadzenie art. 4 ogólnych warunków sprzedaży. W tym zakresie motyw 156 Decyzji, który jest jedynym motywem mogącym świadczyć o przeprowadzonej w tym przedmiocie analizie, zaznacza zasadniczo:

„Przedsiębiorstwa farmaceutyczne mają całkowitą swobodę w zakresie decyzji co do tego, ile chcą zainwestować w BiR. Wszelkie oszczędności, jakie mogłyby one teoretycznie uzyskać poprzez uniemożliwienie handlu równoległego, nie doprowadzą zatem koniecznie do większych inwestycji w BiR. Możemy wyobrazić sobie, że oszczędności te zwiększą po prostu zyski osiągane przez te spółki. Bezsporne jest, że generowanie dodatkowych zysków nie może samo w sobie uzasadnić przyznania wyłączenia. W przeciwnym razie podnoszony przez [GSK] argument oznaczałby, że pierwsza przesłanka [zastosowania art. 81 ust. 3 WE] byłaby spełniona w przypadku każdego porozumienia, jakie uważane by było za przyczyniające się do zwiększenia dochodów spółki zaangażowanej w działalność w zakresie BiR. Przesłanka ta stałaby się zatem bezskuteczna".

300 GSK nie twierdziła, że generowanie dodatkowych zysków winno samo w sobie uzasadniać przyznanie wyłączenia. W przeciwieństwie do tego utrzymywała ona, że handel równoległy uniemożliwiał jej odzyskanie zysków niezbędnych na optymalne finansowanie jej BiR, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży pozwalał jej na zwiększenie jej dochodów i że leżało całkowicie w jej interesie, uwzględniając ożywioną konkurencję między-markową i centralną rolę, jaką odgrywały w tej konkurencji innowacja i sposoby finansowania BiR, aby zainwestować część tej nadwyżki w BiR po to, aby zdystansować jej konkurentów, nie pozwolić zaś na to, żeby zostać przez nich zdystansowaną. Innymi słowy, podniosła ona, że jej ogólne warunki sprzedaży powinny stać się przedmiotem wyłączenia, ponieważ ich bezpośrednim skutkiem nie było po prostu zwiększenie jej dochodów, lecz pośrednim skutkiem było zwiększenie jej zdolności innowacyjnej. Ponadto utrzymywała ona, że korzyść tę należało porównać z faktem, że kiedy ta nadwyżka przypadała w udziale podmiotom handlu równoległego, nie stanowiła ona korzyści z uwagi na to, że podmioty handlu równoległego, które nie były zmuszone do zaangażowania się w prawdziwą konkurencję między sobą, zmniejszały jedynie ceny w stopniu niezbędnym do tego, aby przyciągnąć detalistów, i zachowywały większość tej nadwyżki dla siebie, jak to powtórnie podniosła GSK w trakcie rozprawy.

301 Komisja nie powinna była, jak uczyniła to w motywie 156 Decyzji, ograniczyć się na wstępie do odrzucenia tych argumentów na takiej podstawie, że opisana przez GSK korzyść nie zostanie koniecznie osiągnięta, lecz winna była, zgodnie z orzecznictwem przeanalizować dokładnie, na ile to było możliwe, w ramach prospektywnej analizy, czy w okolicznościach niniejszej sprawy i w świetle dowodów, jakie zostały jej dostarczone, wydawało się, bądź nie, bardziej prawdopodobne, że opisane przez GSK korzyści zostaną zrealizowane (ww. w pkt 248 wyrok w sprawie Compagnie générale maritime i in. przeciwko Komisji, pkt 365). Nie mogła ona, jak to utrzymywała ostatnio w trakcie rozprawy, uznać w sposób niezbity i pozbawiony argumentacji, że przedstawione przez GSK argumenty faktyczne i dowody należało uważać za hipotetyczne.

302 Ponadto zapytana w tej kwestii w trakcie rozprawy Komisja przyznała parokrotnie, że właściwe było przyjęcie rozumowania na zasadzie prawdopodobieństwa, dodając przy tym, że należało być dokładnym w tym względzie, i utrzymując zasadniczo, iż w niniejszej sprawie, uwzględniając przedstawione dowody, a w szczególności zebrane przez GSK dane liczbowe, wydawało się bardziej prawdopodobne, że podnoszona korzyść nie zostanie osiągnięta. Jednakże rozumowanie to nie zostało utrzymane w Decyzji.

303 Z powyższego wynika, że Decyzja jest błędna w zakresie przeprowadzonej analizy, ponieważ Komisja nie wzięła właściwie pod uwagę wszystkich należycie przedstawionych przez GSK argumentów faktycznych i dowodów, nie odparła niektórych z tych argumentów, mimo iż były one wystarczająco trafne i uzasadnione, aby uzyskać na nie odpowiedź, i nie uzasadniła w stopniu wymaganym przez prawo swojego wniosku, iż nie wykazano, po pierwsze, że handel równoległy mógł ze swej natury spowodować utratę wydajności, zmieniając w sposób odczuwalny zdolność innowacyjną GSK, a, po drugie, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży był w stanie pozwolić na osiągnięcie wzrostu wydajności poprzez ulepszenie tej zdolności innowacyjnej.

W przedmiocie wyważenia korzyści i niedogodności

304 Po dokonaniu analizy przedstawionych przez GSK argumentów faktycznych i dowodów Komisja uznała, iż nie ukazały one istnienia odczuwalnych obiektywnych

korzyści, toteż nie przystąpiła do złożonej oceny (zob. pkt 241 powyżej), która wymagałaby przeprowadzenia ćwiczenia zmierzającego do wyważenia tych korzyści i ukazanych w części decyzji poświęconej zastosowaniu art. 81 ust. 1 WE niedogodności dla konkurencji, jak Komisja podkreśliła to parokrotnie w trakcie rozprawy.

305 W rezultacie uznała ona w motywie 151 Decyzji, iż GSK nie wykazała, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży pociągał za sobą korzyści, i w motywie 152 Decyzji, iż w tych okolicznościach dokonanie jakiegokolwiek wyważenia korzyści i niedogodności nie było potrzebne, dodała przy tym, że gdyby w każdym razie musiała ona przeprowadzić takie ćwiczenie, niedogodności tego postanowienia umownego przeważyłyby nad korzyściami z niego wynikającymi.

306 Jak wynika z powyższych podstaw uzasadnienia, wniosek Komisji, że nie przedstawiono dowodu na istnienie odczuwalnych korzyści gospodarczych, jest błędny w zakresie dokonanej analizy (pkt 303 powyżej). Co do wniosku, że art. 4 ogólnych warunków sprzedaży ogranicza konkurencję, to jest on zasadny jedynie w zakresie w jakim uznaje on, że skutkiem tego postanowienia umownego jest pozbawienie konsumentów końcowych produktów leczniczych finansowanych z krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych korzyści, jakie mogliby odnosić, w zakresie ceny i kosztów, z uczestnictwa hurtowników hiszpańskich w konkurencji między-markowej na rynkach przeznaczenia handlu równoległego pochodzenia hiszpańskiego (pkt 147, 190 i 194 powyżej).

307 W konsekwencji nie można zaakceptować wniosku Komisji, że nie ma potrzeby dokonywania wyważenia korzyści i niedogodności, które w każdym razie ujawniłoby, że korzyści związane z art. 4 nie rekompensują niedogodności, jakie pociąga on za sobą dla konkurencji. Komisja winna była przeprowadzić w pierwszej kolejności stosowną analizę argumentów faktycznych i dowodów GSK, aby móc w następnej kolejności dokonać złożonej oceny, która oznaczała wyważenie niedogodności i korzyści związanych z art. 4 ogólnych warunków sprzedaży.

Wniosek

308 Z powyższego wynika, że Komisja nie mogła, działając zgodnie z prawem, dojść do wniosku, że, jeśli chodzi o istnienie wkładu w popieranie postępu technicznego, to GSK nie wykazała, że pierwsza przesłanka zastosowania art. 81 ust. 3 WE została spełniona. W tych okolicznościach nie ma potrzeby dokonywania analizy argumentów GSK odnoszących się do istnienia wkładu w polepszanie dystrybucji produktów leczniczych.

c) W przedmiocie dowodu na istnienie reperkusji, jakie wywołuje na osobie użytkownika niezbędny charakter art. 4 ogólnych warunków sprzedaży i brak wyeliminowania konkurencji

309 Jak zostało to uprzednio zaznaczone (pkt 237–239 powyżej), zarówno z Decyzji, jak i z toczących się debat wynika, że uproszczone wnioski, do których doszła Komisja w przedmiocie istnienia reperkusji, jakie wywołuje na osobie użytkownika niezbędny charakter art. 4 ogólnych warunków sprzedaży i brak eliminacji konkurencji, opierają się na wniosku w przedmiocie istnienia wzrostu wydajności.

310 O ile tenże wniosek jest sprzeczny z prawem w zakresie, w jakim odnosi się on do istnienia wkładu w popieranie postępu technicznego, o tyle wnioski te są same w sobie nieważne.

311 Należy przeprowadzić dalszą kontrolę tejże oceny w zakresie, w jakim Komisja, dokonując analizy kwestii, czy art. 4 ogólnych warunków sprzedaży eliminował, czy nie, konkurencję dla znacznej części produktów, dodała w motywie 188 Decyzji, że

w każdym razie na rynku niektórych z głównych produktów (na przykład Zofran, Flixonase, Zovirax, Imigran), na które oddziaływały ogólne warunki sprzedaży, GSK posiadała znaczne udziały w jednym czy kilku państwach członkowskich.

312 W tym względzie należy stwierdzić, że w trakcie rozprawy Komisja uznała, że w istocie nie rozstrzygnęła ona kwestii siły rynkowej jaką posiadała GSK, i dodała, że powinna była kontynuować analizę w celu ustalenia tejże kwestii.

313 W rzeczywistości, uwzględniając właściwy dla analizowanego sektora kontekst prawny i gospodarczy, posiadanie znacznych udziałów na rynku, które jest ponadto ograniczone do niektórych z przedmiotowych produktów, a których Komisja podała tylko cztery przykłady, wyraźnie nie pozwala samo w sobie na dojście do przekonywującego wniosku co do wyeliminowania konkurencji dla znaczącej części przedmiotowych produktów.

314 W istocie, niezależnie od kwestii definicji rynku właściwego produktów, która była przedmiotem debaty stron, niektóre z dowodów przywołanych przez GSK w trakcie procedury administracyjnej, a następnie w jej pismach procesowych, mogą uniemożliwiać automatyczne dojście do takiego wniosku.

315 W szczególności argument GSK, do którego odniesiono się w motywie 188 Decyzji, który odsyła do motywu 104 Decyzji, nie był na tyle pozbawiony znaczenia, aby Komisja mogła powstrzymać się od dokonania jego dokładnej oceny przy badaniu czwartej przesłanki zastosowania art. 81 ust. 3 WE. W istocie okoliczność, iż art. 4 ogólnych warunków sprzedaży uniemożliwia ograniczony nacisk, jaki mógłby istnieć, z racji handlu równoległego pochodzenia hiszpańskiego, na cenę i koszt produktów leczniczych na rynkach geograficznych przeznaczenia, winna być powiązana z faktami przywołanymi przez GSK i niekwestionowanymi przez Komisję, że konkurencja w zakresie innowacji jest bardo żywa w sektorze i że

konkurencja cenowa istnieje w innej formie, mimo iż zgodnie z prawem wchodzi ona w rachubę jedynie wtedy, gdy wygaśnięcie praw ochronnych z patentu pozwala producentom leków generycznych wejść na rynek. W tych okolicznościach należało jeszcze, zgodnie z przywołanym w pkt 109 powyżej orzecznictwem, ocenić, jakiej formie konkurencji należało przyznać priorytet, aby zagwarantować utrzymanie skutecznej konkurencji, do czego zmierza art. 3 ust. 1 lit. g) WE i art. 81 WE.

4. Wniosek

316 Z powyższego wynika, że należy uwzględnić zarzut naruszenia art. 81 ust. 3 WE i w konsekwencji należy uznać za uzasadnione zarzuty GSK w zakresie, w jakim zmierzają one do stwierdzenia nieważności art. 2 Decyzji, bez potrzeby przeanalizowania zarzutów w przedmiocie naruszenia zasady proporcjonalności.

317 Należy zatem stwierdzić nieważność decyzji w zakresie, w jakim w art. 2 oddala ona przedłożony przez GSK wniosek o wyłączenie.

318 Skoro nie można wykluczyć możliwości, że przepisy art. 81 ust. 1 WE mogą, na podstawie art. 81 ust. 3 WE, nie mieć zastosowania do art. 4 ogólnych warunków sprzedaży GSK, to należy również w konsekwencji stwierdzić nieważność decyzji w zakresie, w jakim nakazuje ona GSK w art. 3, jeśli nie zostało to do tej pory uczynione, natychmiastowe zaprzestanie naruszenia oraz w art. 4 poinformowanie Komisji o podjętych w tym celu środkach.

319 Zgodnie z art. 233 akapit pierwszy WE Komisja zobowiązana jest do podjęcia środków, które zapewnią wykonanie niniejszego wyroku.

320 W tym celu, mimo że postępowanie w sprawie zgłoszenia przewidziane w rozporządzeniu nr 17 nie istnieje już pod rządami rozporządzenia Rady WE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 traktatu (Dz.U. 2003, L 1, str. 1), do Komisji należy, z uwagi na stwierdzenie częściowej nieważności Decyzji i skutek retroaktywny, jaki ono ze sobą niesie, wypowiedzenie się w przedmiocie przedstawionego przez GSK wniosku o wyłączenie, z odniesieniem się do sytuacji, jaka miała miejsce w dniu jego złożenia [zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 2 maja 2006 r. w sprawie T-328/03 O2 (Niemcy) przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-1231, pkt 47 i 48], w zakresie, w jakim przysługuje jej prawo do rozpatrzenia tego wniosku.

W przedmiocie kosztów

321 Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu Sądu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę.

322 Zgodnie z art. 87 § 3 akapit pierwszy regulaminu Sądu, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań każdej ze stron, Sąd może postanowić, że koszty zostaną podzielone albo że każda ze stron poniesie swoje własne koszty.

323 W niniejszej sprawie żądania GSK w części zmierzającej do stwierdzenia nieważności art. 1 Decyzji nie zostały uwzględnione. Również żądania Komisji w części zmierzającej do oddalenia skargi w całości nie zostały uwzględnione.

324 W tych okolicznościach koszty winny być podzielone. GSK poniesie połowę własnych kosztów i połowę kosztów Komisji, w tym koszty związane z interwencjami. Komisja poniesie połowę własnych kosztów i połowę kosztów GSK, w tym koszty związane z interwencjami. Interwenienci ponoszą koszty własne.

Z powyższych względów

SĄD (czwarta izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

1) **Stwierdza się nieważność art. 2, 3 i 4 decyzji Komisji 2001/791/WE z dnia 8 maja 2001 r. w sprawie procedury stosowania art. 81 traktatu WE [Sprawy IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (zgłoszenie), IV/36.997/F3 — Aseprofar i Fedifar (skarga do Komisji), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (skarga do Komisji), IV/37.138/F3 — BAI (skarga do Komisji) i IV/37.380/F3 — EAEPC (skarga do Komisji)].**

2) **Skargę oddala się w pozostałej części.**

3) **GlaxoSmithKline Services Unlimited poniesie połowę kosztów własnych i połowę kosztów Komisji, w tym koszty związane z interwencjami.**

4) **Komisja poniesie połowę kosztów własnych i połowę kosztów GlaxoSmithKline Services, w tym koszty związane z interwencjami.**

5) **Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) i Spain Pharma, SA, ponoszą koszty własne.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 27 września 2006 r.

Sekretarz

E. Coulon

Prezes

H. Legal

Spis treści

Ramy prawne i stan faktyczny sporu ..... II - 2984

Prawo wspólnotowe ..... II - 2984

Prawo hiszpańskie ..... II - 2985

Okoliczności powstania sporu ..... II - 2986

Postępowanie ..... II - 2990

Żądania stron ..... II - 2993

Co do prawa ..... II - 2995

I — W przedmiocie zarzutów prowadzących do stwierdzenia nieważności art. 1 Decyzji ..... II - 2996

A — W przedmiocie zarzutu braku wystarczającego uzasadnienia ..... II - 2996

1. Argumenty uczestników ..... II - 2996

2. Ocena Sądu ..... II - 2997

B — W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 81 ust. 1 WE ..... II - 2998

1. Rozważania wstępne ..... II - 2998

2. W przedmiocie istnienia porozumienia między przedsiębiorstwami II - 3000

a) Treść Decyzji ..... II - 3000

b) Argumenty uczestników ..... II - 3000

c) Ocena Sądu ..... II - 3001

W przedmiocie autonomii woli ..... II - 3001

W przedmiocie zgodności oświadczeń woli ..... II - 3003

3. W przedmiocie istnienia ograniczenia konkurencji ..... II - 3007

a) Treść Decyzji ..... II - 3007

b) Argumenty uczestników ..... II - 3009

c) Ocena Sądu ..... II - 3010

W przedmiocie warunków konkurencji, jakie panowały przed wprowadzeniem art. 4 ogólnych warunków sprzedaży ..... II - 3010

W przedmiocie ograniczenia konkurencji, jakie przypisuje się art. 4 ogólnych warunków sprzedaży ..... II - 3012

— W przedmiocie istnienia celu antykonkurencyjnego ..... II - 3013

— W przedmiocie zaistnienia skutku antykonkurencyjnego .. II - 3023

4. Wniosek ..... II - 3036

C — W przedmiocie zarzutu nadużycia władzy, naruszenia zasady pomocniczości i naruszenia art. 43 WE ..... II - 3037

1. Argumenty uczestników ..... II - 3037

2. Ocena Sądu ..... II - 3037

II — W przedmiocie zarzutu prowadzącego do stwierdzenia nieważności art. 2 Decyzji ..... II - 3040

A — W przedmiocie zarzutu niewystarczalności uzasadnienia ..... II - 3040

1. Argumenty uczestników ..... II - 3040

2. Ocena Sądu ..... II - 3041

B — W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 81 ust. 3 WE ..... II - 3042

1. Treść Decyzji ..... II - 3042

2. Argumenty uczestników ..... II - 3043

3. Ocena Sądu ..... II - 3046

a) Rozważania wstępne ..... II - 3046

b) W przedmiocie dowodu na istnienie wzrostu wydajności ..... II - 3050

W przedmiocie istnienia odczuwalnych obiektywnych korzyści ... II - 3052

— W przedmiocie stosowności argumentów faktycznych i dowodów przedstawionych przez GSK ..... II - 3058

— W przedmiocie utraty wydajności związanej z handlem równoległym ..... II - 3063

— W przedmiocie zakresu utraty wydajności związanej z handlem równoległym ..... II - 3067

— W przedmiocie wzrostu wydajności związanego z art. 4 ogólnych warunków sprzedaży ..... II - 3071

W przedmiocie wyważenia korzyści i niedogodności ..... II - 3074

Wniosek ..... II - 3076

c) W przedmiocie dowodu na istnienie reperkusji, jakie wywołuje na osobie użytkownika niezbędny charakter art. 4 ogólnych warunków sprzedaży i brak wyeliminowania konkurencji ..... II - 3076

4. Wniosek ..... II - 3078

W przedmiocie kosztów ..... II - 3079