SODBA SODIŠČA PRVE STOPNJE (četrti razširjeni senat)

z dne 27. septembra 2006*

V zadevi T-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, prej Glaxo Wellcome plc, s sedežem v Brentfordu, Middlesex (Združeno kraljestvo), ki jo zastopajo I. Forrester, QC, F. Depoortere, T. Louko, S. Martínez Lage, A. Schulz in I. Vandenborre, odvetniki,

tožeča stranka,

proti

Komisiji Evropskih skupnosti, ki jo je najprej zastopal P. Oliver, nato É. Gippini Fournier, zastopnika,

tožena stranka,

* Jezik postopka: angleščina.

ob intervenciji

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), s sedežem v Bruslju (Belgija), ki sta ga najprej zastopala U. Zinsmeister in M. Lienemeyer, nato A. Martin-Ehlers, nazadnje M. Hartmann-Rüppel, odvetniki,

in

Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, s sedežem v Mülheim an der Ruhr (Nemčija), ki sta ga najprej zastopala M. Epping in W. Rehmann, nato W. Rehmann, odvetnika,

ter

Spain Pharma, SA, s sedežem v Madridu, ki jo zastopajo P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza in R. Gutiérrez Sánchez, odvetniki,

in

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), s sedežem v Madridu (Španija), ki sta ga najprej zastopala M. Araujo Boyd in R. Sanz, nato M. Araujo Boyd in J. L. Buendia Sierra, odvetniki,

intervenienti,

zaradi razglasitve ničnosti Odločbe Komisije 2001/791/ES z dne 8. maja 2001, v postopku na podlagi člena 81 pogodbe ES (Zadeve IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (obvestilo), IV/36.997/F3 Aseprofar in Fedifar (pritožba), IV/37.121/F3 Spain Pharma (pritožba), IV/37.138/F3 BAI (pritožba) in IV/37.380/F3 EAEPC (pritožba)) (UL L 302, str. 1),

SODIŠČE PRVE STOPNJE
EVROPSKIH SKUPNOSTI (četrti razširjeni senat),

v sestavi H. Legal, predsednik, P. Lindh in I. Wiszniewska-Białecka, sodnici, V. Vadapalas in E. Moavero Milanesi, sodnika,

sodna tajnica: C. Kristensen, administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 7. junija 2006

izreka naslednjo

Sodbo

Pravni okvir in dejansko stanje spora

Pravo Skupnosti

1 V členu 3(1)(g) ES je določeno, da dejavnosti Skupnosti vključujejo sistem, ki zagotavlja, da na notranjem trgu ni izkrivljanja konkurence.

2 V členu 81(1) ES je določeno zlasti, da so nezdružljivi s skupnim trgom in prepovedani vsi sporazumi med podjetji, ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami in katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu.

3 V členu 81(3) ES je določeno, da se lahko določi, da se določbe člena 81(1) ES ne uporabljajo, zlasti za sporazume med podjetji, ki prispevajo k izboljšanju distribucije blaga oziroma k pospeševanju tehničnega ali gospodarskega napredka, pri čemer zagotavljajo potrošnikom pravičen delež doseženih koristi, in ki zadevnim podjetjem ne določajo omejitev, ki za doseganje teh ciljev niso nujne, ter takšnim podjetjem glede precejšnjega dela zadevnih izdelkov ne dajejo možnosti izključitve konkurence.

4 Svet je 21. decembra 1988 na podlagi člena 100 A Pogodbe ES (po spremembi postal člen 95 ES) sprejel Direktivo 89/105/EGS v zvezi s preglednostjo ukrepov, ki urejajo določanje cen zdravil za človeško uporabo in njihovo vključitev v področje sistemov zdravstvenega zavarovanja (UL 1989, L 40, str. 8). Cilj te direktive je celostni pregled nad ukrepi določanja cen ter posrednega in neposrednega nadzora cen zdravil, ki jih sprejmejo države članice, da bi nadzorovale javne izdatke za zdravstveno varstvo za te izdelke in odstranjevanja odstopanj med temi ukrepi, ker lahko odstopanja pri takšnih ukrepih ovirajo ali izkrivljajo promet z zdravili v Skupnosti in tako neposredno vplivajo na delovanje skupnega trga z zdravili. V ta namen je najprej določila vrsto zahtev, namenjenih zagotovitvi, da lahko vsi, ki jih to zadeva, potrdijo, da državni ukrepi ne pomenijo količinskih omejitev uvoza ali izvoza oziroma ukrepov, ki na to enako vplivajo. Te zahteve ne učinkujejo na politiko držav članic niti na državne politike določanja cen in na določanje programov socialnega zavarovanja, razen če to ni potrebno zaradi preglednosti. Rok, določen državam članicam za uskladitev s to direktivo, se je iztekel 31. decembra 1989.

Špansko pravo

5 Kraljevina Španija je 20. decembra 1990 sprejela Ley 25/1990 del Medicamento (zakon 25/1990 o zdravilih, BOE št. 306 z dne 22. decembra 1990, str. 2643, v nadaljevanju: zakon 25/1990). Ta zakon je bil spremenjen zlasti z Ley 66/1997 z dne 30. decembra 1997 (BOE št. 313 z dne 31. decembra 1997, str. 38517) in med upravnim postopkom, v katerem je bila sprejeta izpodbijana odločba v tej zadevi, z Ley 55/1999 z dne 30. decembra 1999 (BOE št. 312 z dne 30. decembra 1997, str. 46095).

6 Kraljevina Španija je 23. februarja 1990 sprejela Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas

de uso humano (kraljevi odlok 271/1990 o reorganizaciji intervencije nad cenami lastniških zdravil za humano uporabo, BOE št. 53 z dne 2. marca 1990, str. 6086, v nadaljevanju: odlok 271/1990). S tem odlokom naj bi se Kraljevini Španiji omogočila uskladitev z Direktivo 89/105/EGS.

7 Določbe naslova VIII zakona 25/1990 in odloka 271/1990 še posebej določajo intervencijski sistem španskega ministrstva za zdravje in za potrošništvo ter Comisión interministerial de precios de los medicamentos (medministrska komisija za cene zdravil), ki je njegova namestnica (v nadaljevanju, skupaj: „španska uprava“), o najvišji ceni zdravil na debelo, ki jo bo prevzel španski sistem zdravstvenega zavarovanja.

Dejansko stanje

8 Tožeča stranka GlaxoSmithKline Services Unlimited, nekdanja Glaxo Wellcome plc (v nadaljevanju: GSK), je britanska pravna oseba s sedežem v Brentfordu (Združeno kraljestvo). Skupina GlaxoSmithKline, h kateri ta spada, je eden vodilnih svetovnih proizvajalcev zdravil. Nastala je po koncentraciji med družbama Glaxo Wellcome plc in Smithkline Beecham plc, posel, za kateri je Komisija z odločbo z dne 8. maja 2000 (zadeva N IV/M.1846 – Glaxo Wellcome proti Smithkline Beecham), razglasila, da mu ne nasprotuje.

9 Družba Glaxo Wellcome, SA (v nadaljevanju: GW), španska pravna oseba, s sedežem v Madridu (Španija), je španska hčerinska družba skupine GlaxoSmithKline. Njene glavne dejavnosti so, neposredno in posredno prek hčerinskih družb, razvoj, proizvodnja in trženje zdravil v Španiji.

10 Družba GW je z dopisom z dne 6. marca 1998 Komisijo obvestila o dokumentu „Splošni prodajni pogoji za lastniška zdravila družbe [GW] in njenih hčerinskih družb pooblaščenim trgovinam na debelo“ (v nadaljevanju: splošni prodajni pogoji) za pridobitev negativnega izvida oziroma izjemo na podlagi Uredbe Sveta št. 17 z dne 6. februarja 1962, Prve Uredbe o izvajanju členov 85 in 86 Pogodbe (UL 1962, 13, str. 204). Družba GSK je z dopisom z dne 28. julija 1998 na Komisijo naslovila dopolnilno obvestilo.

11 Splošni prodajni pogoji se uporabljajo za 82 zdravil, ki so namenjena prodaji španskim farmacevtskim trgovcem na debelo, s katerimi družba GW vzdržuje trgovske zveze zunaj področja distribucije. Ti jih lahko namenijo ponovni prodaji španskim bolnišnicam ali prodajalnam in laboratorijem španskih lekarn, ki jih izročajo bolnikom ob predložitvi zdravniškega recepta. Vendar jih lahko namenijo tudi ponovni prodaji v druge države članice, prek vzporedne trgovine, s katero se ukvarjajo zaradi razlik v cenah. Med 82 zdravili, za katera se uporabljajo splošni prodajni pogoji, sodi osem zdravil, za katera družba GSK meni, da bi lahko bila še posebej predmet vzporedne trgovine, v glavnem med Španijo in Združenim kraljestvom. Ta zdravila so:

— zdravilo proti alergijam Beconase,

— pet antiastmatikov Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent in Ventolín,

— antiepileptik Lamictal,

— zdravilo proti migreni Imigran.

12 Za vseh 82 zdravil sta v členu 4 splošnih prodajnih pogojev določeni dve različni ceni (v nadaljevanju: cena 4 A in cena 4 B). V tem členu je določeno naslednje:

„A) V skladu z določbami člena 100(1)(2) [zakona 25/1990] cena farmacevtskih proizvodov družbe [GW] in njenih hčerinskih družb ne sme v nobenem primeru preseči najvišje industrijske cene, ki so jo določili španski organi, ki so pristojni na področju zdravja, kadar sta izpolnjena pogoja, ki odločata o uporabi navedenih zakonskih določb, in sicer:

— zgoraj navedeni farmacevtski proizvodi se financirajo iz španskih skladov socialne varnosti ali iz španskih javnih skladov;

— kupljeni farmacevtski proizvodi se nato tržijo na nacionalni ravni, kar pomeni prek posrednikov španskih lekarn oziroma španskih bolnišnic.

B) Če ni izpolnjen eden od teh pogojev (kar pomeni v vsakem primeru, v katerem španski predpisi pooblaščajo laboratorije, da ti svobodno določijo ceno svojih farmacevtskih proizvodov), družba [GW] in njene hčerinske družbe določijo ceno za svoje farmacevtske proizvode na podlagi dejanskih, objektivnih in nediskriminatornih gospodarskih meril ter neodvisno od namembnosti proizvoda, ki ga določi kupec. Družba [GW] in njene hčerinske družbe za svoje proizvode zlasti uporabljajo ceno, ki je bila prav tako, na podlagi njihovih notranjih gospodarskih študij, v začetku predlagana španskim organom, pristojnim na področju zdravja, in vzpostavljena na objektiven način glede na zvišanje življenjskih stroškov, v skladu z določbami prvega pododstavka 2 člena 100 [zakona 25/1990] in v skladu z drugimi starejšimi španskimi zakoni za določitev cene zdravil.“

13 Družba GW je z dopisi z dne 6. marca 1998 poslala splošne prodajne pogoje 89 farmacevtskim trgovcem na debelo v Španiji. V teh dopisih je vsebovana zlasti naslednja trditev:

„Pomembno: Prosimo vas, da nam kot znamenje, da se strinjate, posredujete podpisan izvod priložene listine pred 13. marcem 1998.“

14 Tako je ravnalo 75 farmacevtskih trgovcev na debelo, kar je bilo več kot 90 % vseh prodaj družbe GW v Španiji leta 1998.

15 Splošni prodajni pogoji so začeli veljati 9. marca 1998.

16 Pozneje sta njihovo zakonitost pred španskim organom za konkurenco in pred španskimi sodišči izpodbijali dve španski poklicni združenji, l'Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) in l'Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas ter tudi španski farmacevtski trgovec na debelo Spain Pharma, SA.

17 Na Komisijo so združenje Aseprofar, ob sodelovanju drugega španskega poklicnega združenja Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de espacialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (Fedifar), Spain Pharma in dve drugi evropski poklicni združenji Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (v nadaljevanju: BAI) in European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) vložili pritožbe, v skladu s katerimi naj bi splošni prodajni pogoji kršili člen 81(1) ES.

18 Komisija je 8. maja 2001 sprejela Odločbo 2001/791/ES v postopku na podlagi člena 81 pogodbe ES (Zadeve IV.36/957/F3, Glaxo Wellcome (obvestilo), IV.36/997/F3, Aseprofar in Fedifar (pritožba), IV.37/121/F3, Spain Pharma (pritožba), IV.37/138/F3, BAI (pritožba) in IV.37/380/F3, EAEPC (pritožba)) (UL L 302, str. 1, v nadaljevanju: Odločba).

19 V členu 1 Odločbe je določeno, da je družba GW „kršila člen 81(1) [ES], s tem ko je s španskimi farmacevtskimi trgovci na debelo sklenila sporazum, ki ustvarja razlike med cenami, ki se zaračunajo španskim farmacevtskim trgovcem na debelo, ki se uporabljajo za preprodajo zdravil, za katere je mogoče povračilo lekarnam oziroma bolnišnicam na nacionalnem ozemlju, in višjimi cenami, ki se zaračunajo pri izvozu zdravil v katero koli drugo državo članico“.

20 V členu 2 Odločbe je določeno, da se zahteva za izjemo tega sporazuma zavrne.

21 V členih 3 in 4 Odločbe se družbi GW nalaga, naj takoj preneha s kršitvijo iz člena 1, če tega še ni storila, in naj obvesti Komisijo o ukrepih, ki jih je sprejela v ta namen.

Postopek

22 Družba GSK je 23. julija 2001 v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje vložila to tožbo.

23 Združenja EAEPC, BAI, Aseprofar in družba Spain Pharma so z vlogami, vloženimi v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 8., 12. in 16. novembra 2001, vložila predlog za intervencijo v podporo predlogom Komisije, in sicer na podlagi člena 40, drugi pododstavek, Statuta Sodišča in člena 115(1) Poslovnika Sodišča prve stopnje.

24 Družba GSK je z vlogami, vloženimi v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 28. novembra 2001, 14. decembra 2001 in 21. marca 2002, je predlagala, naj osebe, ki bi lahko bile upravičene do intervencije na podlagi člena 116(2) Poslovnika, ne prejmejo določenih listin in tajnih ali zaupnih informacij iz pisnih vlog strank.

25 Predsednik prvega senata je s sklepom 27. novembra 2002 ugodil intervencijskim vlogam in pridržal odločitev o utemeljenosti predlogov za zaupno obravnavanje.

26 Predsednik prvega senata je s sklepom 5. avgusta 2003 ugodil delu predlogov za zaupno obravnavanje, v preostalem pa jih je zavrnil.

27 Zadeva je bila ponovno dodeljena četrtemu senatu, saj je bil sodnik poročevalec 1. oktobra 2003 zaradi spremembe sestave senatov Sodišča prve stopnje dodeljen temu senatu.

28 Družba GSK je z vlogo, vloženo v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 25. marca 2004, predlagala, naj se določene tajne oziroma zaupne informacije izločijo iz njenih stališč glede intervencijskih vlog. Tej zahtevi je bilo ugodeno.

29 Sodišče prve stopnje je z dopisom z dne 16. aprila 2004 od družbe GSK in Komisije zahtevalo, naj predložita listine in odgovorita na pisno vprašanje na podlagi členov 49 in 64 Poslovnika. Tem ukrepom procesnega vodstva je bilo ugodeno v roku, ki je bil določen v ta namen.

30 Družba Spain Pharma je z vlogo, vloženo v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 7. maja 2004, zahtevala dovoljenje za uporabo španskega jezika na ustni obravnavi na podlagi člena 35(2) Poslovnika. Po zaslišanju strank je bilo tej zahtevi ugodeno.

31 Družba GSK je z vlogama, vloženima v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 27. maja in 22. junija 2004, predlagala, naj se iz njenih odgovorov in odgovorov Komisije, ki jih je podala na vprašanja Sodišča prve stopnje z dne 16. aprila 2004, izločijo določene tajne oziroma zaupne informacije za interveniente. Tej zahtevi je bilo ugodeno.

32 Sodišče prve stopnje je 7. marca 2006 na podlagi člena 14 Poslovnika in na predlog četrtega senata ter po zaslišanju strank odločilo, da zadevo vrne četrtemu razširjenemu senatu.

33 Sodišče prve stopnje (četrti senat) je 15. marca 2006 začelo ustno obravnavo na podlagi poročila sodnika poročevalca.

34 Sodišče prve stopnje je z dopisoma z dne 7. in 20. marca 2006 od družbe GSK, Komisije in intervenientov zahtevalo, naj odgovorijo na pisna vprašanja in naj predložijo dokument na podlagi členov 49 in 64 Poslovnika. Tem ukrepom procesnega vodstva je bilo ugodeno v roku, ki je bil določen v ta namen, razen na vprašanje, na katero je družba GSK odgovorila z vlogo, vloženo v sodnem tajništvu

Sodišča prve stopnje 6. junija 2006. Ker stranke, ki so bile na obravnavi pozvane, naj se izrečejo o tej točki, temu niso nasprotovale, je bil ta akt vključen v sodni spis.

35 Družba GSK je z vlogo, vloženo v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 28. aprila 2006, zahtevala, naj se določene tajne oziroma zaupne informacije izloči iz sporočila njenih odgovorov na vprašanja Sodišča prve stopnje z 7. in 20. marca 2006 za interveniente. Tej zahtevi je bilo ugodeno.

36 Združenje Aseprofar je z vlogo, vloženo v sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 16. maja 2006, zahtevalo dovoljenje za uporabo španskega jezika v ustnem postopku na podlagi člena 35(2) Poslovnika. Po zaslišanju strank je bilo tej zahtevi ugodeno.

37 Stranki sta na obravnavi 7. junija 2006 podali ustne navedbe in odgovorili na vprašanja, ki jima jih je postavilo Sodišče prve stopnje.

Predlogi strank

38 Družba GSK predlaga, naj Sodišče prve stopnje:

— Odločbo razglasi za nično;

— Komisiji naloži plačilo stroškov.

39 Komisija predlaga, naj Sodišče prve stopnje:

— zavrne tožbo;

— družbi GSK naloži plačilo stroškov.

40 Združenje Aseprofar predlaga, naj Sodišče prve stopnje:

— zavrne tožbo;

— družbi GSK naloži plačilo stroškov, skupaj s tistimi, ki jih je ta priglasila.

41 Združenje BAI predlaga, naj Sodišče prve stopnje:

— zavrne tožbo;

— družbi GSK naloži plačilo stroškov, skupaj s tistimi, ki jih je ta priglasila.

42 Združenje EAEPC predlaga, naj Sodišče prve stopnje:

— zavrne tožbo;

— družbi GSK naloži plačilo stroškov, skupaj s tistimi, ki jih je ta priglasila.

43 Družba Spain Pharma predlaga, naj Sodišče prve stopnje:

— zavrne tožbo;

— družbi GSK naloži plačilo stroškov, skupaj s tistimi, ki jih je ta priglasila.

Pravo

44 Družba GSK v podporo svojim predlogom v bistvu navaja šest tožbenih razlogov, ki jih je mogoče razvrstiti po tem, ali se z njimi želi razglasitev ničnosti Odločbe v celoti oziroma, kot drugo, delna razglasitev ničnosti Odločbe.

45 Družba GSK v podporo svojim glavnim predlogom za razglasitev ničnosti člena 1 Odločbe, s katerim je ugotovljen obstoj kršitve člena 81(1) ES, navaja tri tožbene razloge:

— nezadostna obrazložitev,

— kršitev člena 81(1) ES,

— zloraba pooblastil, nespoštovanje načela sorazmernosti in kršitev člena 43 ES.

46 V podporo svojim podrednim predlogom za razglasitev ničnosti člena 2 Odločbe, s katerim je zavrnjena njena zahteva za izjemo na podlagi člena 81(3) ES, družba GSK navaja tri tožbene razloge:

— nezadostna obrazložitev,

— kršitev člena 81(3) ES,

— nespoštovanje načela sorazmernosti.

I – *Tožbeni razlogi za razglasitev ničnosti člena 1 Odločbe*

A – *Tožbeni razlog nezadostne obrazložitve*

1. Trditve strank

47 Družba GSK v bistvu trdi, da Odločba zaradi nesklicevanja na sodbo Sodišča prve stopnje z dne 26. oktobra 2000 v zadevi Bayer proti Komisiji (T-41/96, Recueil, str. II-3383) ni zadostno obrazložena.

48 Komisija, ob sodelovanju intervenientov, izpodbija utemeljenost tega tožbenega razloga.

2. Presoja Sodišča prve stopnje

49 V členu 253 ES je posebej določeno, da morajo biti odločbe Komisije obrazložene.

50 Da je mogoče odločbo Komisije šteti kot zadostno obrazloženo, mora ta jasno podati sklepanje njenega izdajatelja, in sicer v takšni meri, da se zainteresiranim strankam omogoči, da spoznajo pravni temelj, sodniku pa, da preuči utemeljenost. Vendar pa ni potrebno, da natančneje določi vse upoštevne pravne in dejanske okoliščine, saj se vprašanje, ali izpolnjuje zahteve člena člen 253 ES, presoja ob upoštevanju njenega besedila ter njenega pravnega in dejanskega okvira (sodba Sodišča z dne 20. marca 1957 v zadevi Geitling proti Haute autorité, 2/56, Recueil, str. 9 in 37, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 15. junija 2005 v zadevi Regione Autonoma della Sardegna proti Komisiji, T-171/02, ZOdl., str. II-2123, točka 73).

51 Komisija mora sicer obrazložiti svoje odločbe, vendar pri tem nima splošne obveznosti sklicevati se na posebno sodno odločbo v odločbah, ki jih sprejme.

52 V tem primeru družba GSK trdi, da Odločba ni dovolj obrazložena, ker se ne sklicuje na sodno odločbo.

53 Zato je treba tožbeni razlog nezadostne obrazložitve, ker se v Odločbi ne sklicuje na zgoraj v točki 47 navedeno sodbo Bayer proti Komisiji, zavrniti.

54 V zvezi s tem, da želi družba GSK s tem tožbenim razlogom dejansko izpodbijati vsebino Odločbe, je treba spomniti, da spada pregled obstoja in razsežnosti obrazložitve odločbe Komisije v okvir pregleda bistvenih kršitev postopka in torej formalne zakonitosti te Odločbe. Razlikovati ga je treba od pregleda utemeljenosti razlogov te Odločbe, ki se nanaša na utemeljenost odločbe in torej na njeno vsebinsko zakonitost (sodba Sodišča z dne 2. aprila 1998 v zadevi Komisija proti Sytraval in Brink's Francija, C-367/95 P, Recueil, str. I-1719, točka 67, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 18. januarja 2005 v zadevi Confédération nationale du Crédit mutuel proti Komisiji, T-93/02, ZOdl., str. II-143, točka 67). V tem okviru je tožbeni razlog povezan s tožbenim razlogom kršitve člena 81(1) ES, ki bo pregledan v nadaljevanju.

B – *Tožbeni razlog kršitve člena 81(1) ES*

1. Uvodne ugotovitve

55 Uporaba člena 81(1) ES je odvisna od združitve različnih pogojev (sodba Sodišča z dne 30. junija 1966 v zadevi Société technique minière, 56/65, Recueil, str. 337, od 356 do 360, in zgoraj v točki 47 navedena sodba Bayer proti Komisiji, točka 174), katerih obstoj mora dokazati oseba, ki se sklicuje na to določbo (sodba Sodišča z dne 7. januarja 2004 v združenih zadevah Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, Recueil, str. I-123, točka 78). Tako je treba, prvič, ugotoviti, ali obstaja sporazum med podjetji, usklajeno ravnanje med podjetji oziroma sklep podjetniških združenj; drugič, ugotoviti, ali imajo slednja za cilj oziroma posledico precejšnje omejevanje konkurence; in, tretjič, ugotoviti, ali bi ti lahko prizadeli trgovino med državami članicami; z zadnjo zahtevo se želi samo določiti področje uporabe prava Skupnosti (zgoraj navedena sodba Société technique minière, str. 359; sodba Sodišča z dne 31. marca 1993 v združenih zadevah Ahlström Osakeyhtiö in drugi proti Komisiji, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 in od C-125/85 do C-129/85, Recueil, str. I-1307, točka 176, in zgoraj v točki 47 navedena sodba Bayer proti Komisiji, točka 174).

56 V tem primeru, ker družba GSK v podporo svojim trditvam navaja, da je Komisija uporabila člen 81(1) ES za delovanje, ki ne predstavlja sporazuma v smislu te določbe, to pomeni omejevalni sporazum, je treba opozoriti, da gre pri vprašanju obstoja sporazuma med podjetji in vprašanju omejevalne narave tega sporazuma za dve vprašanji, ki ju je zato treba obravnavati ločeno (glej v tem smislu zgoraj v točki 55 navedeno sodbo Société technique minière, str. 358 in 359).

57 Glede na to, da opravi sodnik, ki odloča o zahtevi za razglasitev ničnosti odločbe o uporabi člena 81(1) ES, celosten nadzor pregleda, ki ga je opravila Komisija (sodba Sodišča z dne 11. julija 1985 v zadevi Remia in drugi proti Komisiji, 42/84, Recueil, str. 2545, točka 34, in zgoraj v točki 47 navedena sodba Bayer proti Komisiji, točka 62), razen če ta pregled obsega celovito ekonomsko presojo, v tem primeru se nadzor omeji na preverjanje neobstoja zlorabe pooblastil, spoštovanja pravil postopka in obrazložitve ter materialne pravilnosti dejstev in neobstoja očitne napake pri presoji teh dejstev (zgoraj navedena sodba Remia in drugi proti Komisiji, točka 34, ter zgoraj v točki 55 navedena sodba Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, točka 279).

58 Še več, ta nadzor se opravi izključno glede na okoliščine dejanskega in pravnega stanja, ki so obstajale na dan, ko je bila sprejeta izpodbijana odločba (sodba Sodišča z dne 7. februarja 1979 v združenih zadevah Francija proti Komisiji, 15/76 in 16/76, Recueil, str. 321, točka 7, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 28. februarja 2002 v zadevi Atlantic Container Line in drugi proti Komisiji, T-395/94, Recueil, str. II-875, točka 252), pri čemer ni prizadeta možnost strank, da lahko pri izvrševanju svojih pravic obrambe te dopolnjujejo z dokazi po tem datumu, zlasti če so namenjeni izpodbijanju odločbe oziroma njeni obrambi (sodba Sodišča prve stopnje z dne 21. septembra 2005 v zadevi EDP proti Komisiji, T-87/05, še neobjavljena v ZOdl., točka 158; glej v tem smislu tudi sodbo Sodišča z dne 22. oktobra 1986 v zadevi Metro proti Komisiji, 75/84, Recueil, str. 3021, v nadaljevanju: sodba Metro II, točki 75 in 78, in zgoraj navedeno sodbo Atlantic Container Lines in drugi proti Komisiji, točka 254).

59 V tem primeru izhaja, da se dejanske okoliščine, ki niso obstajale na dan, ko je bila sprejeta Odločba, še posebej informacije v zvezi z obdobjem 2001/2005, in dokazi, ki niso obstajali na ta dan, prav tako pa niso bili posebej navedeni za izpodbijanje

oziroma branjenje Odločbe, v delu, kjer je ugotovljena kršitev, zlasti študije, ki na splošno obravnavajo posledice vzporedne trgovine z zdravili v Skupnosti, ki niso tisti, ki so bili predloženi v upravnem postopku, takoj izključijo iz preizkusa.

2. Obstoj sporazuma med podjetji

a) Vsebina Odločbe

60 Komisija je v uvodni izjavi 109 Odločbe navedla, da so splošni prodajni pogoji sestavni del sporazuma med družbo GW in vsemi španskimi farmacevtskimi trgovci na debelo, ki so sporazum podpisali.

b) Trditve strank

61 Družba GSK zatrjuje, da splošni prodajni pogoji niso sporazum.

62 Dejansko, družba GW in španski farmacevtski trgovci na debelo, ki so podpisniki splošnih prodajnih pogojev, naj ne bi izkazali samostojne volje glede cene na debelo za zdravila, ki jih prevzame španski sistem zdravstvenega zavarovanja, in so jim jo v tem pogledu naložili španski predpisi.

63 Poleg tega naj ne bi izkazali usklajene volje, da se omejuje konkurence ampak preprosto usklajeno voljo, da prodajo in da kupijo zdravilo v skladu s tem, kar je bilo obljubljeno s splošnimi prodajnimi pogoji.

64 Komisija ob sodelovanju intervenientov izpodbija utemeljenost tega tožbenega razloga.

c) Presoja Sodišča prve stopnje

65 Trditve družbe GSK vodijo do tega, da se preuči, prvič, ali so družba GW in španski farmacevtski trgovci na debelo izkazali samostojno voljo v razmerju do španskih predpisov glede cene zdravil na debelo, ki jo prevzame španski sistem zdravstvenega zavarovanja, in ali je bila torej Komisija soočena z delovanjem podjetij in ne z delovanjem držav. V tem primeru je treba, drugič, preučiti, ali so družba GW in španski farmacevtski trgovci na debelo izkazali usklajeno voljo in ali je Komisija torej soočena z dvostranskim delovanjem in ne enostranskim delovanjem.

Neodvisnost volj

66 Člen 81(1) ES se uporablja samo za protikonkurenčna delovanja, ki jih podjetja izvajajo na svojo pobudo (sodbe Sodišča z dne 21. septembra 1988 v zadevi Van Eycke, 267/86, Recueil, str. 4769, točka 16; z dne 11. novembra 1997 v združenih zadevah Komisija in Francija proti Ladbroke Racing, C-359/95 P in C-379/95 P, Recueil, str. I-6265, točka 33, in z dne 9. septembra 2003 v zadevi CIF, C-198/01, Recueil, str. I-8055, točka 45).

67 Če je za presojo uporabe te določbe nujno, da se predhodno oceni mogoče posledice državne določbe, je treba določiti, ali ta dopušča možnost, da bi bila lahko s samostojnim delovanjem podjetij ovirana, omejena ali izkrivljena konkurenca (zgoraj v točki 66 navedeni sodbi Komisija in Francija proti Ladbroke Racing, točki 32 in 35, in CIF, točka 66).

68 Če se pri tej oceni izkaže, da sporni predpisi nalagajo protikonkurenčno delovanje podjetjem oziroma izključujejo vsako možnost protikonkurenčnega delovanja z njihove strani, se člen 81(1) ES ne uporabi (zgoraj v točki 66 navedeni sodbi Komisija in Francija proti Ladbroke Racing, točka 33, in CIF, točka 67).

69 Če pa se izkaže nasprotno, da ti predpisi dopuščajo možnost, da bi bila lahko s samostojnim delovanjem podjetij ovirana, omejena ali izkrivljena konkurenca, se člen 81(1) ES še vedno uporabi (zgoraj v točki 66 navedeni sodbi Komisija in Francija proti Ladbroke Racing, točka 34, in CIF, točka 56).

70 Možnost izključitve danega delovanja s področja uporabe te določbe, zaradi državnih predpisov, ki jih je omejeno uporabilo sodišče Skupnosti (zgoraj v točki 66 navedena sodba CIF, točka 67, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 30. marca 2000 v zadevi Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali proti Komisiji, T-513/93, Recueil, str. II-1807, točka 60).

71 Torej je treba ugotoviti, ali španski predpisi družbi GW nalagajo, da v pogodbah, ki jih sklepa s španskimi farmacevtskimi trgovci na debelo, uporabi različne cene glede na to, ali cene za zdravila, ki jih prodajajo, prevzame španski sistem zdravstvenega zavarovanja ali ne, kot trdi družba GSK.

72 Očitno je, da španski predpisi, ki izhajajo iz kombiniranih določb naslova VIII zakona 25/1990 in odloka 271/1990, ne določajo cene na debelo za zdravila, ki jih ne bo prevzel španski sistem zdravstvenega zavarovanja. Družba GSK je sicer v pisanjih in na obravnavi priznala, da je bila ta ugotovitev, ki naj bi implicitno, vendar nujno izhajala iz molka besedila zakona 25/1990 glede teh proizvodov, v njegovi različici, ki je veljala ob začetku veljavnosti splošnih prodajnih pogojev, izrecno potrjena s spremembami, ki so bile kasneje dodane, kar je navedeno tudi v uvodnih izjavah 37 in 139 Odločbe.

73 Tudi če držita trditvi družbe GSK, da naj bi ceno zdravil na debelo, katerih stroške naj bi prevzel navedeni sistem, določila španska uprava popolnoma samostojno in da je ta za družbo GW in španske farmacevtske trgovce na debelo zavezujoča, v nasprotju s tem, kar trdijo intervenienti, pa vendar španski predpisi v nobenem primeru ne določajo, da se vzpostavi sistem različnih cen na podlagi pogodbe, s katerim se španskim farmacevtskim trgovcem na debelo, ki kupčujejo z družbo GW, prepove nakup zdravil po tej ceni (cena 4 A) in jih ti nato prodajajo v druge države članice, in jih sili, da kupujejo te proizvode po višji ceni (cena 4 B). Družba GSK je na obravanavi pri vprašanju o tej točki morala s tem soglašati.

74 Zato ni mogoče ugotoviti, da je zadevna nacionalna določba družbi GW naložila, da v pogodbah, ki jih sklepa s španskimi farmacevtskimi trgovci na debelo, uporabi različne cene glede na to, ali ceno za zdravila, ki jim jih proda, prevzame španski sistem zdravstvenega zavarovanja ali ne.

Usklajenost volj

75 Člen 81(1) ES se uporablja samo za dvostranska oziroma večstranska delovanja podjetij (sodba Sodišča z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic

Partecipazioni, C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točki 79 in 112), ki so lahko sporazumi, usklajena ravnanja ali sklepi podjetniških združenj.

76 Za sporazum zadostuje, da vsaj dve podjetji izrazita skupno voljo, da bosta na trgu delovali na določen način (sodbi Sodišča z dne 15. julija 1970 v zadevi ACF Chemiefarma proti Komisiji, 41/69, Recueil, str. 661, točka 112, in z dne 11. januarja 1990 v zadevi Sandoz Prodotti Farmaceutici proti Komisiji, C-277/87, Recueil, str. I-45, objava povzetka, točka 13, ter zgoraj v točki 47 navedena sodba Bayer proti Komisiji, točki 67 in 173).

77 Če je posledično prisilnega značaja, da se v odločbah, v katerih Komisija uporabi člen 81(1) ES, dokaže obstoj skupne volje delovati na trgu na določen način, se kljub temu ne zahteva, nasprotno s tem, kar trdi družba GSK, da se v njih ugotovi skupna volja zasledovati protikonkurenčni cilj.

78 V obravnavanem primeru Odločba sklepa o obstoju skupne volje, ki so jo izrazili družba GW in španski farmacevtski trgovci na debelo, ki so podpisali splošne prodajne pogoje, s katerimi so se zavezali k delovanju na trgu na podlagi člena 4 teh, kar pomeni prodajo in nakup, eno ali drugo, 82 zdravil, za katera se uporablja cena 4 A ali cena 4 B glede na to, ali so pogoji, določeni v točki A te pogodbene določbe, izpolnjeni ali ne.

79 Očitno je, da je ta ugotovitev potrjena s sodnim spisom, iz katerega izhaja, najprej, da je družba GW sprejela splošne prodajne pogoje, s katerimi je bil predviden sistem različnih cen. Nato je družba GW te splošne prodajne pogoje posredovala 89 španskim farmacevtskim trgovcem na debelo, s katerimi vzdržuje trgovske zveze v Španiji. V ta namen jim je predlagala, pri čemer je poudarila pomembnost, ki jo daje temu predlogu, naj ji vrnejo podpisani izvod, „kot dokaz [njihovega] soglasja“,

v za to določenem roku. Te dejanske okoliščine kažejo na voljo, ki jo je izrazila družba GW, da bi pridobila soglasje španskih farmacevtskih trgovcev na debelo glede splošnih prodajnih pogojev in, torej, da jim v zvezi s temi predlaga ponudbo. Končno, 75 od 89 španskih farmacevtskih trgovcev na debelo, naslovnikov te ponudbe, je opravilo predlagane posle družbe GW s tem, da so podpisali splošne prodajne pogoje in da so ji vrnili podpisane izvode v za to določenem roku. Te dejanske okoliščine kažejo voljo teh španskih farmacevtskih trgovcev na debelo, da sprejemejo ponudbo družbe GW in da z njo sklenejo sporazum, kot je priznala družba GSK na obravnavi.

80 Z nobeno od trditev, ki jo je navedla družba GSK, ni mogoče izpodbijati te ugotovitve.

81 Družba GSK še posebej ne more trditi, da ji Komisija ni predložila dokaza za obstoj uradne prepovedi za izvoz, ki je bila naložena družbi GW in španskim farmacevtskim trgovcem na debelo, in delovanja, ki kaže na implicitni pristanek na to prepoved s strani navedenih farmacevtskih trgovcev na debelo.

82 Dejansko mora Komisija priskrbeti dokaze za domnevne kršitve, tako da v odločbah o uporabi konkurenčnih pravil poda natančne in skladne dokaze, ki prepričljivo kažejo na obstoj okoliščin, na katerih temeljijo te kršitve (sodbi Sodišča z dne 28. marca 1984 v združenih zadevah CRAM in Rheinzink proti Komisiji, 29/83 in 30/83, Recueil, str. 1679, točka 20, in z dne 6. januarja 2004 v združenih zadevah BAI in Komisija proti Bayer, C-2/01 P in C-3/01 P, Recueil, str. I-23, točka 62).

83 Te okoliščine bi lahko bile neposredni dokazi v obliki pisnega stališča (sodba Sodišča prve stopnje z dne 15. marca 2000 v združenih zadevah Cimenteries CBR in drugi proti Komisiji, 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 in T-104/95, Recueil, str. II-491, točka 862, in glede postopka s pritožbo glej zgoraj v točki 55 navedeno sodbo Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, točka 237) ali, če ne, posredni dokazi, ki se kažejo kot delovanje (zgoraj v točki 47 navedena sodba Bayer proti Komisiji, točka 73, in glede postopka s pritožbo glej zgoraj v točki 82 navedeno sodbo BAI in Komisija proti Bayer, točka 100).

84 V obravnavanem primeru je bilo predhodno navedeno, da se je Komisija opirala na izmenjavo pisnih stališč, ki brez dvoma dokazujejo, da je družba GW španskim farmacevtskm trgovcem na debelo ponudila, da delujejo na trgu na način, ki je določen s splošnimi prodajnimi pogoji, in da je večina izmed njih sprejela to ponudbo. Torej ji ni bilo treba, kot je poudarjala na obravnavi, priskrbeti drugih dokazov, kot so tisti v zvezi z delovanjem družbe GW in farmacevtskih trgovcev na debelo.

85 Družba GSK tudi ne more trditi, da se farmacevtski trgovci na debelo, na katere se je obrnila družba GW, z njo končno niso strinjali.

86 Če je Komisija, kot v tem primeru, priskrbela dokaz o obstoju sporazuma, mora pri tem sporazumu udeleženo podjetje priskrbeti dokaz, da se je od tega odmaknilo, dokaz, ki priča o jasni volji, s katero so bila seznanjena druga udeležena podjetja, da se želi odmakniti od tega sporazuma (glej v tem smislu zgoraj v točki 82 navedeno sodbo BAI in Komisija proti Bayerju, točka 63, zgoraj v točki 55 navedeno sodbo Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, točke od 81 do 84, in sodbo Sodišča prve stopnje z dne 11. decembra 2003 v zadevi Adriatica di Navigazione proti Komisiji, T-61/99, Recueil, str. II-5349, točke od 135 do 138).

87 V obravnavanem primeru, če je res, da so določeni španski farmacevtski trgovci na debelo, ki so podpisali splošne prodajne pogoje, dvomili v zakonitost teh, kot je navedeno v uvodni izjavi 12 Odločbe, ne izhaja iz sodnega spisa, da bi se od tega odmaknili v smislu sodne prakse. Res je, da so nekateri izmed njih izvažali zdravila, ki so jih kupili od družbe GW po ceni 4 A. Vendar izhaja iz sodnega spisa, da so se ti

končno strinjali s plačilom računov, ki ustrezajo razliki med to ceno in ceno 4 B, na predlog družbe GSK. V vsakem primeru se ta dejstva nanašajo samo na nekatere farmacevtske trgovce na debelo in ne omogočajo sklepa, da so se vsi odmaknili od sporazuma, ki so ga predhodno sklenili z družbo GW.

88 Zlasti je pravilno, da so tri poklicna združenja Aseprofar, Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas in Fedifar na Komisijo in na Servicio de defensa de competencia (služba za varstvo konkurence) vložila pritožbe, kot je bilo navedeno v uvodni izjavi 3 Odločbe, in da med člane teh združenj, neposredno za prvi dve in posredno za tretje, spadajo nekateri španski farmacevtski trgovci na debelo, ki so podpisniki splošnih prodajnih pogojev. Vendar pa samo okoliščina, da poklicna združenja, ki povezujejo med drugimi člani tudi tiste, ki so podpisniki splošnih prodajnih pogojev, predstavljena v teh pritožbah, ne bi bila zadosten dokaz, da vsi španski farmacevtski trgovci na debelo dejansko niso želeli ali niso več želeli od dneva, ko so bile vložene te pritožbe, sodelovati z družbo GW.

89 Torej ni mogoče trditi, da družba GW in farmacevtski trgovci na debelo, ki so podpisali splošne prodajne pogoje, niso izkazali usklajene volje.

90 Iz vseh navedenih ugotovitev izhaja, da glede na trditve družbe GSK ne kaže, da bi Komisija napačno sklepala o obstoju sporazuma.

3. Obstoj omejevanja konkurence

a) Vsebina Odločbe

91 Komisija je v uvodnih izjavah od 116 do 143 in 189 Odločbe trdila, da naj bi bila cilj in posledica člena 4 splošnih prodajnih pogojev omejevanje konkurence.

92 Komisija je ob prvem pregledu cilja te pogodbene določbe v uvodni izjavi 116 Odločbe navedla, da je bil njen namen omejiti vzporedno trgovino z zdravili, ki jih trži GW med Španijo in drugimi državami članicami. Prav tako je v uvodni izjavi 117 Odločbe ugotovila, da primerjava med ceno 4 A, ki se uporablja za zdravila, ki so namenjena ponovni prodaji in so prevzeta v Španiji, ter ceno 4 B, ki se uporablja za zdravila, ki so namenjena preprodaji ali prevzemu v drugih državah članicah, kaže, da bi bila glede na okoliščine posledica takega razlikovanja izključitev oziroma oviranje vzporedne trgovine.

93 Komisija je nato v uvodnih izjavah od 117 do 119 Odločbe menila, da iz člena 4 splošnih prodajnih pogojev izhajajo učinki, enaki prepovedi za izvoz, medtem ko je bila v večjem številu drugih primerov, podobno kot v sistemu dvojnih cen, ovirana vzporedna trgovina. V uvodnih izjavah od 120 do 123 Odločbe je tudi menila, da obstoj državnega predpisa v Španiji o spremembi oblikovanja cene na debelo za zdravila, ki jih prevzame nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja, ne spreminja te analize.

94 Komisija je v uvodnih izjavah 124 in 125 Odločbe končno trdila, da sta Sodišče in Sodišče prve stopnje vedno opredelili sporazume, ki vsebujejo izvozne prepovedi, sisteme dvojnih cen ali druge omejitve vzporedne trgovine, kot sporazume, katerih cilj je omejevanje konkurence, tako da je cilj člena 4 splošnih prodajnih pogojev omejevanje konkurence.

95 Ob drugem pregledu posledic člena 4 splošnih prodajnih pogojev je Komisija najprej v uvodni izjavi 126 Odločbe menila, da naj bi vzpostavitev cene na debelo, ki je višja za izvoz, h kateri se prištevajo še stroški transakcij, povezanih s tem poslom (oddaja, embalaža itd.), omejevala vzporedno trgovino, kar je mogoče opaziti brez te cene.

96 Komisija je nato v uvodnih izjavah od 127 do 135 Odločbe ocenila, da se ta pogodbena določba ni omejevala izravnavo izkrivljanja konkurence, ki jo je treba predpisati Kraljevini Španiji in ni bila utemeljena z obstojem nobenega posebnega predpisa.

97 Komisija je v uvodnih izjavah od 136 do 140 Odločbe ob tem trdila, da naj bi imele razlike v cenah, določene s členom 4 splošnih prodajnih pogojev, za posledico omejevanje svobode delovanja farmacevtskih trgovcev na debelo, ki so poslovali v državi članici, ki je bila država, iz katere se je izvajala vzporedna trgovina, in omejevanje konkurence med farmacevtskimi trgovci na debelo in distributerji, ki delujejo v državi članici, ki je cilj vzporedne trgovine.

98 Komisija se je v uvodnih izjavah od 141 do 143 Odločbe sklicevala na nihanja menjalnih tečajev med leti 1996 in 1998, ki so prispevala k vzporedni trgovini z zdravili zlasti med Španijo in Združenim kraljestvom.

b) Trditve strank

99 Družba GSK v bistvu trdi, da člen 4 splošnih prodajnih pogojev ne omejuje konkurence.

100 Prvič, trdi, da je bila konkurenca v sektorju zdravil, ki jih je prevzel nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja, izkrivljena že v začetku in da je namen člena 4 splošnih prodajnih pogojev le omiliti položaj, ki naj bi nastal zaradi državnih predpisov v zvezi s ceno navedenih zdravil in zaradi neobstoja predpisov Skupnosti, s katerimi bi bilo treba uskladiti te državne predpise.

101 Drugič, družba GSK trdi, da cilj člena 4 splošnih prodajnih pogojev ni omejevanje konkurence in da Komisija ni dokazala, da bi imel tak učinek, glede na posebnosti zadevnega trga ter, širše, v pravnem in gospodarskem okviru, v katerega se uvršča ta pogodbena določba.

102 Komisija ob sodelovanju intervenientk izpodbija utemeljenost tega tožbenega razloga. Ocenjuje, da je utemeljeno trdila, da sta bila cilj in posledica člena 4 splošnih prodajnih pogojev, ki sta izključevala oziroma ovirala vzporedno trgovino, omejevanje konkurence.

c) Presoja Sodišča prve stopnje

103 Družba GSK ne izpodbija materialne pravilnosti dejstev, s katerimi je Komisija utemeljevala uporabo člena 81(1) ES, ampak presojo te institucije. Vse kritike ob pregledu, ali obstaja omejitev konkurence, se v bistvu nanašajo na sklepe, ki izhajajo iz pravnega in gospodarskega okvira, ki je značilen za sektor zdravil. Te kritike se zlasti nanašajo, prvič, na stanje konkurence pred uvedbo člena 4 splošnih prodajnih pogojev in, drugič, na omejevanje konkurence, ki naj bi nastalo zaradi te pogodbene določbe.

Stanje konkurence pred uvedbo člena 4 splošnih prodajnih pogojev

104 Kot upravičeno trdi družba GSK, je sektor zdravil, katerega stroške prevzema nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja v velikem številu držav članic, zaznamovan s predpisi, nadzor tega pa je veliko bolj zapleten od preprostega

nadzora nad gospodarsko dejavnostjo, zlasti na področju cen (sodba Sodišča z dne 29. novembra 1983 v zadevi Roussel in drugi, 181/82, Recueil, str. 3849, točka 8). Sočasni obstoj teh različnih državnih predpisov bi lahko izkrivljal konkurenco (sodba Sodišča z dne 5. decembra 1996 v združenih zadevah Merck in Beecham, C-267/95 in C-268/95, Recueil, str. I-6285, točka 47). Poleg tega stremi k potrditvi določene zaprtosti nacionalnih trgov glede te točke (glej po analogiji sodbo Sodišča z dne 16. decembra 1975 v združenih zadevah Suiker Unie in drugi proti Komisiji, od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 in 114/73, Recueil, str. 1663, točka 24).

105 Vendar pa se člen 81(1) ES, v skladu z zgoraj v točkah od 67 do 70 navedeno sodno prakso, ne uporabi zgolj če je sektor, v katerem je sklenjen sporazum, urejen s predpisi, ki izključujejo možnost, da bi lahko tak sporazum oviral, izkrivljal ali omejeval konkurenco.

106 V obravnavanem primeru obstaja konkurenca med proizvajalci zdravil, ki se v glavnem nanaša na parametre drugih cen, zlasti inovativnosti (zgoraj v točki 104 navedena sodba Roussel, točka 9), kot je to poudarila družba GSK v pisnih stališčih in na obravnavi.

107 Poleg tega lahko obstaja konkureneca med proizvajalcem in njegovimi distributerji ali med vzporednimi trgovci in nacionalnimi distributerji, ki nastane prav zaradi večjih odmikov pri cenah, h katerim prispevajo zadevni državni predpisi, in ki je, če so zdravila zaščitena s patentom, ki imetniku patenta podeljuje začasni monopol do izteka roka tega patenta, edina oblika konkurence, ki jo je mogoče predvidevati v zvezi s cenami, kot je poudarila družba GSK v pisnih stališčih.

108 Ker bi lahko pravno stanje, ki ga je opisala družba GSK, povzročalo omejevanje konkurence, vednar ne njene izključitve, nima za posledico neuporabe člena 81(1) ES.

Omejevanje konkurence, pripisano členu 4 splošnih prodajnih pogojev

109 Ker družba GSK trdi, da Komisija pri preizkusu, ali je bila konkurenca omejevana, ni pravilno upoštevala ustreznega pravnega in gospodarskega okvira, je treba v zvezi s tem takoj spomniti, da se kot konkurenca, na katero se nanašata člen 3(1)(g) ES in člen 81 ES šteje učinkovita konkurenca, ki je ravno tolikšna, da se z njo doseže cilj pogodbe. Njena moč je lahko različna glede na naravo zadevnega proizvoda in zgradbo zadevnega trga. Poleg tega ti parametri nimajo nujno enakega pomena, cenovna konkurenca ni edina učinkovita oblika konkurence niti takšna, ki ji je treba v vseh okoliščinah dajati absolutno prednost (sodba Sodišča z dne 25. oktobra 1977 v zadevi Metro proti Komisiji, 26/76, Recueil, str. 1875, v nadaljevanju: sodba Metro I, točki 20 in 21, in zgoraj v točki 66 navedena sodba CIF, točka 68).

110 Posledično, opredelitev, da sporazum omejuje konkurenco v smislu člena 81(1) ES, mora upoštevati dejanski okvir in, torej, pravni in gospodarski okvir sporazuma, ki mu je pripisana ta omejitev. Ta obveznost se nalaga zaradi razumevanja cilja in posledice (zgoraj v točki 55 navedena sodba Société technique minière, str. 359 in 360; sodbi Sodišča z dne 13. julija 1966 v združenih zadevah Consten in Grundig proti Komisiji, 56/64 in 58/64, Recueil, str. 429 in 497, in z dne 12. decembra 1995 v zadevi Oude Luttikhuis in drugi, C-399/93, Recueil, str. I-4515, točka 20).

111 Kadar pregled določb sporazuma, ki je bil opravljen v njunem pravnem in gospodarskem okviru, kaže na obstoj poslabšanja konkurence, je mogoče domnevati, da je cilj tega sporazuma preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence (glej zgoraj v točki 55 navedeno sodbo Société technique minière, str. 359 in 362, ter zgoraj v točki 110 navedeno sodbo Consten in Grundig proti Komisiji, str. 497), v tolikšni meri, da ni treba preučiti njegovih posledic (zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, str. 496, in zgoraj v točki 75 navedena sodba Komisija proti Anic Participazioni, točka 99).

112 V nasprotnem primeru, je treba preučiti posledico tega sporazuma in v zadostni meri dokazati, da lahko dejansko in potencialno preprečuje, omejuje ali izkrivlja konkurenco (zgoraj v točki 55 navedena sodba Société technique minière, str. 359, 360 in 362, ter sodba Sodišča z dne 28. maja 1998 v zadevi Deere proti Komisiji, C-7/95 P, Recueil, str. I-3111, točki 75 in 77).

113 V obravnavanem primeru se postopno preučijo trditve družbe GSK o cilju in posledici člena 4 splošnih prodajnih pogojev.

– Obstoj protikonkurenčnega cilja

114 Družba GSK ne izpodbija trditve, da je bil člen 4 splošnih prodajnih pogojev oblikovan za omejevanje vzporedne trgovine z 82 zdravili, ki jih je tržila družba GW med Španijo in drugimi državami članicami, zlasti pa z Združenim kraljestvom.

115 Iz sodne prakse izhaja, da je treba sporazume, s katerimi se želi dokončno prepovedati vzporedno trgovino, po načelu obravnavati, kot da je njihov cilj preprečevanje konkurence (zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, str. od 496 do 498; sodbi Sodišča z dne 1. februarja 1978 v zadevi Miller International proti Komisiji, 19/77, Recueil, str. 131, točki 7 in 18; z dne 12. julija 1979 v združenih zadevah BMW Belgium proti Komisiji, 32/78, 36/78 in 82/78, Recueil, str. 2435, točke od 20 do 28 in 31, in zgoraj v točki 76 navedena sodba Sandoz Prodotti Farmaceutici proti Komisiji, točka 16).

116 Iz tega izhaja, da je treba pri sporazumih, katerih namen je oviranje vzporedne trgovine, šteti, da imajo za cilj omejevanje konkurence (sodbi Sodišča z dne 8. novembra 1983 v združenih zadevah IAZ in drugi proti Komisiji, od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 in 110/82, Recueil, str. 3369, točke od 23 do 25, in z dne 6. aprila 2006 v zadevi General Motors proti Komisiji, C-551/03 P, še neobjavljena v ZOdl., točki 67 in 68).

117 Vendar ima družba GSK prav, ko trdi, da se Komisija ob upoštevanju pravnega in gospodarskega okvira ni mogla opreti samo na okoliščino, da vzpostavlja člen 4 splošnih prodajnih pogojev sistema različnih cen, ki želi omejevati vzporedno trgovino, zato da bi sklepala, da je cilj te pogodbene določbe omejevanje konkurence.

118 Dejansko je cilj, ki je določen v členu 81(1) ES, ki predstavlja temeljno določbo, ki je nujna za uresničitev nalog, ki so dodeljene Skupnosti, zlasti za delovanje notranjega trga (sodbi Sodišča z dne 1. junija 1999 v zadevi Eco Swiss, C-126/97, Recueil, str. I-3055, točka 36, in z dne 20. septembra 2001 v združenih zadevah Courage in Crehan, C-453/99, Recueil, str. I-6297, točka 20), preprečiti, da bi podjetja z omejevanjem konkurence med seboj ali z drugimi zmanjšala blagor končnih potrošnikov zadevnih proizvodov (sodba Sodišča prve stopnje z dne 7. junija 2006 v zadevi Österreichische Postsparkasse in Bank für Arbeit und Wirtschaft proti Komisiji, T-213/01 in T-214/01, še neobjavljena v ZOdl., točka 115; glej v tem smislu tudi zgoraj v točki 110 navedeno sodbo Consten in Grundig proti Komisiji, str. 493, in sodbo Sodišča z dne 20. junija 1978 v zadevi Tepea proti Komisiji, 28/77, Recueil, str. 1391, točka 56). Komisija je na obravnavi tudi večkrat poudarila, da je s tega vidika izvedla svoj preizkus v tem primeru, pri čemer je najprej prišla do sklepa, da splošni prodajni pogoji očitno omejujejo blagor potrošnikov, nato se je spraševala, ali bi bilo mogoče to omejitev izravnati s povečanjem učinkovitosti, od katere so imeli koristi tudi potrošniki.

119 Uporaba člena 81(1) ES v primeru, kot je ta, zato ni odvisna samo od tega, ali se želi z zadevnim sporazumom omejiti vzporedno trgovino z zdravili oziroma ali se z njim želi razdeliti skupni trg, kar sta okoliščini, na podlagi katerih je mogoče sklepati, da zadevata trgovino med državami članicami in zato spadata v pravo Skupnosti, vendar se ob tem zahteva analiza, da se ugotovi, ali je njun cilj oziroma posledica preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na zadevnem trgu v škodo končnega potrošnika ter ali spadata torej v pravo konkurence. Kot izhaja iz zgoraj v točkah 111 in 112 navedene sodne prakse, ta analiza, ki jo je mogoče skrajšati, kadar določbe sporazuma kažejo na poslabšanje konkurence, kot je navedla Komisija na obravnavi, pa jo je zato v nasprotnem primeru treba dopolniti, če tako zahtevajo okoliščine danega primera (zgoraj v točki 55 navedena sodba Société technique minière, str. od 358 do 361, in zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, str. od 495 do 498).

120 Zlasti zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, na podlagi katere se je razvila zgoraj v točkah 115 in 116 navedena sodna praksa, Sodišče ni razsodilo, v nasprotju s tem, kar je trdila Komisija v pisnih stališčih, da je cilj sporazuma, s katerim se želi omejiti vzporedno trgovino, neodvisno od vsake analize konkurenčnosti, omejevanje konkurence. Nasprotno, Sodišče se je najprej omejilo na trditev, da je mogoče s sporazumom med proizvajalcem in distributerjem, s katerim se želi ponovno vzpostaviti nacionalne pregrade v trgovini med državami članicami, nasprotovati najbolj temeljnim ciljem Skupnosti (str. 494), trditev, ki ga je pripeljala do tega, da je zavrnilo tožbeni razlog neuporabe člena 81(1) ES za vertikalne sporazume (str. od 492 do 494). Nato je izvedlo skrajšano, toda dejansko analizo konkurence, v kateri je zlasti navedlo, da se z zadevnim sporazumom želi izključiti vsaka možnost konkurence na stopnji trgovine na debelo, zato da bi se uporabile cene, ki niso izpostavljene učinkoviti konkurenci, in je iz teh preudarkov zavrnilo tožbeni razlog neobstoja omejevanja konkurence (str. od 496 do 498).

121 Če je od takrat ugotovljeno, da je vzporedna trgovina deležna ugodnosti določene zaščite, te ugodnosti nima sama kot taka, ampak v skladu z navedbami Sodišča toliko, kot daje prednost razvijanju trgovine in krepi konkurenco (sodba Sodišča

z dne 16. januarja 1992 v zadevi X, C-373/90, Recueil, str. I-131, točka 12), kar pomeni, po drugem vidiku, toliko, kot končnim potrošnikom priskrbi ugodnosti učinkovite konkurence glede na dobavo in ceno (zgoraj v točki 118 navedena sodba Tepea proti Komisiji, točki 43 in 56). V nadaljevanju, če je dognano, da je treba sporazum, s katerim se želi omejiti vzporedna trgovina, po načelu obravnavati, kot da ima za cilj omejevanje konkurence, je mogoče domnevati, da končnim potrošnikom takšne ugodnosti odvzema.

122 Ob upoštevanju pravnega in gospodarskega okvira, v katerem so razviti splošni prodajni pogoji družbe GSK, ni mogoče domnevati, da končnim potrošnikom zdravil odvzemajo take ugodnosti. Dejansko so farmacevtski trgovci na debelo, katerih naloga je, kot je razsodilo Sodišče, zagotavljati dobavo trgovini na drobno, pri čemer izkoristijo konkurenco med proizvajalci (zgoraj v točki 109 navedena sodba Metro I, točka 40), nosilci gospodarske dejavnosti, ki delujejo na vmesni stopnji vrednostne verige in lahko ohranijo ugodnost, ki jo lahko ima vzporedna konkurenca z vidika cene, v tem primeru pa se ta ne prenese na potrošnika.

123 Opis tega okvira je podan v oddelku I Odločbe, ki se posveča dejstvom, in zlasti v njegovih pododdelkih F, z naslovom „Vzporedna trgovina pri farmacevtskih proizvodih v Skupnosti: posledice nacionalnih pravnih okvirov in nihanja menjalnih tečajev“, in G, z naslovom „Vzporedna trgovina proizvodov družbe GW v Skupnosti: posledice za njene prodajne pogoje“.

124 Iz razlage tega opisa izhaja, da so glavne značilnosti pravnega in gospodarskega okvira naslednje, s tem se je strinjala tudi družba GSK v pisnih stališčih in na glavni obravnavi.

125 Prvič, v skladu z uvodnimi izjavami 31, 36 in 50 Odločbe cena zdravil, ki jih prevzame nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja, ni določena ob izidu konkurenčnega postopka v vsej Skupnosti, ampak se neposredno določi v upravnem postopku v večini držav članic in jo posredno nadzirajo druge države članice.

126 Drugič, v skladu z uvodno izjavo 31 Odločbe je približevanje nacionalnih določb, ki se uporabljajo na tem področju, na tej stopnji omejeno. V Direktivi 89/105 je urejeno le, da se oblikovanje cene za ta zdravila, kadar je določena z nacionalnim pravom, opravi v preglednem postopku ter da je utemeljena z objektivnimi in resničnimi merili. V skladu z uvodno izjavo 50 Odločbe in z Direktivo 89/105 se lahko z nacionalnim pravom določi upoštevanje različnih meril glede na politiko, ki jo zasleduje zadevna država članica na področju javnega zdravja in financiranja nacionalnega sistema zdravstvenega zavarovanja. Takšen je zlasti primer španskega prava, ki na podlagi uvodnih izjav 37 in 38 Odločbe predvideva neposredno določitev najvišje veleprodajne cene in posredno določitev najvišje maloprodajne cene. V britanskem pravu se, nasprotno, ne predvideva določitve cen, temveč, v skladu z uvodnimi izjavami od 44 do 46 Odločbe, nadzor dobičkov farmacevtskih družb.

127 Tretjič, v skladu z uvodnimi izjavami od 29 do 31 in 34 Odločbe naj bi bile razlike med nacionalnimi določbami, ki se uporabljajo na tem področju, ključni razlog za precejšnje odmike cen med državami članicami.

128 Četrtič, v skladu z uvodnimi izjavami 30, 32 in 53 Odločbe je gibanje menjalnih tečajev trenutni vzrok za odmike med cenami. Ta pojav, ki je bil 6. marca 1998 značilen za vse države članice Skupnosti, je bil 8. maja 2001, na dan, ko je družba GSK obvestila Komisijo o splošnih prodajnih pogojih, prisoten še v Združenem kraljestvu, na Danskem in Švedskem, to je dan, ko je Komisija sprejela Odločbo, kot izhaja tudi iz uvodne izjave 53 Odločbe.

129 Petič, ti odmiki pri cenah so v skladu z uvodno izjavo 29 Odločbe vzrok za nastanek vzporedne trgovine z zdravili v Skupnosti. Glavne države članice, v katerih se je odločalo o vzporedni trgovini, so, kot natančneje navajajo uvodne izjave 33 in 34 Odločbe, Danska, Nizozemska in Združeno kraljestvo.

130 Šestič, določene države članice so sprejele določbe, ki imajo neodvisno od vprašanja, ali je njihov cilj pospeševanje vzporedne trgovine – kar je Komisija navedla v uvodnih izjavah 31, 33, 34, 36 in 52 Odločbe, vendar to družba GSK izpodbija –, lahko tak učinek. Takšen je zlasti primer Združenega kraljestva, pri katerem, kot navaja uvodna izjava 49 Odločbe, National Health Service avtomatično povrne farmacevtom znesek, ki je enak ceni, po kateri proizvajalec trži svoje zdravilo na britanskem trgu povprečno, znižan za od 4 do 5 %, ki naj bi bil enak prihrankom farmacevtov, kadar ti dobavljajo drugam, po nižji ceni.

131 Sedmič, kot izhaja iz uvodnih izjav 31 in 51 Odločbe, bolnik po splošnem pravilu nosi le omejen del, ki se razlikuje med državami, cene za zdravila, ki jih prevzame nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja, ki jih uživa. Nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja pri tem nosi precejšen del. Takšen je tudi primer Združenega kraljestva, pri katerem v skladu z uvodno izjavo 48 Odločbe bolnik za zdravilo plača 6 britanskih funtov (GBP), če ne spada v skupino oseb, za katere veljajo oprostitve takega plačila.

132 Komisija opozarja na določene vidike tega opisa, v okviru pregleda cilja člena 4 splošnih prodajnih pogojev. Na te se sklicuje tudi v neizpodbijani uvodni izjavi 117 Odločbe, da bi pokazala učinke te pogodbene določbe na vzporedno trgovino. Nanje se sklicuje tudi v uvodni izjavi 121 Odločbe, ko razlaga, da se v nasprotju s tem, kar trdi družba GSK, farmacevtske družbe lahko pogajajo v okviru španskega postopka določitve veleprodajne cene zdravil.

133 Vendar pa Komisija ni preučila posebne in bistvene značilnosti sektorja, za katero velja, da se zadevne cene proizvodov, ki jih nadzirajo države članice in ki jih določajo neposredno ali posredno na ravni, za katero presodijo, da bi bila najbolj primerna, v Skupnosti oblikujejo na različnih ravneh in, v nasprotju s cenami drugih potrošnih dobrin, na katere se je Komisija sklicevala v svojih pisnih stališčih in na glavni obravnavi, kot je športna oprema in motocikli, da v precejšnji meri niso izpostavljene svobodni ponudbi in povpraševanju.

134 Na podlagi te okoliščine ni mogoče domnevati, da ima vzporedna trgovina posledice za cene, ki se uporabljajo pri končnih potrošnikih zdravil, katerih stroške prevzemajo nacionalni sistemi zdravstvenega zavarovanja, in jim zato daje precejšnjo ugodnost, ki je podobna tisti, ki bi jo imela, če bi bile te cene oblikovane na podlagi ponudbe in povpraševanja.

135 Komisija se strinja s posledicami, na prvi pogled dvoumnosti trgovine z zdravili, za blagor končnih potrošnikov, saj v sporočilu z dne 25. novembra 1999 COM(1998) 588 konč. o enotnem trgu farmacevtskih proizvodov, na katero je opravljen sklic v uvodni izjavi 161 Odločbe in na katero so se sklicevale stranke v pisnih stališčih ter pri odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje, navaja, da kolikor vzporedna trgovina ne more vplivati na gibanje cen, nima učinka, saj pripade največji del dobička, kakršen koli je že ves dobiček, prej tistemu, ki se ukvarja z vzporedno trgovino, kot sistemu zdravstvenega varstva ali bolnikom (str. 6).

136 Torej ni mogoče šteti, da bi člen 4 splošnih prodajnih pogojev – ki je po mnenju družbe GSK namenjen temu, da se zagotovi, da bi se veleprodajna cena, ki jo je določila Kraljevina Španija, dejansko uporabljala samo za zdravila, za katera je bila zakonito določena – kazal na preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence.

137 Niti ena trditev Komisije in intervenientov ni takšna, da bi bilo z njo mogoče izpodbijati to ugotovitev.

138 Komisija se zlasti ne more, kot je to storila v uvodnih izjavah 118 in 119 Odločbe in v pisnih stališčih, omejiti na ugotovitev teh vzporednic s sporazumi, ki jih je pregledala v predhodni praksi odločanja, tako da oceni, da je člen 4 splošnih prodajnih pogojev podoben tem sporazumom oziroma da ga je mogoče z njimi primerjati. Dejansko se s takšnim ravnanjem dokončno zanemarijo okoliščine pravnega in gospodarskega okvira, ki so bile opisane zgoraj in niso navedene v odločbah na podlagi člena 81(1) ES, na katere se je sklicevala Komisija.

139 Poleg tega trditev Komisije, da španski predpisi o določitvi veleprodajne cene zdravil niso odločilni, ob upoštevanju pogajalskega pooblastila, ki je pridržano farmacevtskim družbam, kot je to storila v uvodnih izjavah od 120 do 123 Odločbe in v pisnih stališčih, ni utemeljena. V njenih pisnih stališčih pa prav tako ni utemeljeno sklicevanje na to, da sočasni obstoj različnih državnih predpisov v zvezi s tem ni odločujoč, glede na sodno prakso (zgoraj v točki 115 navedena sodba BMW Belgium proti Komisiji, točka 5, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 19. maja 1999 v zadevi BASF proti Komisiji, T-175/95, Recueil, str. II-1581, točke od 121 do 123 in 136).

140 Kljub predpostavki, da španski predpisi pridržujejo farmacevtskim družbam pogajalsko pooblastilo, kot so to na obravnavi zatrjevali Komisija in intervenienti, pa obstoj teh predpisov, še posebej ob predpisih drugih držav članic, zelo vpliva na bistveni parameter konkurence (glej po analogiji zgoraj v točki 104 navedeno sodbo Suiker Unie in drugi proti Komisiji, točki 17 in 71), ki ga ni mogoče spregledati pri konkurenčni analizi.

141 Torej ni mogoče potegniti vzporednic med navedenimi zadevami, na katere se sklicuje Komisija, ki se, kot je ta institucija tudi sama navedla na obravnavi, nanašajo na ukrepe zamrznitve cen novih vozil (zgoraj v točki 115 navedena sodba BMW Belgium proti Komisiji, točka 5) oziroma na proizvode za ponovno barvanje vozil (zgoraj v točki 139 navedena sodba BASF proti Komisiji, točka 123), ki veljajo le v eni državi članici Skupnosti, in to zadevo, pri kateri cene zadevnih proizvodov dokončno določijo države članice, s čimer se izogne oblikovanju cen na podlagi ponudbe in povpraševanja ter so cene kljub ostali konkurenci, ki se lahko kaže prek vzporedne trgovine, v celotni Skupnosti različne.

142 Končno, iz točke 75 zgoraj v točki 116 navedene sodbe General Motors proti Komisiji, na katero se je sklicevala Komisija v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje in na obravnavi, ni mogoče sklepati širše, da bi bilo treba popolnoma spregledati dejstvo, ki je bilo navedeno v prejšnji točki.

143 Tako iz točke 75 te sodbe izhaja, da zaradi davčne neusklajenosti ni mogoče sklepati, da je cilj sporazuma, s katerim se želi omejiti vzporedno trgovino osebnih vozil, omejevanje konkurence, tudi če bi vplival, kot je navedla Komisija na obravnavi, na konkurenco v tem sektorju. Nasprotno, iz tega ne izhaja, da so v tem primeru zadevni državni predpisi nepomembni za analizo konkurence, čeprav je njihov cilj odtegniti oblikovanje cene za zdravila, ki jih prevzamejo nacionalni sistemi zdravstvenega zavarovanja od konkurence.

144 Intervenienti se ne morejo uspešno sklicevati na okoliščino, ki so jo predstavili na obravnavi, da se z zadevnimi državnimi predpisi ne želi odtegniti oblikovanja cene za zdravila od igre ponudbe in povpraševanja, ampak omiliti neobstoj konkurence zaradi vpliva farmacevtskih družb na trgu in zagotoviti obstoj primernih cen.

145 Kadar odloča o zahtevi za razglasitev ničnosti odločbe Komisije o uporabi pravil konkurence, sodišče Skupnosti v skladu s členom 230 ES opravi nadzor zakonitosti te Odločbe. Trditve intervenientov so podprte z dejstvi, ki jih Komisija ni omenila, kaj šele pregledala v Odločbi. Vendar ni stvar Sodišča prve stopnje, da jo nadomesti s tem, da jih takoj pregleda.

146 Te trditve so soočene s trditvami družbe GSK, v skladu s katerimi se z državnimi predpisi na področju patentov želi omogočiti, da farmacevtske družbe nadomestijo svoje izdatke za raziskovanje in za razvoj (v nadaljevanju: R&D) s tem, da se jim dodeli začasen monopol, ob koncu katerega proizvajalci generičnih zdravil ponovno vzpostavijo cenovno konkurenco tako, da so z vzporednimi trgovci, ki delujejo na trgu v obdobju, v katerem patenti veljajo, v razmerju umetne, ne pa učinkovite konkurence v smislu člena 3(1)(g) ES in člena 81 ES.

147 Posledično glavnega predloga Komisije, po katerem člen 4 splošnih prodajnih pogojev omejuje konkurenco, kar je prepovedano na podlagi člena 81(1) ES, ker je njegov cilj omejevanje vzporedne trgovine, ni mogoče sprejeti. Cene zadevnih zdravil so bile zaradi veljavnih predpisov v veliki meri odtegnjene svobodi ponudbe in povpraševanja zaradi uporabe predpisov ter določene ali pod nadzorom javnih organov, vendar ni mogoče takoj sprejeti trditve, da se želi z vzporedno trgovino tako poslabšati oziroma izboljšati blagor končnih potrošnikov. Analiza teh pojmov člena 4 splošnih prodajnih pogojev, ki je bila opravljena v zvezi s tem, ne omogoča domneve, da ta pogodbena določba, s katero se želi omejiti vzporedna trgovina, prav tako želi poslabšati blagor končnih potrošnikov. V tem položaju, ki je v veliki meri nov, le iz konteksta razlage besedila ni mogoče sklepati o tem, da naj bi sporazum omejeval konkurenco, nujno je treba upoštevati tudi njegove posledice, da se potrdi, kaj bi lahko domneval regulatorni organ.

– Obstoj protikonkurenčnega učinka

148 Za pregled učinka sporazuma o konkurenci je treba zadevni trg oziroma zadevne trge opredeliti materialno in geografsko (sodba Sodišča z dne 28. februarja 1991 v zadevi Delimitis, C-234/89, Recueil, str. I-935, točke 15, 16 in 18).

149 Komisija je v obravnavanem primeru v uvodnih izjavah 112 in 113 Odločbe v zvezi s trgom zadevnih proizvodov ocenila da, ob upoštevanju pripomb družbe GSK, v skladu s katerimi je mogoče z naravo in vsebino vzporedne trgovine ter splošnih prodajnih pogojev potrditi obstoj trga proizvodov, ki obsega vsa zdravila, ki se izdajo na recept, ni nujna natančna določitev delov trga družbe GW za vsako od 82 zadevnih zdravil. Kolikor je Komisija na obravnavi dvomila v obstoj pripomb družbe GSK, na katerih so podprte uvodne izjave, se ugotovi, da je mogoče iz razlage dopolnilnega obvestila razbrati, da Odločba ni nepravilno ugotovila dejanskega stanja o tej točki.

150 Komisija je v zvezi z zadevnim geografskim trgom v uvodni izjavi 114 Odločbe zastopala stališče, da ga je treba upoštevati kot nacionalni trg, zlasti zaradi razlik med nacionalnimi določbami o ceni in o povračilu, med strategijami v zvezi z znamko in embalažo, med sistemi dustribucije in običajnimi recepti v državah članicah Skupnosti.

151 Komisija trgov, ki jih zadeva sporazum, ne našteva izrecno. Iz uvodnih izjav od 112 do 114, 117 in 126 Odločbe pa izhaja, da gre, kot je Komisija potrdila v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje, za španski trg, na katerem naj bi španski farmacevtski trgovci na debelo kupovali zdravila od družbe GW in za vse nacionalne

trge Skupnosti, na katerih naj bi jih preprodajali, kar pomeni vse trge, pri katerih je razlika med špansko in domačo ceno dovolj visoka, da je vzporedna trgovina donosna.

152 Družba GSK ne izpodbija vidika, ki ga je sprejela Komisija glede na zadevni geografski trg, kot je to tudi potrdila na obravnavi. Ugotovi se torej, da je mogoče trg – s čimer se razume ozemlje, na katerem so objektivni konkurenčni pogoji za zadevni proizvod, če ne podobni, vsaj v zadostni meri istovrstni za vse gospodarske subjekte (sodba Sodišča z dne 14. februarja 1978 v zadevi United Brands proti Komisiji, 27/76, Recueil, str. 207, točki 44 in 53, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 6. oktobra 1994 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji, T-83/91, Recueil, str. II-755, točka 91) – obravnavati kot nacionalni, zlasti ob upoštevanju razlik med predpisi glede določitve cen zdravil in povračil zanje.

153 Družba GSK izpodbija vidik, ki ga je sprejela Komisija v zvezi s trgom zadevnih proizvodov. Trdi, da bi Komisija pri upoštevanju španskih predpisov v zvezi s tem morala ločevati med trgom, ki je urejen s predpisi, ki vključuje zdravila, ki so namenjena ponovni prodaji in katerih stroški so prevzeti v Španiji, in med svobodnim trgom z zdravili, ki so namenjena ponovni prodaji in katerih stroški so prevzeti v drugih državah članicah. Te kritike pa ni mogoče šteti za utemeljeno.

154 Iz uvodnih izjav 112 in 113 Odločbe izhaja, da Komisija ni poglobila vprašanja opredelitve trga zadevnih proizvodov. Na vprašanje o tem, po katerem okviru je dejansko sklepala, je Komisija kljub temu v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje navedla, da je, čeprav ji ni bilo treba opredeliti trga zadevnih proizvodov, ker je lahko sklepala o obstoju nekonkurenčnega cilja, ta trg kljub temu opredelila povzeto.

155 V odgovorih je kasneje na obravnavi tudi obrazložila, da se je, tudi če ni sprejela posebno razdelanega stališča, gotovo držala opredelitve, ki se sicer običajno uporablja na tem področju, ki je opredelitev, utemeljena na tretji ravni anatomsko-terapevtsko-kemične klasifikacije (ATC), ki jo je pripravil European Pharmaceutical Medical Research Association (EphMRA). Ta ustreza, kot to nakazujeta uvodni izjavi 16 in 110 Odločbe, podskupinam, ki so določene glede na terapevtske podatke in glede na farmakološke podatke o zadevnih zdravilih.

156 Kadar Sodišče prve stopnje odloča o razveljavitvi akta Skupnosti, samo razlaga ta akt, zlasti če institucija, ki ga je oblikovala, navaja obrazložitve v zvezi s tem, kako ga je treba razumeti (sodba Sodišča z dne 2. oktobra 2003 v zadevi Thyssen Stahl proti Komisiji, C-194/99 P, Recueil, str. I-10821, točki 55 in 56). V obravnavanem primeru izhaja iz razlage celotne Odločbe, da se Komisija ni izrecno, ampak nujno oprla na trg,ki se ga pojmuje kot trg distribucije zdravil, katerih stroške prevzame španski sistem zdravstvenega zavarovanja, kolikor so lahko predmet vzporedne trgovine, usmerjene k drugim državam članicam Skupnosti. Komisija je tako v uvodnih izjavah od 64 do 71 Odločbe obširno opisala vzporedno trgovino zdravil, ki jih trži družba GW v Španiji, v uvodnih izjavah od 72 do 75 Odločbe pa vpliv splošnih prodajnih pogojev na ta pojav. Enako je preučila omejevalni učinek njihovega člena 4 v uvodnih izjavah 117, 126, 137, 139 in 140 Odločbe, pri čemer se je osredotočila na vzorec osmih zdravil, ki bi zlasti lahko bila cilj vzporedne trgovine in v zvezi s katerimi ji je družba GSK posredovala informacije. Prav tako je na isti način preučila precejšen obseg protikonkurenčnega učinka, v uvodni izjavi 146 Odločbe pa preučila vpliv na trgovino med državami članicami.

157 Kot izhaja iz točk 13 in 14 sporočila Komisije 97/C 372/03 o opredelitvi zadevnega trga zaradi prava konkurence Skupnosti (UL 1997, C 372, str. 5, točki 13 in 14), se je ta institucija zavezala k opredelitvi trga zadevnih proizvodov, pri čemer je najprej upoštevala zamenljivost s strani povpraševanja in ponudbe.

158 V zvezi s prvim vidikom iz člena 1(a) Uredbe Komisije (ES) št. 2790/1999 z dne 22. decembra 1999 o uporabi člena 81(3) Pogodbe za skupine vertikalnih sporazumov in usklajenih ravnanj (UL L 336, str. 21) izhaja, da je treba v okviru sporazuma, kot je ta v tej zadevi, raziskati, kateri so proizvodi, ki jih ima kupec zaradi značilnosti proizvodov, njihovih cen in njihove predvidene uporabe za zamenljive ali nadomestljive.

159 Ne zdi se očitno nepravilno upoštevanje, da so za kupca oziroma španskega farmacevtskega trgovca na debelo, ki naj bi se ukvarjal z vzporedno trgovino, manj pomembni terapevtska informacija in farmakološki podatki za vsako od zdravil, ki jih je kupil od družbe GW, kot dejstvo, da stroške za vsa zdravila prevzame španski sistem zdravstvenega zavarovanja, zaradi česar je njihovo ceno določila španska uprava. Prav tako se ne zdi očitno nepravilno oceniti, da tega kupca manj kot cena za vsako od teh zdravil bolj zanima dejstvo, da obstaja razlika v ceni, ki je dovolj visoka, da se vzporedna trgovina za vsa ta zdravila med Španijo in državo članico namena izplača. V teh okoliščinah ni očitno nepravilno upoštevanje, da predstavljajo trg proizvodov vsa zdravila, katerih stroške prevzame španski sistem zdravstvenega zavarovanja, pri čemer nastane pri preprodaji dobiček zaradi razlike v cenah med Španijo in državo članico namena.

160 V zvezi z drugim stališčem je mogoče ugotoviti, kot izhaja iz pripomb družbe GSK, na katere se je opirala Komisija v uvodnih izjavah 112 in 113 Odločbe, da je bil člen 4 splošnih prodajnih pogojev pripravljen na splošno zato, da se uredi vprašanje vzporedne trgovine zdravil, ki jih je tržila družba GW med Španijo in državami članicami, s katerimi bi bila ta dejavnost lahko donosna za španske farmacevtske trgovce na debelo.

161 S stališča kupcev in družbe GSK se obstoj španskih predpisov kaže kot neugodnost, pri kateri gre za dejavnik poenotenja trga zadevnih proizvodov in manj za okoliščino, ki je morala voditi do tega, da se razlikuje med trgom distribucije zdravil,

namenjenih domači porabi, ki bi bil urejen s predpisi, in trgom distribucije zdravil namenjenih za izvoz, ki bi bil svoboden. Dejansko je razlikovanje, ki ga je predlagala družba GSK, prej povezano z očitno omejenostjo španskih predpisov na državno ozemlje in nacionalno razsežnostjo zadevnega geografskega trga, kot je to morala priznati na obravnavi.

162 Drugič, preučiti je treba sedanje in mogoče učinke sporazuma o konkurenci. V okviru tega pregleda se primerja konkurenčni položaj, ki je posledica tega sporazuma, in tisti, ki bi obstajal, če ta ne bi bil sklenjen (zgoraj v točki 55 navedena sodba Société technique minière, str. 360, in zgoraj v točki 112 navedena sodba Deere proti Komisiji, točka 76).

163 V obravnavanem primeru je treba takoj spomniti, da izhaja iz uvodnih izjav 26 in 28 Odločbe, da je bila uporaba splošnih prodajnih pogojev, ki so začeli veljati 9. marca 1998, začasno odložena 16. oktobra 1998 in je tako ostala do sprejetja Odločbe, kot so stranke navedle na obravnavi. Posledično je treba pregled, ki ga je opravila Komisija, najprej razlagati, kot da se ukvarja z njihovim mogočim učinkom na konkurenco, glede česar so soglašale stranke na obravnavi.

164 Glede na to družba GSK priznava, da povzroča člen 4 splošnih prodajnih pogojev oziroma bi lahko povzročil omejevanje vzporedne trgovine, vendar izpodbija, da je povzročil oziroma bi lahko povzročil omejevanje konkurence. Glavne trditve, ki jih navaja, se v bistvu nanašajo na štiri vidike presoje, ki jih je izvedla Komisija v Odločbi. Prvič, dejstvo, da člen 4 splošnih prodajnih pogojev omejuje vzporedno trgovino in ogroža svobodo delovanja španskih farmacevtskih trgovcev na debelo, ne pomeni, da povzroča omejevanje konkurence. Drugič, ob upoštevanju pravnega in gospodarskega okvira, v katerem je razvita ta pogodbena odločba, dejstvo, da je z njo vzpostavljen sistem različnih cen, ne vključuje nujno, da ima lahko učinek omejevanja konkurence. Tretjič, Komisija naj bi s tem, ko se je pri sklepanju zadovoljila s tem, da ta pogodbena določba omejuje vzporedno trgovino, ogrozila

pravico do svobode delovanja španskih farmacevtskih trgovcev na debelo in naložila različne cene, tako da ni v zadostni meri dokazala, da je bil učinek tega omejevanje konkurence. Četrtič, Komisija naj v vsakem primeru ne bi upoštevala, da se člen 4 splošnih prodajnih pogojev omejuje na omilitev izkrivljanja konkurence, ki se ga pripisuje Kraljevini Španiji.

165 Ugotoviti je treba, ali iz teh različnih očitkov izhaja, da Odločba ni pravilno navedla, da je učinek člena 4 splošnih prodajnih pogojev omejevanje konkurence.

166 Prvič, ugotovi se, kot izhaja iz uvodne izjave 126 Odločbe, da ima ta pogodbena določba za posledico omejevanje vzporedne trgovine z zdravili, ki jih tži družba GW v Španiji. V številnih primerih zamenja ceno 4 A, ki je bistveno nižja od cene, ki velja v nekaterih drugih državah članicah, razen v Španiji, cena 4 B, pri kateri je razlika manjša ali je sploh ni. V tem okviru ukinja oziroma zmanjšuje dobiček, ki bi lahko španske farmacevtske trgovce na debelo pripravil do tega, da bi se začeli ukvarjati z dejavnostjo izvoza.

167 Zato je treba opozoriti, da se lahko na podlagi okoliščine, da ima sporazum oziroma bi lahko imel učinek omejevanja vporedne trgovine, sklepa, da je lahko prizadeta trgovina med državami članicami, vendar to ni nujno tudi omejevanje konkurence. To so resne posledice, ki jih ima oziroma jih lahko ima omejevanje vzporedne trgovine, en ali drugi, na en ali drugi parameter konkurence, kot je količina, v kateri se proizvod dobavlja, ali cena, po kateri se prodaja, ki služita kot dokaz takšnega omejevanja (glej v tem smislu zgoraj v točki 118 navedeno sodbo Tepea proti Komisiji, točke 41, 43 in 56).

168 Tako dejstvo, da bi pri neobstoju člena 4 splošnih prodajnih pogojev, španski farmacevtski trgovci na debelo lahko kupili zdravila po veleprodajni ceni, ki jo je določila španska uprava, neodvisno od države članice, v kateri so ta zdravila

namenjena ponovni prodaji, in od nacionalnega sistema zdravstvenega zavarovanja, katerih stroške namerava prevzeti, kasneje pa bi jih preprodajali v vse države članice, pri čemer cena preseže špansko ceno, s čimer bi lahko ustvarili dobiček, ob upoštevanju stroškov transakcije, tako brez preizkusa vprašanja, v kolikšni meri vzporedna trgovina prispeva h konkurenci s cenami, ob upoštevanju vloge, ki jo igra država članica na tem področju, ni mogoče sklepati o obstoju omejevalnega učinka konkurence.

169 Zato družba GSK upravičeno trdi, da bi morala Komisija, potem ko se je sklicevala na učinek člena 4 splošnih prodajnih pogojev na vzporedno trgovino, dokazati še učinek na konkurenco.

170 Drugič, ne izpodbija se, kot je to zapisano v uvodnih izjavah od 137 do 139 Odločbe, da ima člen 4 splošnih prodajnih pogojev za posledico omejevanje svobodnega delovanja španskih farmacevtskih trgovcev na debelo, zlasti izbire njihovih strank.

171 Zato ni nujno vsak sporazum, ki omejuje svobodno delovanje enega oziroma več podjetij, ki sodelujejo pri njem, tudi prepovedan sporazum iz člena 81(1) ES (sodba Sodišča z dne 19. februarja 2002 v zadevi Wouters in drugi, C-309/99, Recueil, str. I-1577, točka 97, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 18. septembra 2001 v zadevi M6 in drugi proti Komisiji, T-112/99, Recueil, str. II-2459, točka 76). Zlasti vse pogodbe, sklenjene med gospodarskimi subjekti, ki delujejo na različnih stopnjah proizvodne verige in distribucije, te zavezujejo in zato tudi omejujejo v skladu s pogodbenimi določili pri njihovem svobodnem delovanju. V tem primeru so španski farmacevtski trgovci na debelo kljub ceni, po kateri kupujejo zdravila družbe GW na španskem trgu (cena 4 A ali cena 4 B), omejeni pri svobodnem delovanju, saj z gospodarskega stališča niso trajno sposobni prodajati po nižji ceni na drugih nacionalnih trgih Skupnosti. Vendar ker je namen skupnostnih predpisov

o konkurenci preprečiti, da bi podjetja z omejevanjem konkurence med seboj oziroma s tretjimi zmanjšala blagor končnega potrošnika zadevnih proizvodov (točka 118 zgoraj), je treba še dokazati, da sporna omejitev omejuje konkurenco, v škodo potrošnika. Komisija je na obravnavi obrazložila, da se omejitev svobodnega delovanja španskih farmacevtskih trgovcev težko upošteva izolirano in da je le izhodišče za njen preizkus.

172 Posledično, družba GSK upravičeno trdi, da bi morala Komisija, potem ko se je sklicevala na učinek člena 4 splošnih prodajnih pogojev na svobodno delovanje španskih farmacevtskih trgovcev na debelo, dokazati, v kolikšnem obsegu je imela ta pogodbena določba učinek omejevanja konkurence v škodo končnega potrošnika.

173 Tretjič, ne izpodbija se, da je v členu 4 splošnih prodajnih pogojev ustvarjen sistem različnih cen, ki se razlikujejo po tem, ali je vsako od 82 zadevnih zdravil namenjeno ponovni prodaji in prevzemu stroškov v Španiji ali v vseh drugih državah članicah.

174 Čeprav se lahko zdi uvodna izjava 139 Odločbe v zvezi s tem dvoumna, se pri preizkusu izkaže, da je Komisija menila, da je imel takšen sistem diskriminatoren učinek zaradi namembnosti zadevnih proizvodov (španski trg na eni strani in ostali trgi na drugi). Razlaga pisnih stališč Komisije potrjuje to razlago. Po eni strani se sistem različnih cen, ki ga je vzpostavila družba GW, tam primerja s prepovedano diskriminacijo cen, v razmerju z državo namena, pri čemer Komisija meni, da ni treba uporabljati različnih pogojev za primerljive posle v smislu člena 81(1)(d) ES. Po drugi strani se Komisija tukaj sklicuje na sodno prakso v zvezi s členom 82(c) ES, katerega besedilo je enako besedilu te določbe.

175 V členu 81(1)(d) ES so prepovedani sporazumi, s katerimi se uvajajo neenaki pogoji za primerljive posle z drugimi trgovinskimi partnerji in jih tako postavljajo v podrejen konkurenčni položaj.

176 V obravnavanem primeru se ne dvomi v to, da so španski farmacevtski trgovci na debelo poslovni partnerji družbe GW in da jim je ta ni določila enakih pogojev, glede na to, ali prodajajo ta zdravila v Španiji ali v drugih državah članicah Skupnosti. Nasprotno, ni bilo dokazano, da bi bile te prodaje primerljivi posli, zaradi česar so izpolnjeni temeljni pogoji člena 81(1)(d) ES.

177 Dejansko izhaja iz sodne prakse, na katero se sklicuje Komisija, da se v členu 82(c) ES ne nasprotuje temu, da bi podjetje na prevladujočem položaju določilo različne cene v različnih državah članicah, zlasti če so odmiki pri cenah utemeljeni z različnimi pogoji poslovanja in močjo konkurence, vendar podjetje ne sme uvesti umetnih razlik v ceni v različnih državah članicah, ki bi lahko povzročile neugodnost njegovim strankam in bi lahko izkrivljale konkurenco zaradi umetne ločitve nacionalnih trgov (zgoraj v točki 152 navedena sodba Tetra Pak proti Komisiji, točka 160, in navedena sodna praksa). Na splošni ravni, če podjetje s prevladujočim položajem uporablja različne cene brez objektivnega razloga obrazložitve, to lahko kaže na diskriminacijo, če se te cene uporabljajo na danem geografskem trgu, za kateri je značilna zadostna enotnost konkurenčnih pogojev, to pa ni tako, če se uporabljajo na različnih geografskih trgih, za katere je značilno, da konkurenčni pogoji niso dovolj enotni, zlasti glede na upoštevni pravni okvir (glej v tem smislu zgoraj v točki 152 navedeno sodbo United Brands proti Komisiji, točke od 44 do 56, 207, 208, 225, 228 in 233, ter zgoraj v točki 152 navedeno sodbo Tetra Pak proti Komisiji, točke od 92 do 96, 161, 164, 165, 167 in 170).

178 Te pomisleke je mogoče prestaviti na primer, v katerem se proizvajalec in njegovi trgovci na debelo sporazumejo, da bodo uporabljali različne cene glede na državo članico, v katero so ti zadevni proizvodi preprodajo in prevzamejo stroški zanje. Ugotovi se, da ima vsaka od držav članic ločen trg, glede na to je zadevni geografski trg nacionalni trg, še posebej zato, ker gre za različne predpise o ceni in povračilu za

zadevna zdravila. Komisija je torej sama v Odločbi trdila, da če dobavlja eno ali drugo, španski farmacevtski trgovec na debelo posluje, zlasti glede na ustrezen pravni okvir, v konkurenčnih pogojih, ki so, glede na ceno, parameter, na kateri se nanaša zlasti člen 4 splošnih prodajnih pogojev, različni.

179 Posledično, družba GSK utemeljeno trdi, da ugotovitev razlike v ceni ni dovolj za sklepanje o obstoju diskriminacije. Dejansko je mogoče, da uporablja različne cene, ker obstajajo različni trgi, ne pa zato, da bi obstajali različni trgi.

180 Takšno razlago predlaga tudi Komisija, ki v sporočilu COM(1998) 588 konč. zgoraj v točki 135 določa, da farmacevtske družbe uporabljajo različne cene zaradi upoštevanja različnih plačilnih sposobnosti (str. 6), in splošneje dodaja, da bi bilo zelo težko oblikovati raven ustrezne cene za vso Skupnost, ker izbira nižje ravni takoj ugodno učinkuje na stroške zdravstvenih storitev, ampak ima za posledico stalno zmanjšanje evropskega prispevka za investicijske stroške za farmacijo R&D, izbira višje ravni pa ima za posledico, da potrošniki in organi držav, ki prevzamejo stroške, zaradi gospodarskih in socialnih razmer ne razpolagajo s sredstvi, da bi tako ceno lahko plačali (str. 14).

181 Četrtič, družba GSK v bistvu trdi, da Komisija ni dokazala, da ima člen 4 splošnih prodajnih pogojev za posledico omejevanje konkurence.

182 Vendar v tem primeru ni tako. Nasprotno, Komisija je na podlagi skrajšanega pregleda zaključila, kar je tudi priznala v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje, vendar je bil ta dovolj celosten glede na okoliščine tega primera (glej zgoraj

navedeno točko 119) in glede na trditve družbe GSK, da je ta pogodbena določba imela za posledico tudi zmanjšanje blagra končnih potrošnikov, saj jim je preprečila, da bi bili deležni ugodnosti v obliki znižanja cen in stroškov, iz udeležbe španskih farmacevtskih trgovcev na debelo pri konkurenci v okviru znamke španskega izvora na trgih, katerih namen je vzporedna trgovina.

183 Tako je Komisija v uvodnih izjavah od 72 do 75 Odločbe ugotovila, da člen 4 splošnih prodajnih pogojev španskim farmacevtskim trgovcem na debelo, ki kupujejo zdravila, ki jih v Španiji trži družba GW, nalaga, da ji plačajo ceno (cena 4 B), ki je višja od cene, ki jo je določila španska uprava, ki bi jo plačali, če ne bi bilo splošnih prodajnih pogojev (cena 4 A). Posledica te pogodbene določbe je pri večjem številu primerov zmanjšanje ali ukinitev razlike, ki je obstajala do tedaj, med cenami, ki so veljale v Španiji in v drugih državah članicah Skupnosti. To se nanaša na veliko primerov, ne glede na to, ali se upošteva stroške, ki so nastali pri vzporedni trgovini (prevoz, prepakiranje itd.), če so jih priglasili španski farmacevtski trgovci na debelo. Družba GSK ne izpodbija teh ugotovitev.

184 Komisija je v uvodnih izjavah 48 in 51 Odločbe nato ugotovila, da določen, čeprav omejen, del cen zdravil, na kateri se nanašajo splošni prodajni pogoji, v številnih državah članicah ostaja breme bolnika, ki je tudi končni potrošnik, v gospodarskem smislu besede, zadevnih proizvodov. Komisija je v uvodnih izjavah 49 in 51 Odločbe tudi ugotovila, da naj bi ostanek cene teh zdravil prevzel nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja, ki je tudi končni potrošnik zadevnih proizvodov, saj vzajemno podpira gospodarska tveganja, ki jih za zdravje nosijo socialni zavarovanci. Sodišče je prav tako v tem razmerju opozorilo na posebnost trga farmacevtskih proizvodov, za kateri je značilno, da institucije socialnega varstva namesto potrošnikov prevzamejo zdravstvene stroške (sodba Sodišča z dne 7. februarja 1984 v zadevi Duphar in drugi, 238/82, Recueil, str. 523, točka 20). Družba GSK ne izpodbija teh dejanskih ugotovitev v Odločbi, na pomen katerih je ponovno opozorila Komisija na obravnavi.

185 Čeprav je konkurenca med španskimi farmacevtskimi trgovci na debelo, ki se ukvarjajo z vzporedno trgovino, oziroma med temi trgovci na debelo in distributerji na trgu države članice namena vzporedne trgovine, omejena tako, da je mogoča uporaba cen preprodaje, ki so le toliko nižje od tistih, ki jih uporabljajo distributerji, in sicer kot je to nujno za to, da se poveča zanimanje malih trgovcev, kot prepričljivo prikazujejo nekateri dokazi, ki jih je predložila družba GSK, bi Komisija lahko, kot je to naredila v uvodni izjavi 140 Odločbe, sklepala iz ugotovitev, na katere se sklicuje v predhodnih točkah, da člen 4 splošnih prodajnih pogojev v škodo končnim potrošnikom, ki sta hkrati bolnik in nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja, ki deluje za račun svojih upravičencev, ovira to konkurenco in v bistvu omejuje pritisk, ki bi mu bile vzpostavljene cene na enoto zadevnih zdravil brez te klavzule.

186 Res je, kot je Komisija trdila v uvodni izjavi 133 Odločbe, nato pa v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje in na obravnavi, da je ta pritisk, ki je obravnavan kot posamično merilo nacionalnega trga, ki ga zadeva člen 4 splošnih prodajnih pogojev, kot je britanski trg, lahko postranski. Komisija pa je vendarle v uvodni izjavi 140 Odločbe tudi trdila, da bi preprečitev tega pritiska prek sporazuma, ki naj bi bil sklenjen z večjim številom španskih farmacevtskih trgovcev na debelo in se nanaša na večjo celoto proizvodov in nacionalnih trgov Skupnosti, z mrežnim učinkom prispeva oziroma bi lahko prispeval h krepitvi že obstoječe togosti cen na trgu. Takšna krepitev torej krši člen 81(1) ES (glej v tem smislu zgoraj v točki 109 navedeno sodbo Metro I, točka 22, sodbo Sodišča z dne 29. oktobra 1980 v zadevi Van Landewyck in drugi proti Komisiji, 209/78, Recueil, str. 3125, točka 139).

187 Družba GSK v zvezi s tem ni dokazala nobene nepravilnosti. Nasprotno, na obravnavi je priznala, da bi lahko člen 4 splošnih prodajnih pogojev, čeprav naj bi bil v bistvu namenjen oviranju prenosa presežka dobička k trgovcem na debelo, povzročil zmanjšanje ugodnosti, ki je gotovo omejena, zaradi njihove udeležbe pri konkurenci v okviru znamke, za končnega potrošnika na tem področju, na trgih, katerih namen je vzporedna trgovina.

188 Končno je Komisija v uvodnih izjavah 33, 34, 52 in 134 Odločbe ugotovila, da določeni nacionalni sistemi zdravstvenega zavarovanja v različnem obsegu in na različne načine izkoriščajo vzporedno trgovino, da bi zmanjšali stroške za zdravila, ki jih prevzemajo. Čeprav družba GSK izpodbija, da imajo ti nacionalni ukrepi, na katere se sklicuje Komisija, namen pospeševati vzporedno trgovino, ne pa, da lahko privedejo do takega učinka, kot je trdila Komisija na obravnavi in kar se ni izpodbijalo. Nekateri izmed dokazov, ki jih je predložila, prav prepričljivo poudarjajo, da je v tem primeru lahko tako. Družba GSK kot zadnje v odgovorih na pisna vprašanja in na obravnavi tudi priznava, da so določeni organi držav članic sprejeli ukrepe za to, da bi pridobili del prihrankov, ki so jih ustvarile prodajalne in laboratoriji lekarn z vzporedno trgovino.

189 Z osredotočenjem na primer Združenega kraljestva, ki po mnenju družbe GSK predstavlja glavni trg, ki je cilj vzporedne trgovine z zdravili, ki jih v Španiji trži družba GW, bi Komisija lahko sklepala v uvodni izjavi 134 Odločbe, da bi lahko člen 4 splošnih prodajnih pogojev imel za posledico odvzem ugodnosti nacionalnim sistemom zdravstvenega zavarovanja, ki bi jih sicer v obliki zmanjšanja stroškov in brez vsakega znižanja maloprodajne cene imeli ob udeležbi španskih farmacevtskih trgovcev na debelo pri konkurenci v okviru znamke. Družba GSK je sicer poudarila, da je tak učinek omejen, vendar tudi priznala njegov obstoj na obravnavi. Priznala je tudi, da bi takšen učinek lahko nastal tudi v drugih državah članicah in ne v Združenem kraljestvu.

190 Torej se lahko zaključi, da je Komisija lahko trdila, glede na okoliščine, ki jih družba GSK ni veljavno izpodbijala, da se s členom 4 splošnih prodajnih pogojev zmanjšuje blagor končnih potrošnikov s tem, da se jim onemogoča, da bi bili deležni ugodnosti v obliki znižanja cene in stroškov, iz udeležbe španskih farmacevtskih trgovcev na debelo pri konkurenci v okviru znamke na nacionalnih trgih, katerih namen je vzporedna trgovina, z izvorom v Španiji.

191 Niti ena trditev družbe GSK ni taka, da bi bilo mogoče z njo izpodbijati to ugotovitev.

192 Zlasti ni utemeljena njena temeljna trditev, da je člen 4 splošnih prodajnih pogojev upravičen, saj omili izkrivljenje konkurence, ki se ga pripisuje Kraljevini Španiji. Dejstvo, da pravni in gospodarski okvir, v katerem delujejo podjetja, prispeva k zmanjšanju konkurence, ne more pripeljati do priznanja, da ta podjetja, s tem ko onemogočajo oziroma omejujejo konkurenco, kar ta okvir dopušča oziroma ustvarja, kršijo pravila konkurence (zgoraj v točki 104 navedeno sodbo Suiker Unie in drugi proti Komisiji, točka 620, in zgoraj v točki 66 navedeno sodbo CIF, točka 57).

4. Sklep

193 Iz zgoraj navedenega izhaja, da družba GSK ni uspela pri izpodbijanju ugotovitve Komisije, v skladu s katero so splošni prodajni pogoji sporazum v smislu člena 81(1) ES.

194 Iz tega prav tako izhaja, tudi če bistvena ugotovitev Komisije, v skladu s katero je cilj člena 4 splošnih prodajnih pogojev omejevanje konkurence, ne bi bila pravilna, da družba GSK ni uspela izpodbijati podrednega predloga, v skladu s katerim se s to pogodbeno določbo končnim potrošnikom odvzemajo ugodnosti, ki bi jih imeli, ter se nanašajo na ceno in stroške, ob sodelovanju španskih farmacevtskih trgovcev na debelo pri konkurenci v okviru znamke na nacionalnih trgih, katerih namen je vzporedna trgovina, z izvorom v Španiji.

195 Zato se pritožbeni razlog kršitve člena 81(1) ES zavrne.

C – *Pritožbeni razlog: Zloraba pooblastil, nespoštovanja načela subsidiarnosti in kršitve člena 43 ES*

1. Trditve strank

196 Družba GSK v bistvu zatrjuje, da ji je Odločba s tem, ko ji je bilo prepovedano določiti različne cene, dokončno naložila, da uporabi cene, ki jih je določila španska uprava za prodajo na debelo zdravil za preprodajo v Španiji in določenih za prevzem stroškov s strani španskega sistema zdravstvenega zavarovanja, v okviru prodaje na debelo zdravil za preprodajo v drugih državah članicah ali prevzetih s strani drugih nacionalnih sistemov zdravstvenih zavarovanj, ki imajo svoj sistem nadzora cene. S tem, da je ravnala tako, ni spoštovala načela subsidiarnosti. Poleg tega, naj bi kršila pravico do ustanavljanja iz člena 43 ES. Končno, ker je cilj Komisije dajanje prednosti približevanja cen zdravil v Skupnosti, naj bi ta zlorabila pooblastila.

197 Komisija, ob podpori intervenietk, izpodbija utemeljenost tega tožbenega razloga.

2. Presoja Sodišča prve stopnje

198 Spomniti je treba, prvič, da je odločbi mogoče očitati zlorabo pooblastil samo, če se na podlagi objektivnih, upoštevnih in skladnih dokazov zdi, da je bila sprejeta z izključnim oziroma bolj ali manj odločilnim namenom doseči cilje, ki niso tisti, na katere se sklicuje (sodbi Sodišča z dne 21. junija 1958 v zadevi Združenje belgijskih plavžev in jeklarn proti Haute autorité, 8/57, Recueil, str. 223, 245, in z dne 11. novembra 2004 v združenih zadevah Ramondín in drugi proti Komisiji, C-186/02 P in C-188/02 P, ZOdl., str. I-10653, točka 44).

199 V tem primeru izhaja iz pisnih stališč družbe GSK, da ta špekulira v zvezi s ciljem, ki naj bi ga imela Komisija, vendar za to ne predlaga dokazov, ki bi v zadostni meri podprli ugotovitev, da je bila Odločba sprejeta z izključnim oziroma odločilnim ciljem dajanja prednosti poenotenju cen zdravil v Skupnosti.

200 Drugič, v členu 5(2) ES je določeno, da Skupnost na področjih, ki niso v njeni izključni pristojnosti, ukrepa v skladu z načelom subsidiarnosti, vendar le če in kolikor države članice ne morejo v zadovoljivo doseči ciljev predlaganih ukrepov in jih torej zaradi obsega ali učinkov predlaganih ukrepov laže doseže Skupnost.

201 V okviru člena 81(1) ES se načelo subsidiarnosti uresniči tako, da je tu določena prepoved omejena na sporazume med podjetji, sklepe podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki lahko prizadenejo trgovino med državami članicami. Torej, če celota objektivnih okoliščin pravnega ali dejanskega stanja omogoča, da se z zadostno stopnjo verjetnosti predvideva, da lahko delovanja neposredno ali posredno, dejansko ali potencialno prizadenejo trgovino med državami članicami, je treba izhajati iz tega, da bi lahko prizadela trgovino med državami članicami (zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, str. 495, in sodba Sodišča z dne 29. aprila 2004 v zadevi British Sugar proti Komisiji, C-359/01 P, Recueil, str. I-4933, točka 27), tako da je ravnanje Skupnosti zaradi razsežnosti in učinkov njenih ukrepov primerno (glej v tem smislu sodbo Sodišča prve stopnje z dne 23. oktobra 2003 v zadevi Van den Bergh Foods proti Komisiji, T-65/98, Recueil, str. II-4653, točki 197 in 198).

202 Če je tako ukrepanje v obliki odločbe Komisije, je ta v skladu z načelom subsidiarnosti, kadar se v zadostni meri dokaže, da bi lahko bila prizadeta trgovina med državami članicami s sporazumom med podjetji, sklepom podjetniškega združenja ali z usklajenim ravnanjem, za katere opravlja pregled zakonitosti.

203 V tem primeru je Komisija v bistvu v uvodnih izjavah 145 in 146 Odločbe navedla, da bi člen 4 splošnih prodajnih pogojev lahko prizadel trgovino med državami članicami, ker vzpostavlja različne cene glede na to, ali trgovci na debelo, s katerimi vzdržuje družba GW poslovna razmerja v Španiji, zdravila, ki jih kupujejo od nje, namenjajo preprodaji v Španiji ali v drugih državah članicah Skupnosti, česar pa družba GSK ne izpodbija.

204 Tretjič in zadnjič, v členu 43 ES se zagotavlja državljanom vseh držav članic, v skladu s členom 48 ES pa tudi družbam, ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, temeljno svoboščino ustanavljanja (sodbi Sodišča z dne 6. oktobra 1981 v zadevi Broekmeulen, 246/80, Recueil, str. 2311, točka 20, in z dne 31. marca 1993 v zadevi Kraus, C-19/92, Recueil, str. I-1663, točki 28 in 29) v vsaki drugi državi članici, pod istimi pogoji, kot jih imajo državljani te države, in prepoveduje vzdrževanje ali uvedbo omejitev te svoboščine.

205 Takšne omejitve predstavljajo vsi nacionalni ukrepi, kljub nediskriminatorni uporabi glede na državljanstvo, ki bi lahko državljane drugih držav članic postavili v pravni ali dejanski položaj, ki ne bi bil ugoden glede na položaj državljanov države članice ustanovitve, in bi tako ovirali oziroma naredili manj privlačno izvrševanje temeljne svoboščine, razen izjem, določenih s pogodbo, in tistih, ki jih je priznalo Sodišče (sodbi Sodišča z dne 11. maja 1999 v zadevi Pfeiffer, C-255/97, Recueil, str. I-2835, točki 18 in 19, in z dne 21. aprila 2005 v zadevi Komisija proti Grčiji, C-140/03, ZOdl., str. I-3177, točka 27).

206 V tem primeru družba GSK zahteva razglasitev ničnosti odločbe o uporabi člena 81(1) ES, ki jo je sprejela Komisija pri izvrševanju pristojnosti, na podlagi konkurenčnih predpisov Skupnosti. Ta odločba ne predstavlja in tudi ne vsebuje

kakršnega koli nacionalnega ukrepa, ki bi lahko predstavljal omejevanje, prepovedano s členom 43 ES. Če se ji očita kršitev določb, to ne more pripeljati do razglasitve ničnosti odločbe (glej po analogiji v zvezi s členom 49 ES sklep Sodišča z dne 23. februarja 2006 v zadevi Piau proti Komisiji, C-171/05 P, še neobjavljen v ZOdl., točka 58).

207 Zato se tožbeni razlog zlorabe pooblastil, nespoštovanja načela subsidiarnosti in kršitve člena 43 ES zavrne v celoti, kot tudi predlogi družbe GSK, ki se nanašajo na razglasitev ničnosti člena 1 Odločbe.

II – *Tožbeni razlogi za razglasitev ničnosti člena 2 Odločbe*

A – *Tožbeni razlog nezadostne obrazložitve*

1. Trditve strank

208 Družba GSK v bistvu zatrjuje, da je Odločba pomanjkljivo obrazložena, ker Komisija ni primerno preučila okoliščin dejanskega stanja in dokazov, ki so ji bili predloženi med upravnim postopkom v zvezi s prednostmi in slabostmi vzporedne trgovine in člena 4 splošnih prodajnih pogojev za konkurenco v sektorju zdravil, kot bi to morala narediti ob upoštevanju zgoraj v točki 47 navedene sodbe Bayer proti Komisiji.

209 Komisija, ob sodelovanju intervenientk, izpodbija utemeljenost tega pritožbenega razloga.

2. Presoja Sodišča prve stopnje

210 Vprašanje primernosti preizkusa, ki ga je opravila Komisija v odločbi o uporabi predpisov o konkurenci, ne spada v nadzor obstoja oziroma razsežnosti obrazložitve te Odločbe, ampak v nadzor utemeljenosti teh razlogov (zgoraj v točki 54 navedena sodba Komisija proti Sytraval in Brink's Francija, točka 67, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 13. januarja 2004 v zadevi Thermenhotel Stoiser Franz in drugi proti Komisiji, T-158/99, Recueil, str. II-1, točka 97).

211 Družba GSK v tem primeru torej zatrjuje, da je Odločba pomanjkljivo obrazložena, ker pregled okoliščin dejanskega stanja in dokazov, ki so bili predloženi v podporo njeni zahtevi za izjemo, ni sorazmeren. Torej izpodbija manj pomanjkljivo obrazložitev Odločbe, kot pa utemeljenost njenih tožbenih razlogov za oceno te zahteve glede na člen 81(3) ES.

212 Torej je ta tožbeni razlog dejansko povezan s tožbenim razlogom kršitve te določbe, ki bo pregledan v nadaljevanju.

213 Če družba GSK nadalje trdi, da Odločba v zvezi z zavrnitvijo njene zahteve za izjemo ni v zadostni meri obrazložena, ta kritika ni utemeljena. Dejansko je Komisija v uvodnih izjavah od 147 do 188 Odločbe preudarke dovolj nazorno navedla, tako da lahko družba GSK razume njeno razlago, sodnik pa lahko opravi nadzor, da se zahteva zavrne, ker pogoji, ki morajo biti izpolnjeni za dodelitev izjeme in zlasti povečanje učinkovitosti, nista bila v zadostni meri izkazana.

B – *Tožbeni razlog kršitve člena 81(3) ES*

1. Vsebina Odločbe

214 Komisija je v uvodnih izjavah od 147 do 189 Odločbe trdila, da družba GSK ni dokazala, da so izpolnjeni pogoji za uporabo člena 81(3) ES.

215 Glede prvega pogoja za uporabo te odločbe je Komisija v uvodnih izjavah 151 in od 154 do 176 Odločbe navedla, da družba GSK ni v zadostni meri dokazala, da splošni prodajni pogoji prispevajo k širjenju tehničnega napredka oziroma da prispevajo k izboljšanju distribucije zdravil.

216 Na podlagi drugega pogoja uporabe člena 81(3) ES je Komisija v uvodnih izjavah od 177 do 186 Odločbe ocenila, da družba GSK ni v zadostni meri dokazala, da je mogoče, da bi bili zaradi splošnih prodajnih pogojev potrošniki udeleženi pri delu nastalega dobička.

217 Komisija je v uvodnih izjavah 187 in 188 Odločbe dodala, da ni bilo dokazano, da splošni prodajni pogoji nujno ne nalagajo omejevanja in ne izključujejo precejšnjega dela zadevnih zdravil iz konkurence.

2. Trditve strank

218 Družba GSK zatrjuje, da vsebuje sklep Komisije, da ni bilo dokazano, da so izpolnjeni pogoji za dodelitev izključitve, nepravilnosti, ki utemeljujejo razglasitev ničnosti člena 2 Odločbe.

219 Splošno navaja, da Komisija ni resno pregledala okoliščin dejanskega stanja in dokazov, s katerimi je podprta njena zahteva za izjemo. V nadaljevanju navaja trditve v zvezi z vsakim od pogojev uporabe člena 81(3) ES.

220 V zvezi s prvim pogojem najprej navaja, da Komisija ni resno pregledala njenih trditev o dejanskem stanju in njenih dokazov, v skladu s katerimi naj bi vzporedna trgovina prispevala k večji učinkovitosti z zmanjšanjem svoje inovativnosti, medtem ko naj bi člen 4 splošnih prodajnih pogojev prispeval k povečanju učinkovitosti, tako da ji je omogočil povečanje njene inovativnosti. Meni, da Komisija ni pravilno sklepala, da ni dokazana povezava med vzporedno trgovino in inovativnostjo ter, da ima ta v vsakem primeru precejšen vpliv na inovativnost. Ocenjuje, da je dokazala obstoj prispevka k pospeševanju tehničnega napredka.

221 Družba GSK v podporo svojim trditvam navaja, da Komisija ni pravilno zaključila, da ni dokazano, da bi se s členom 4 splošnih prodajnih pogojev prispevalo k izboljšanju distribucije zdravil z omejevanjem vzporedne trgovine, ki povzroča zamude pri dobavi na trge nekaterih držav članic, prav tako pa manj primerno razdelitev zdravil, ki jih družba GSK ponuja za prodajo.

222 V zvezi z drugim pogojem uporabe člena 81(3) ES družba GSK navaja, da Komisija ni pravilno zaključila, da ne kaže, da bi bil del dobička, ki je povezan s členom 4 splošnih prodajnih pogojev, pridržan za uporabnike. Dejansko naj bi Komisija preslabo opredelila potrošnike, saj je mednje vključila trgovce na debelo, pri čemer ni v celoti upoštevala vloge držav članic v zadevnem sektorju. Poleg tega je očitno slabo ocenila celoto ugodnosti, ki bi jih potrošniki lahko pričakovali od njenega sistema različnih cen, v primerjavi z njihovim sedanjim položajem zaradi vzporedne trgovine.

223 Družba GSK tudi meni, da je jasno dokazala, da je bil člen 4 splošnih prodajnih pogojev nepogrešljiv, v smislu tretjega pogoja uporabe člena 81(3) ES, pri uresničevanju ugodnosti, ki jih je pričakovala za uporabnike.

224 Končno, družba GSK meni, da je dokazala, da ta pogodbena določba ne želi izključiti bistvenega dela konkurence, ob upoštevanju njene narave in intenzivnosti v skladu s četrtim pogojem uporabe člena 81(3) ES.

225 Komisija, ob sodelovanju intervenientk, izpodbija utemeljenost tega tožbenega razloga.

226 Prvič, trdi, da je opravila resen in sorazmeren pregled vseh trditev o dejanskem stanju in dokazov družbe GSK, v podporo svoji zahtevi za izjemo.

227 Drugič, sklicuje se na to, da je lahko zaključila, da družba GSK ni dokazala, da so pogoji za uporabo člena 81(3) ES izpolnjeni.

228 Glede na to ocenjuje, prvič, da družba GSK ne more trditi, da ji sporazum, ki ga je sklenila s ciljem oziroma z učinkom ovirati vzporedno trgovino, omogoča povečanje njenega tržnega dobička in da gre del tega dobička za financiranje njenih dejavnosti R&D. Nasprotno mora z zadostnimi dokazi prepričati o obstoju objektivne, določene in neposredne vzročne zveze med omejevanjem konkurence s tem sporazumom in med pridobljeno učinkovitostjo. V tem primeru bi Komisija lahko trdila, da takšna vzročna zveza ni bila dokazana.

229 Drugič, Komisija meni, da tudi če bi bile trditve družbe GSK, da vzporedna trgovina vpliva na razdeljevanje zdravil in povzroča zamude pri zalaganju trgov, ki pa so težave, ki naj bi se odpravile s členom 4 splošnih prodajnih pogojev, tudi če se trditve štejejo za tako specifične, da bi jih bilo mogoče upoštevati, te med upravnim postopkom niso bile v zadostni meri podprte.

230 Tretjič, Komisija v bistvu meni, da je mogoče trgovce na debelo uvrstiti med potrošnike in da je zanje mogoče šteti, da imajo tako kot bolniki in nacionalni sistemi zdravstvenega zavarovanja koristi od vzporedne trgovine. Dodaja, da ni bilo v zadostni meri dokazano, da bi imeli tudi potrošniki koristi od člena 4 splošnih prodajnih pogojev.

231 Četrtič, Komisija navaja, da trditve družbe GSK ne dokazujejo, v nasprotju s tem, kar je sprejeto v Odločbi, nujnosti člena 4 splošnih prodajnih pogojev.

232 Petič, Komisija prav tako navaja, da trditve družbe GSK resno ne izpodbijajo ocene, v skladu s katero ni bilo dokazano, da se s členom 4 splošnih prodajnih pogojev ne želi izključiti iz konkurence bistvenega dela zadevnih proizvodov.

3. Presoja Sodišča prve stopnje

a) Uvodne ugotovitve

233 Za sporazume, katerih posledica oziroma cilj je omejevanje konkurence, je mogoče odobriti izjemo (zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, str. od 496 do 498 in od 501 do 505, ter sodba Sodišča prve stopnje z dne 15. julija 1994 v zadevi Matra Hachette proti Komisiji, T-17/93, Recueil, str. II-595, točka 85), kot je Komisija v preostalem navedla v uvodni izjavi 153 Odločbe in na obravnavi.

234 Uporaba te določbe je odvisna od nujnega in zadostnega izpolnjevanja določenih pogojev (zgoraj v točki 57 navedena sodba Remia in drugi proti Komisiji, točka 38, in zgoraj v točki 233 navedena sodba Matra Hachette proti Komisiji, točka 104). Prvič, zadevni sporazum mora prispevati k izboljšanju proizvodnje oziroma k distribuciji zadevnih proizvodov ali prispevati k pospeševanju tehničnega oziroma gospodarskega napredka, drugič, določen del dobička, ki izhaja iz tega, mora biti pridržan potrošnikom, tretjič, udeleženim podjetjem ne sme nalagati nepotrebnih omejitev in, četrtič, udeleženim podjetjem ne sme dajati možnosti za izključitev precejšnjega dela zadevnih proizvodov od konkurence.

235 Posledično mora oseba, ki se sklicuje na člen 81(3) ES, s prepričljivimi trditvami in dokazi dokazati, da so vsi ti pogoji izpolnjeni (sodba Sodišča z dne 17. januarja 1984 v združenih zadevah VBVB in VBBB proti Komisiji, 43/82 in 63/82, Recueil, str. 19, točka 52, in zgoraj v točki 55 navedena sodba Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, točka 78).

236 Komisija mora te trditve in dokaze primerno preučiti (zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, str. 501), kar pomeni ugotoviti, ali so s tem izpolnjeni pogoji za uporabo člena 81(3) ES. V določenih primerih so lahko te trditve in dokazi takšni, da zavezujejo k obrazložitvi oziroma utemeljitvi, zaradi česar je mogoče zaključiti, da je izpolnjeno dokazno breme, ki ga nosi oseba, ki se sklicuje na člen 81(3) ES (zgoraj v točki 55 navedena sodba Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, točka 79). Kot je Komisija priznala v pisnih stališčih, bi morala v podobnem primeru zavrniti te trditve in dokaze.

237 V obravnavanem primeru je Komisija pregled osredotočila na prvi pogoj uporabe člen 81(3) ES, kot je poudarila v pisnih stališčih in kasneje na obravnavi. V uvodnih izjavah 151 in od 154 do 176 Odločbe je menila, da s trditvami o dejanskem stanju in z dokazi, ki jih je predložila družba GSK med upravnim postopkom, ni bilo dokazano, da je bil ta pogoj izpolnjen.

238 Trditve o dejanskem stanju in dokazi, ki jih je predložila družba GSK, da bi se potrdilo, da naj bi bil del dobička, ki izhaja iz njenih splošnih prodajnih pogojev, pridržan potrošnikom in da naj bi bil zato izpolnjen drugi pogoj uporabe člena 81(3) ES, so bili posledično zavrnjeni, kot je Komisija potrdila na obravnavi. Komisija je v uvodni izjavi 179 Odločbe dejansko trdila, da ravno tako ni mogel biti izpolnjen drugi pogoj, ker družba GSK ni dokazala, da omejevanje vzporedne trgovine dejansko omogoča pridobitev ene ali druge, v okviru prvega pogoja zahtevane

prednosti, tako da ni potreben nadaljnji preizkus. Komisija je kasneje, samo zaradi izčrpnosti, v uvodnih izjavah od 180 do 186 Odločbe odgovorila na določene trditve družbe GSK, da bi se ugotovilo, da vzporedna trgovina ni povzročila dobička, katerega precejšnji del naj bi bil pridržan potrošnikom.

239 Tretji in četrti pogoj za uporabo člena 81(3) ES sta bila preizkušena kratko in pregledno, na kar je opozorila Komisija v pisnih stališčih in na obravnavi, ter trditve, da naj bi bila izpolnjena, so bile posledično zavnjene. Tako je bilo zavrnjeno tudi vse v zvezi z izpolnjevanjem tretjega pogoja v uvodni izjavi 187 Odločbe, ker naj ne bi bilo dokazano, da splošni prodajni pogoji povzročajo ugodnosti, prav tako pa ni mogoče ugotoviti, da obstaja nujnost prispevanja. Četrti pogoj je že bil zavrnjen v uvodni izjavi 188 Odločbe, ker je družba GSK zanj navedla trditve, ki jih je predhodno že navajala in so bile predhodno zavrnjene.

240 V teh okoliščinah mora Sodišče prve stopnje ugotoviti predvsem, ali je Komisija upravičeno zaključila, da trditve o dejanskem stanju in dokazi, na katere družba GSK opira svojo zahtevo za izjemo, ne dokazujejo, da je izpolnjen prvi pogoj uporabe člena 81(3) ES. Samo pri negativnem odgovoru mora Sodišče prve stopnje prav tako ugotoviti, ali je Komisija upravičeno zaključila, da ni bilo treba dokazati, da so bili izpolnjeni ostali trije pogoji uporabe te določbe.

241 Sodnik, ki odloča o zahtevi za razglasitev ničnosti odločbe o uporabi člena 81(3) ES, izvede nadzor, ker gre za presojo celovite gospodarske danosti, ki je v materialnem pogledu omejena na preizkus, ali je bilo dejansko stanje pravilno ugotovljeno in ni bilo očitno napačno presojeno ter ali je bilo pravilno pravno kvalificirano (zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, str. 501; zgoraj v točki 109 navedena sodba Metro I, točka 25; zgoraj v točki 57 navedena sodba Remia in drugi proti Komisiji, točka 34, in zgoraj v točki 55 navedena sodba Aalborg Portland in drugi proti Komisiji, točka 279).

242 Preveriti mora ne samo materialno točnost, zanesljivost in skladnost navedenih dokazov, ampak tudi, ali pomenijo vse upoštevne podatke, ki jih je mogoče upoštevati pri presoji zapletenega položaja, in ali so takšni, da podpirajo sklepe (sodba Sodišča z dne 15. februarja 2005 v zadevi Komisija proti Tetra Laval, C-12/03 P, ZOdl., str. I-987, točka 39, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 14. decembra 2005, General Electric proti Komisiji, T-210/01, še neobjavljeno v ZOdl., točki 62 in 63).

243 Nasprotno, ni pristojno, da bi nadomestilo ekonomsko presojo izdajatelja odločbe s svojo ekonomsko presojo, za katero je bila vložena zahteva za nadzor zakonitosti.

244 Treba je omeniti, da ima Komisija široko pooblastilo za odločanje, na katerem se izvaja le omejen sodni nadzor, pri poslih, kjer je bilo preverjeno, da je izpolnjen eden od pogojev člena 81(3) ES, od česar je odvisna izjema, da pretehta med pričakovanimi ugodnostmi zaradi vzpostavitve sporazuma in med slabostmi, ki jih prinaša končnemu potrošniku zaradi vpliva na konkurenco, tako da prevzame obliko tehtanja glede na splošni interes, ki se presoja na ravni Skupnosti.

245 Še več, nadzor nad odločbami Komisije se opravlja izključno glede na okoliščine dejanskega in pravnega stanja, ki obstajajo ob sprejetju izpodbijane odločbe, pri čemer ni prizadeta možnost strank, pri izvrševanju njihovih pravic obrambe, da jih kasneje dopolnijo z dokazi, vendar je z njimi mogoče izpodbijati to Odločbo oziroma jo braniti (glej točko 58 zgoraj).

246 V obravnavanem primeru iz tega izhaja, da se dokaze, ki niso obstajali na dan sprejetja Odločbe in niso bili posebej navedeni za njeno izpodbijanje oziroma obrambo, v zvezi s sklepom o zavrnitvi zahteve za izjemo družbe GSK, zlasti

informacije o dejstvih v zvezi z obdobjem od 2001 do 2005 in v zvezi s študijami „Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade“, ki jo je pripravil York University maja 2003, „The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis“, ki jo je pripravil London School of Economics and Political Sciences januarja 2004, in „Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union“, ki sta jo pripravila M. Ganslandt in K. E. Maskus februarja 2004, kot je utemeljeno poudarila Komisija v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje in na obravnavi, takoj izključi iz razprav.

b) Dokaz za obstoj povečanja učinkovitosti

247 Da bi bila mogoča izjema za sporazum na podlagi člena 81(3) ES, mora ta prispevati k izboljšanju proizvodnje ali distribucije proizvodov oziroma k pospeševanju tehničnega ali gospodarskega napredka. Takega prispevka ni mogoče priznati vsem ugodnostim, ki jih imajo podjetja pri dejavnostih, ki prispevajo k temu sporazumu, ampak precejšnjim objektivnim ugodnostim, s katerimi je mogoče upravičiti slabosti, ki izhajajo za konkurenco (glede prispevka k izboljšanju proizvodnje ali distribucije glej zgoraj v točki 110 navedeno sodbo Consten in Grundig proti Komisiji, str. 502 in 503; sodbo Sodišča prve stopnje z dne 8. junija 1995 v zadevi Langnese-Iglo proti Komisiji, T-7/93, Recueil, str. II-1533, točka 180, in zgoraj v točki 201 navedeno sodbo Van den Bergh Foods proti Komisiji, točka 139; glede prispevka k pospeševanju napredka glej tudi zgoraj v točki 233 navedeno sodbo Matra Hachette proti Komisiji, točke od 108 do 111).

248 Komisija torej najprej pregleda, ali trditve o dejanskem stanju in dokazi, ki so bili predloženi, prepričljivo dokazujejo, da zadevni sporazum omogoča vse precejšnje objektivne ugodnosti (glej v tem smislu zgoraj v točki 109 navedeno sodbo Metro I, točka 43; zgoraj v točki 58 navedeno sodbo Metro II, točka 55; zgoraj v točki 171 navedeno sodbo M6 in drugi proti Komisiji, točka 143, in sodbo Sodišča prve

stopnje z dne 21. marca 2002 v zadevi Joynson proti Komisiji, T-231/99, Recueil, str. II-2085, točki 48 in 49), pri čemer se razume, da lahko te nastanejo ne le na zadevnem trgu, ampak tudi na drugih trgih (sodba Sodišča prve stopnje z dne 28. februarja 2002 v zadevi Compagnie générale maritime in drugi proti Komisiji, T-86/95, Recueil, str. II-1011, točka 343).

249 Ta korak lahko vsebuje znanstveno analizo, pri čemer je treba v tem primeru preučiti, ali se glede na trditve o dejanskem stanju in glede na predložene dokaze zdi verjetneje, da mora zadevni sporazum omogočiti precejšnje objektivne ugodnosti oziroma da v tem primeru ni tako (glej v tem smislu zgoraj v točki 248 navedeno sodbo Compagnie générale maritime in drugi proti Komisiji, točka 365, in zgoraj v točki 201 navedeno sodbo Van den Bergh Foods proti Komisiji, točka 143; glej po analogiji tudi zgoraj v točki 242 navedeno sodbo Tetra Laval proti Komisiji, točki 42 in 43, in zgoraj v točki 242 navedeno sodbo General Electric proti Komisiji, točka 64).

250 V tem primeru mora Komisija, drugič, presoditi, ali so te precejšnje objektivne prednosti takšne, da je z njimi mogoče izravnati slabosti za konkurenco v okviru preizkusa, opravljenega ob upoštevanju člena 81(1) ES (glej v tem smislu zgoraj v točki 186 navedeno sodbo Van Landewyck in drugi proti Komisiji, točke od 183 do 185).

251 V obravnavanem primeru družba GSK zatrjuje, da naj bi se s členom 4 splošnih prodajnih pogojev omogočalo pridobivanje prednosti na zadevnem trgu, s tem da se pospešuje inovativnost, in na tem trgu samem, z najbolj ustrezno distribucijo zdravil. Ta trga se nanašata na različne stopnje vrednostne verige, končni potrošnik, ki naj bi te ugodnosti izkoristil, pa je isti.

252 Ugotoviti je treba, ali je Komisija lahko zaključila, da trditve o dejanskem stanju in dokazi GSK, katerih preizkus obsega znanstveno analizo, ne dokazujejo z zadostno mero verjetnosti, da bi člen 4 splošnih prodajnih pogojev s pospeševanjem

inovativnosti omogočal pridobitev objektivnih prednosti, s katerimi bi se izravnalo slabosti, ki jih ta določba predstavlja za konkurenco.

Obstoj precejšnje objektivne prednosti

253 V zvezi z naravo kritik družbe GSK je treba, prvič, predstaviti trditve o dejanskem stanju in dokaze, s katerimi je podprta njena zahteva za izjemo pri tej točki, nato, drugič, nadzorovati, kako jih je Komisija pregledala.

254 Prvič, uvodne izjave 90, od 92 do 99, 151 in 154 Odločbe ter uvodne izjave od 64 do 68 Odločbe, na katere napotujejo, se jasno sklicujejo na trditve družbe GSK zato, da bi prepričale Komisijo, da bi moral člen 4 splošnih prodajnih pogojev omogočiti pospeševanje inovativnosti.

255 Tako izhaja iz Odločbe, da se te trditve gibljejo okoli dveh osi, ki ju je mogoče ozko povezati, vendar sta različni. Po eni strani, kot je navedeno v prvem stavku uvodne izjave 154 Odločbe, vzporedna trgovina z zdravili, ki jih trži družba GW v Španiji, povzroča zmanjšanje učinkovitosti konkurence med znamkami, ker slabi sposobnost inovacije družbe GSK. Po drugi strani, kot kažeta drugi in tretji stavek iste uvodne izjave, naj bi člen 4 splošnih prodajnih pogojev imel za posledico povečanje učinkovitosti konkurence med znamkami, ker omogoča povečanje sposobnosti inovativnosti GSK.

256 Kot izhaja tudi iz Odločbe, so preudarki ob teh dveh oseh pojasnjeni v obvestilu družbe GW, v dopolnilnem obvestilu družbi GSK in predvsem v določenem številu gospodarskih in ekonometričnih dokazih, ki jih je predložila družba GSK med upravnim postopkom, zlasti v odgovor na obvestilo o ugotovitvah o mogočih kršitvah Komisije. Ti dokazi so bili v glavnem priloženi k spisu, v prilogi pisnih stališč družbe GSK, kjer podpirajo in dopolnjujejo njihovo vsebino, in v preostalem v odgovor na ukrepe procesnega vodstva. Te listine so naslednje:

— študija, z naslovom „Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports", ki jo je pripravil London Economics;

— študija, z naslovom „Pharmaceutical Pricing in the EU – A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning Glaxo Wellcome's Spanish Pricing Agreements", ki jo je pripravil Frontier Economics;

— študija, z naslovom „The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare", ki jo je pripravil profesor P. Rey;

— študija, z naslovom „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique", ki jo je pripravil Frontier Economics;

— študija, z naslovom „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique", ki jo je pripravil profesor P. Rey;

— predstavitev, z naslovom „Glaxo Wellcome's R&D budgeting process“, ki jo je vodil A. Baxter.

257 Iz razlage celote Odločbe in drugih listin, navedenih v predhodni točki, izhaja, da so trditve družbe GSK, kljub razhajanju med različnimi dokumenti, njihovi spremenljivi predstavitvi in njihovi vsebini, ki je bolj ali manj razvita, zlasti glede na vidik obvestila o ugotovitvah o mogočih kršitvah, ki ga kritizira dokument, ki jih vsebuje, v glavnem naslednje.

258 Po eni strani naj bi v skladu z dokumenti, ki jih je predložila družba GSK, vzporedna trgovina z zdravili, ki jih trži družba GW v Španiji, povzročala zmanjšanje učinkovitosti.

— Za sektor zdravil, zaščitenih s patenti, katerih stroške prevzema nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja, je značilno, da je inovativnost odločilni dejavnik konkurence med znamkami;

— Inovativnost se zagotovi z obsegom vlaganj v R&D, ki je hkrati bistveno višje od tistega, ki je značilno za večino drugih industrij; v primeru družbe GSK predstavljajo ti stroški približno 14 % prometa, kar je približno 1,3 milijard GBP;

— naložbe v R&D, ki naj bi bile povezane z visokimi stroški, tvegane in dolgoročne, se v glavnem financirajo iz lastnega kapitala in ne s posojili; v primeru družbe GSK se financirajo izključno iz lastnih skladov;

— financiranje R&D je odvisno od trenutnih dohodkov in pričakovanih dohodkov; v primeru družbe GSK je bilo mogoče povečati sposobnosti financiranja za faktor 230 v letih 1980 in 1990 zaradi zelo uspešnih zdravil, zlasti zdravila Zantac, ki predstavlja 40 % njenih svetovnih dobičkov v letu 1994;

— cilj vzporedne trgovine je zmanjšanje dohodkov zadevne farmacevtske družbe (shematično, vsaka enota, prodana po ceni 100 v državi izvora, ustreza enoti, ki ni bila prodana za ceno 100 + n v državi namena) in tako ovira možnosti, da se za vse prodaje, opravljene na vseh nacionalnih trgih, uporabi najustreznejšo ceno, to je cena, ki se vzpostavi glede na prednosti, ki jih ima vsaka od držav članic;

— ta vpliv je osredotočen na določene proizvode ter na določene geografske trge; v primeru družbe GSK izgube najprej prizadenejo določena zdravila za porabo v Združenem kraljestvu;

— ta vpliv je pomemben, ob upoštevanju precejšnje razlike med veljavno ceno v različnih državah članicah Skupnosti; zlasti razlike med špansko ceno in britansko ceno, v glavnem za osem zdravil (zgoraj navedena točka 11), ki se je leta 1998 gibala med najmanj 21 % in največ 132 %;

— v zvezi s tem družba GSK predlaga zaupne ocenjene številčne podatke o manjšem dobičku zaradi vzporedne trgovine, ki izvira iz vseh držav članic v smeri Združenega kraljestva in zadeva vsa ta zdravila ter tudi zmanjšanje dobička zaradi vzporedne trgovine, ki izvira iz Španije v smeri Združenega kraljestva in se v glavnem nanaša na osem naštetih zdravil (zgoraj navedena točka 11), za leta 1996, 1997 in 1998;

— vzporedna trgovina vpliva tudi na zmanjšanje zneska, ki ga ima družba GSK pravico odšteti na podlagi svojih vlaganj v R&D od upoštevnega zneska dobička, da se določi ali presega najvišji donos za naložbe, ki ga določi National Health Service; glede na to predlaga družba GSK zaupne ocenjene številčne podatke o znesku znižanja zaradi vzporedne trgovine vseh izvorov in vzporedne trgovine španskega izvora v letu 1998;

— zato, ker farmacevtska družba še naprej ustvarja očitne precejšnje dobičke, te trditve niso neupoštevne, če je treba upoštevati računovodsko usmeritev naložb R&D, njihovo razdelitev v času, njihov povprečni strošek in stopnjo tveganja, ki jih predstavljajo;

— vzporedna trgovina ima končno cilj zmanjšati financiranje R&D; v zvezi s tem družba GSK predlaga zaupne ocenjene številčne podatke glede odstotkovnega deleža svojih dobičkov pred davki, ki ga ponovno naloži v R&D, in glede zmanjšanja svojega proračuna R&D, ki mu ustrezajo izgube dohodkov, ki so nastale zaradi vzporedne trgovine, ki izvira iz Španije in je namenjena v Združeno kraljestvo ter se v glavnem nanaša na osem naštetih zdravil za leta od 1996 do 1998;

— ker je to zmanjšanje omejeno, ta trditev ni nič manj upoštevna, ker gre na tem mestu le za vpliv vzporedne trgovine, ki izvira iz Španije in je namenjena Združenemu kraljestvu ter je v zvezi z osmimi zdravili, na katera se je ta v glavnem nanašala v letih 1996 in 1998 in pri katerih ima lahko zmanjšanje, ki je količinsko omejeno, v vsakem primeru precejšnje kakovostne učinke, zlasti s tem, da povzroči opustitev projektov, ki so manj donosni oziroma bolj tvegani; družba GSK navaja nove projekte, ki so bili zaradi tega opuščeni;

— nasprotno, vzporedna trgovina naj ne bi imela veliko pozitivnih učinkov, ker vzporedni trgovci dopuščajo malo cenovne konkurence in ohranjajo pri sebi precejšnji del razlike med veljavno ceno v državi članici izvora in v državi članici namena, pritisk zaradi špekulativnega padanja cene naj bi bil zmanjšan, končni potrošnik pa naj bi od tega imel le omejene koristi.

259 Po drugi strani ima v skladu z dokumenti, ki jih je predložila družba GSK, člen 4 splošnih prodajnih pogojev za posledico povečanje učinkovitosti.

— Stroški za R&D so vseobsegajoči in združeni, tako da ustrezajo dejavnosti, ki se opravlja v svetovnem merilu in je v bistvenem delu ni mogoče pripisati zlasti določeni proizvodnji oziroma enemu proizvodu;

— farmacevtske družbe ne določajo svojih cen v večini držav članic; sprejemajo dobavo na nacionalnem trgu, če jim cena, ki jo določijo javne oblasti, omogoča kritje njihovih postranskih stroškov, vendar pa morajo še naprej kriti, ko to zmorejo, celoto svojih vse obsežnih in združenih stroškov dejavnosti R&D;

— sistem različnih cen, ki je določen s členom 4 splošnih prodajnih pogojev, naj bi omogočil kritje stroškov R&D, pri čemer bi se zagotovilo, da se cene na vsakem nacionalnem trgu določijo na stopnji, ki ustreza prednostim končnega potrošnika, to je dokončno zadevna država članica; zlasti bi se s tem lahko preprečilo, da bi se cena, ki jo je določila Kraljevina Španija, prenesla na Združeno kraljestvo;

— močan konkurenčni pritisk inovacije, ki prevladuje v sektorju, zagotavlja, da družba GSK deluje kot razumni gospodarski subjekt, ki v potrebni meri spreminja svoje dodatne dobičke v naložbe R&D.

260 Drugič, Komisija je v uvodnih izjavah 151, 154, 155 in 169 Odločbe trdila, da ni bilo dokazano, da bi vzporedna trgovina negativno učinkovala na dejavnosti R&D družbe GSK in da v vsakem primeru ni bilo dokazano, da bi imela vzporedna trgovina precejšnje negativne posledice za te dejavnosti.

261 Tako je Komisija v glavnem v uvodnih izjavah od 157 do 168 Odločbe preučila, ali je dokazano, da je posledica vzporedne trgovine manjša učinkovitost, kar je zanikala. Torej ni menila, da bi bilo nujno podrobno pregledati, ali je dokazano, da ima člen 4 splošnih prodajnih pogojev večjo učinkovitost, to vprašanje je bilo načeto le občasno v uvodni izjavi 156 Odločbe.

262 Torej, glede na upoštevnost trditev o dejanskem stanju in dokaze, ki jih je predložila družba GSK, pregled Komisije glede zmanjšanja učinkovitosti, povezanega z vzporedno trgovino, obsega tega zmanjšanja učinkovitosti in povečanja učinkovitosti, povezanega s členom 4 splošnih prodajnih pogojev, ni mogoče šteti kot zadostno podporo sklepom, do katerih je prišla Komisija pri teh točkah.

– Upoštevnost trditev o dejanskem stanju in dokazov, ki jih je predložila družba GSK

263 Treba je spomniti, da kaže, da so trditve GSK o dejanskem stanju in dokazi, s katerimi jih je podprla, upoštevne, verodostojne in se zdijo verjetne glede na svojo

vsebino (zgoraj v točki 83 navedena sodba Cimenteries CBR in drugi proti Komisiji, točka 1838), ki je podprta z več pomembnimi stališči v dokumentih Komisije.

264 Tako se zgoraj v točki 135 navedeno sporočilo COM(1998) 588 konč. ki se v bistvu ukvarja s poglobitvijo enotnega trga v farmacevtskem sektorju, ki v tem primeru ni zadevni, sklicuje na povezavo, ki po mnenju Komisije obstaja med inovacijo, vzporedno trgovino in konkurenco v tem sektorju. Poleg ugotovitev, navedenih v zgoraj navedeni točki 135, glede dvoumnega učinka vzporedne trgovine na blagor končnega potrošnika, Komisija navaja naslednje:

— farmacevtska indrustrija temelji na raziskovanju (str. 3 in 11) in očitno je, da se v sektorju s patentom zaščitenih zdravil sooča z ostro konkurenco na ravni inovativnosti (str. 16), kar privede do nepretrganega priliva proizvodov na trg (str. 11); nasprotno, je po uvedbi proizvodov na trg sorazmerno malo dinamične cenovne konkurence (str. 16);

— farmacevtska industrija mora plačati naložbe R&D (str. 14) in v ta namen doseči zadostno stopnjo donosnosti, da bo lahko posvetila R&D potrebna sredstva za reguliranje inovativnih proizvodov (str. 17 in 23);

— čeprav je evropska farmacevtska industrija močan industrijski sektor, naj bi bil znesek evropskih naložb R&D leta 1997 trikrat večji glede na predhodnih deset let, kar pomeni, da očitno izgublja konkurenčnost, čeprav se je začel položaj

spreminjati; eden od razlogov za ta položaj je, da se zdi, da sta njena vse obsegajoča donosnost in njen *ratio* finančne donosnosti veliko višja v Združenih državah kot v Evropski Uniji (str. 4 in 5);

— da bi financirala svoje dejavnosti R&D, farmacevtska industrija želi ustvarjati dobičke v svetovnem merilu (str. 3);

— med državami članicami obstajajo precejšnje razlike na ravni splošnih makroekonomskih pogojev (zlasti nacionalni dohodek in nacionalni prihodek na prebivalca) in v zvezi s sistemi zdravstvenega varstva; zdi se, da obstaja dobro ustaljena pozitivna zveza med stroški za zdravstvo in prihodki, čeprav to razmerje ni popolno (str. 5);

— prav tako obstajajo pprecejšnje razlike med državami članicami s stališča cene, ki jih je mogoče obrazložiti z določenim številom dejavnikov; eden od dejavnikov, ki so posledica teh razlik, se zdi, da je merilo, v okviru katerega se države članice zatekajo k nadzoru cen, čeprav obstajajo tudi konjunkturni faktorji, kot sta inflacija in nihanje menjalnih tečajev (str. 6);

— v zvezi s tem bi prehod na evro moral prispevati k vzpostavitvi okolja, ki bi bilo trdnejše za države, ki sodelujejo v Ekonomski in monetarni Uniji (EMU). Zato so tudi veliko vidnejši odmiki med cenami na obstoječem evropskem trgu, kar bi lahko trgovce na debelo in farmacevte tudi pripeljalo do tega, da bi opravljali čezmejne posle (str. 9);

— zelo težko naj bi bilo ugotoviti stopnjo cene, ki bi bila primerna za vso Skupnost. Dejansko naj bi imela izbira nizke stopnje cene takojšen ugoden učinek za cilje obvladovanja stroškov za zdravje (vsaj v Združenih državah, kjer so cene trenutno višje), vendar bi povzročila stalno zmanjšanje evropskega prispevanja k trudu nalaganja v zdravila R&D v svetovnem merilu, kar bi lahko povzročilo pojav izločitve v evropskem gospodarstvu. Določitev višje stopnje cene bi imela za posledico omejen dostop do zdravil za končne potrošnike in organe plačnike države, ki zaradi gospodarskih in socialnih pogojev ne bi imeli sredstev, da bi plačali to ceno (str. 14);

— farmacevtska podjetja uporabljajo razliko v ceni, da bi upoštevala različno plačilno sposobnost (str. 6).

265 Ti izvlečki o vlogi inovativnosti in posledicah vzporedne trgovine ter razliki v ceni za inovacijo se ne smejo razumeti, kot da pomenijo, da so trditve o dejanskem stanju družbe GSK nujno utemeljene, ali kot da dajejo celotno in dokončno sliko stališča Komisije do tega zapletenega vprašanja. Vendar kljub temu podpirajo del trditev in ekonomskih analiz, ki so bile naštete med dokazi, predloženimi v njihovo podporo zanesljivosti in verjetnosti.

266 V odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje je Komisija poudarila, da je bilo zgoraj v točki 135 navedenem sporočilu COM(1998) 588 konč. omenjeno, da naj bi bilo treba kljub precejšnjim razlikam v ceni med državami članicami nujno sprejeti stališče, združljivo z načeli enotnega trga, kar bi onemogočalo utemeljitev poseganja po teh ukrepih, ki imajo učinek motenja ali delitve skupnega trga po nacionalnih mejah (str. 23). Ob tem je razložila, da naj bi bila Odločba povezana s tem stališčem. Kljub temu pa te trditve ni mogoče sprejeti. S tem bi bilo namreč podrejeno, da za sporazum, ki predvideva, da se bodo zdravila na recept, ki jih prevzemajo nacionalni

sistemi zdravstvenega varstva, prodajala po različnih cenah na različnih geografskih trgih, glede na prednosti končnega potrošnika, ki nosi stroške teh, v vsakem primeru ni mogoče odobriti izjeme. Torej člen 81 ES tega nikakor ne določa.

267 Na najbolj splošni ravni ekonomske teorije, je treba opozoriti, da je Komisija v prilogi odgovora na tožbo predložila izvčelek študije („Executive Summary“) z dne 8. februarja 1999, z naslovom „The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks“, ki ga je pripravila NERA za generalno direkcijo „Marché intérieur et services financiers“ pri Komisiji. Ta izvleček, zlasti premisleki na njegovi strani 5, podpirajo določene analize, ki so bile navedene med dokazi, ki jih je predložila družba GSK v zvezi z interesom, ki bi ga lahko imela farmacevtska družba pri različnih cenah, ki jih uporablja glede na trg, na katerem se ta zdravila tržijo, in glede na težnje končnih potrošnikov.

268 V teh okoliščinah Komisija, ki je analizirala sistem različnih cen, ki je bil vzpostavljen s členom 4 splošnih prodajnih pogojev kot diskriminatoren zaradi določitve zadevnih zdravil (zgoraj navedena točka 174), v okviru preizkusa, na podlagi člena 81(1) ES, ki jo je pripeljal do sklepa, da ni mogoče zatrjevati, kar je naredila v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje, da to vprašanje ni upoštevno v okviru pregleda, ki se opravlja na podlagi člena 81(3) ES. Komisija se ne more sklicevati na to, da družba GSK tega ni navedla v upravnem postopku oziroma v tem postopku. Nasprotno, s tem ko je ponovno zatrjevala, da želi preprečiti, da bi bile cene, ki so ji bile naložene v Španiji, prenesene v Združeno kraljestvo, se družba GSK sklicuje zlasti na misel, v skladu s katero želi vzpostaviti različne cene zato, da bi se zagotovilo, da bi se vse prodaje, ki bi jih opravila v Združenem kraljestvu, opravile po ceni, katere uporabo ji omogoča ta država članica, ne pa po ceni, ki ji jo nalaga Kraljevina Španija.

– Zmanjšanje učinkovitosti, povezano z vzporedno trgovino

269 Spomniti je treba, da je sklep, v skladu s katerim ni dokazano, da bi vzporedna trgovina povzročila zmanjšanje učinkovitosti s tem, da bi poslabšala inovacijsko sposobnost družbe GSK, in ki je utemeljen na pregledu, ki je naveden v uvodnih izjavah od 155 do 161 Odločbe, pri katerem pa se ni upoštevala celota trditev o dejanskem stanju in dokazov, ki jih je primerno predložila družba GSK, v nasprotju s tem, kar je trdila Komisija v pisnih stališčih in ni bilo podprto s prepričljivimi dokazi. Torej, če očitno ni naloga Komisije, da pregleda vse trditve, ki so ji predložene, pa je vendar njena naloga, da v skladu z zgoraj navedeno sodno prakso v točkah 236 in 242 opravi pregled vseh trditev, ki so upoštevne in, če je potrebno, da jih ovrže z dokazi, s katerimi lahko podpre svoj sklep.

270 Iz vseh teh trditev po mnenju družbe GSK izhaja, da sta konkurenčna težava, s katero se je soočala, in rešitev, v kateri je iskala podporo, naslednji.

271 Prvič, za sektor zdravil je značilna pomembnost konkurence z inovativnostjo. Dejavnost R&D je povezana z visokimi stroški in tvegana. Njeni stroški so fiksni (niso vezani na število prodanih zdravil) združeni stroški (nastanejo nad proizvodnjo in distribucijo ter so le delno povezani s posameznimi zdravili) in globalni stroški (niso povezani z določeno državo). Financira se najpogosteje iz svojega kapitala in ne s posojili. Zato potrebuje najbolj ustrezen dotok dohodkov. Optimiranje dohodkov je mogoče zagotoviti s prilagoditvijo cene zdravil prednostim končnim potrošnikom, če se te razlikujejo. Razlika v ceni torej omogoča povračilo stroškov R&D pri končnih potrošnikih, ki so jo pripravljeni plačati. Ta uporaba različnih cen, ki je na tem mestu predstavljena v poenostavljeni obliki, je ekonomistom znana kot „Ramsey Pricing“ (cena Ramsey).

272 Drugič, za vzpostavitev takega ravnanja v sektorju zdravil so značilne določene posebnosti. Ker so zdravila zaščitena s patentom, je mogoče njihovo ceno v posamičnem interesu proizvajalca ohranjati na ravni, ki je višja od postranskih stroškov med veljavnostjo patenta. Vendar ker prav stroške teh zdravil prevzemajo nacionalni sistemi zdravstvenega zavarovanja, je treba njihovo ceno, neposredno (nadzor nad cenami) ali posredno (nadzor dobičkov), ohranjati v splošnem interesu na ravni, ki ni pretirano višja od postranskih stroškov. Obseg, v katerem so mejni stroški preseženi, izraža težnje končnega potrošnika, to je v bistvu nacionalnega sistema zdravstvenega zavarovanja. Če je ta razmeroma občutljiv na ceno zdravila, obstaja težnja po odstranitvi te nezmernosti; če je ta razmeroma neobčutljiv na to ceno, bo ta nezmernost precejšnja. Dejansko se ta stopnja občutljivosti določi glede na različne parametre, kot je življenjska raven oziroma stanje javnih financ. Del stroškov R&D, ki se povrne proizvajalcem zdravil, se med državami članicami razlikuje, glede na dohodke, ustvarjene na podlagi veljavne cene. V obravnavanem primeru bi lahko družba GSK v Združenem kraljestvu ob upoštevanju tam veljavnih predpisov zahtevala povrnitev globalnega in združenega dela svojih stroškov R&D.

273 Tretjič, posledica vzporedne trgovine je dejansko zmanjšanje teh dohodkov, katerih obseg sicer ni natančno znan. Za to ravnanje, ki je ekonomistom znano kot „free riding“ (parazitizem), je značilno, da posrednik ne opravlja naloge, ki bi jo sicer imel v skladu s tradicijo v vrednostni verigi, zato da bi se spremenil v razsodnika in tako prejel večji del dobička. Pravo konkurence se ne ukvarja z legitimnostjo prenosa bogastva s proizvajalca na posrednika, temveč le z njegovim vplivom na blagor končnega potrošnika. Če posrednik prispeva h konkurenci znotraj znamke, ima lahko vzporedna trgovina ugoden učinek za konkurenco. Vendar pa se v sektorju zdravil ta dejavnost predstavlja tudi s posebnega vidika, saj nima precejšnje dodane vrednosti za končnega potrošnika.

274 Četrtič, člen 4 splošnih prodajnih pogojev želi optimizirati dohodke in omiliti vzporedno trgovino. Omejuje možnost, ki je bila predhodno ponujena trgovcem na debelo družbe GW, da prodaja zunaj Španije zdravila, ki jih je kupila po določeni ceni, ki jo prevzema španski sistem zdravstvenega zavarovanja. Omogoča, da se

prodaje v drugih državah članicah opravijo po ceni, ki je določena, ker jo prevzame nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja. Zadrževanje dobička pri proizvajalcu naj bi povzročilo verjetno pridobitev učinkovitosti glede na položaj, v katerem se dobiček deli s posrednikom, ker ima razumni proizvajalec, ki lahko zagotovi donosnost svojih inovacij in deluje v sektorju, za kateri je značilna živahna konkurenca z inovacijami, interes za ponovno vlaganje vsaj dela svojega presežka dobička.

275 Zato sama zgradba uvodnih izjav od 155 do 161 Odločbe kaže, da Komisija, potem ko je priznala pomembnost konkurence z inovacijo v zadevnem sektorju, ni opravila vestnega pregleda trditev o dejanskem stanju in dokazov, ki jih je predložila družba GSK v zvezi z naravo naložb v R&D, značilnosti financiranja R&D, sposobnostjo financiranja R&D, vplivov vzporedne trgovine in vplivov veljavnih predpisov, da bi upoštevala, kot je navedla v uvodni izjavi 155 Odločbe, odgovore na tožbo, ki so najmanj razdeljeni, ter kot utemeljeno navaja družba GSK, le v majhni meri upoštevni in prepričljivi.

276 Takšna opustitev je še posebej resna, ko Komisija ugotovi, ali so izpolnjeni pogoji uporabe člena 81(3) ES v pravnem in gospodarskem okviru, kot je ta, ki je značilen za farmacevtski sektor, v katerem konkurenco izkrivljajo državni predpisi. Dejansko ta okoliščina Komisiji nalaga, da s posebno pozornostjo pregleda trditve in dokaze, ki ji jih predloži oseba, ki se sklicuje na člen 81(3) ES.

277 Tako se prvi stavek uvodne izjave 157 Odločbe opira na dejavnike, ki izvirajo iz odločb v zvezi z R&D, po eni strani na gospodarsko študijo iz sodnega spisa, vendar nudi le omejeno razlago in je le v majhni meri prepričljiva. Sicer ta študija dejansko nakazuje, da vzporedna trgovina ni glavni faktor za nastanek odločitev v zvezi

z R&D. Vendar pa dodaja, da so bile odločitve sprejete zlasti glede na splošno raven stalnih dohodkov oziroma glede na pričakovano donosnost proizvodov v razvoju, kot navaja v drugem stavku te uvodne izjave. Zato gre v tem primeru za dejavnike, za katere družba GSK zatrjuje, da ima vzporedna konkurenca negativen vpliv, kar je Komisija sprejela v tretjem stavku iste uvodne izjave. V teh okoliščinah Komisija s tem v zvezi ne bi mogla opustiti poglobitev svojega pregleda glede na dokaze, ki so bili predloženi.

278 Glede Odločbe ta v nadaljevanju uvodne izjave 157, ki navaja možnosti, ki naj bi jih imela družba GSK, da odgovori na zmanjšanje učinkovitosti, ki bi ji jo lahko povzročila vzoredna trgovina, tako da zmanjša druga proračunska sredstva oziroma da uporabi drugi del svojih glavnih dobičkov, ne odgovarja na trditve, v skladu s katerimi ima družba GSK interes pri naložbah v R&D zaradi živahnosti konkurence med znamkami, ki temelji na inovaciji in ki zaradi vzporedne trgovine ni zmožna pridobiti povračila vseh sadov teh naložb, da bi ponovno vlagala v R&D. Ob tem ne upošteva trditev družbe GSK, v skladu s katerimi je precejšnost njenih dobičkov različna ob upoštevanju njihovega načina vodenja knjig.

279 V teh okoliščinah bi bilo treba vprašanje stopnje povezanosti med vzporedno trgovino in R&D obravnavati poglobljeno in se ga ne bi moglo izčrpati z jedrnatim sklepom, da ni dokazano, da obstaja vzročna zveza z vzporedno trgovino (ali njenim omejevanjem) in R&D, kot kažejo uvodne izjave 151, 154, 155 in 159 Odločbe.

280 Ker se je Komisija v pisnih stališčih oprla na dvoumen pomen besed uvodne izjave 169 Odločbe, da bi družbi GSK obrazložila, da ni dokazala niti obstoja zveze med členom 4 splošnih prodajnih pogojev in pridobljeno učinkovitostjo, ki jo je pričakovala, temveč neposredno povezavo med tema dvema dejavnikoma, pri tem je treba poudariti, da te trditve, ki je bila navedena na zadnjem mestu na obravnavi, ni mogoče sprejeti. Dejansko to razlikovanje ni predstavljeno v uvodnih izjavah od 155

do 161 Odločbe, na katere se sklicuje v uvodni izjavi 169, saj te brez razlikovanja sklepajo o neobstoju zveze med splošnimi prodajnimi pogoji in pospeševanjem tehničnega napredka. Sicer pa to razlikovanje ni iz člena 81(3) ES, ki dovoljuje izjemo za sporazume, ki povzročajo povečanje učinkovitosti, ne da bi vzpostavili razlikovanje, v skladu s katerim je ta učinek neposreden oziroma posreden in ga pogodba po načelu ne razlikuje (zgoraj v točki 110 navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji, str. 493). V skladu z zgoraj v točkah 247 in 248 navedeno sodno prakso je treba upoštevati vsako ugodnost, ki se kaže kot povečanje učinkovitosti, če je objektivna in precejšnja ter mogoče njen obstoj dokazati s prepričljivimi dokazi.

– Obseg zmanjšanja učinkovitosti, ki je povezano z vzporedno trgovino

281 Opomniti je treba, da podredni sklep, v skladu s katerim v nobenem primeru ni dokazano, da vzporedna trgovina povzroča precejšnje zmanjšanje učinkovitosti, pri čemer slabi sposobnost inovacije družbe GSK, ni podprt s prepričljivimi dokazi in da pregled, na katerem je utemeljen in je naveden v uvodnih izjavah 159 in od 162 do 168 Odločbe, ne upošteva upoštevnih dokazov, ki jih je navedla v tem smislu. V glavnem izhaja iz tega pregleda, da je izguba učinkovitosti, ki jo zatrjuje družba GSK, omejena s časovnega stališča, saj se razlaga manj z odmiki med cenami, ki so povezani z obstojem različnih predpisov v državah članicah Skupnosti, kot je navedeno v uvodnih izjavah 162 in 163 Odločbe, in z gibanjem menjalnih tečajev med leti 1996 in 1998, kot je navedeno v uvodnih izjavah od 164 do 166 Odločbe. Iz tega prav tako izhaja, da je ta izguba tudi s stvarnega stališča omejena, kot je navedeno v uvodnih izjavah od 167 do 169 Odločbe.

282 V zvezi s tem, kljub dejstvom, da španske cene niso precej nižje od povprečja Skupnosti, kar je navedeno v uvodnih izjavah 162 in 163 Odločbe, in da je njihova upoštevnost omejena, ker so nacionalne cene na različnih strukturnih ravneh zaradi normativne pristojnosti držav članic na tem področju, ter da se torej z ekonomskega stališča ne zdi dovolj očitno preudarkov utemeljiti na hipotetičnem povprečju

Skupnosti, je treba poudariti, da Komisija v uvodnih izjavah 164 in 165 Odločbe brez resnega pregleda dokončno sklepa o občasnosti in omejenosti vzporedne trgovine med Španijo in Združenim kraljestvom med letoma 1996 in 1998.

283 Kot izhaja iz njenih pisnih stališč, družba GSK ne zanika, da so ta nihanja menjalnih tečajev, zlasti špekulativna gibanja, s katerimi je družba GBP merila na zadnjo fazo EMU, ugodno prispevala k vzporedni trgovini z zdravili, ki jih je tržila družba GW v Španiji med letoma 1996 in 1998. Zato trdi, da je ta konjunkturni vpliv, čeprav še tako zaznamovan, kot je to lahko mogoče, le oteževalni dejavnik, saj naj bi bila vzporedna trgovina kljub nihanjem menjalnih tečajev odvisna od soobstoja različnih nacionalnih predpisov, kar se kaže pri strukturno različnih cenah v državah članicah Skupnosti.

284 Zato je ta trditev upoštevna in je mogoče dokaze, na katere se opira, podpreti z izvlečki sporočila COM(1998) 588 konč. ki je navedeno zgoraj v točki 264, pa tudi s samo Odločbo. Kajti uvodne izjave 31, 32 in 53 navajajo, da so nihanja menjalnih tečajev, ki imajo ciklični vpliv na vzporedno trgovino, le pomemben faktor zapletenega pojava, ki se strukturno kaže z obstojem različnih cen za isto zdravilo v različnih državah članicah Skupnosti.

285 Ta položaj sicer Komisiji ne preprečuje, da bi upoštevala vzporedno trgovino, ki je potekala med Kraljevino Španijo in Združenim kraljestvom med letoma 1996 in 1998, kot primer, ki je nastal v glavnem zaradi vrednosti GBP v razmerju s špansko pezeto (ESP).

286 Vendar so številčni podatki, ki jih je naštela Komisija, preveč dvoumni, da bi bilo mogoče ta sklep prepričljivo utemeljiti. V skladu z Odločbo je bil GBP ocenjen na 30 % v razmerju z ESP med oktobrom 1996 in aprilom 1998. V tem obdobju je del vzporednih uvozov španskega izvora iz celote vzporednih uvozov, namenjenih v Združeno kraljestvo, po količini ostal stabilen (približno 40 %), medtem ko so ti vzporedni uvozi povečali vrednost (približno 20 milijonov GBP leta 1996 in približno 42 milijonov GBP leta 1998). Kot je Komisija navedla na zadnjem mestu v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje, naj bi to izhajalo iz dejstva, da je vrednost GBP povzročila pritok vzporednih uvozov iz drugih držav članic. Vendar pa je s tem tudi potrjeno, da je pred podcenjevanjem BDP največji del (približno 40 %) vzporednih uvozov, namenjenih v Združeno kraljestvo, izviral iz Španije, ostanek pa je bil po izvoru iz drugih držav članic. Kljub temu pa to ne omogoča zadostnega odgovora na trditev družbe GSK, v skladu s katero podcenjena vrednost GBP, če je ta brez dvoma povečala resnost zadevne težave s špansko vzporedno trgovino, ni s tem odstranila njenega strukturalnega vzroka.

287 Trditev, ki jo je navedla Komisija v odgovorih na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje, da naj bi se povečanje vzporedne trgovine španskega izvora v obdobju 1996/1998 obrazložilo z iztekom prehodnega obdobja 6. oktobra 1995, določenega s členoma 47 in 209 Pristopnega akta Kraljevine Španije, v katerem je lahko imetnik patenta izvajal pravice iz tega patenta, da bi nasprotoval uvozu zdravil, ki jih trži v Španiji oziroma ki so trženi v Španiji z njegovim soglasjem, ne spreminja tega sklepa, da se očitno ne nanaša na obdobje po priglasitvi, na katero se nanaša trditev družbe GSK.

288 Končno, kot izhaja iz uvodnih izjav 15, 18 in 55 Odločbe, je družba GSK med upravnim postopkom trdila, da so se splošni prodajni pogoji sicer uporabljali za 82 zdravil, vendar naj bi se vporedna trgovina v glavnem nanašala na osem zdravil. Ob tem, kot izhaja iz uvodnih izjav 22 in 35 Odločbe, je družba GSK tudi poudarila, da naj bi se splošni prodajni pogoji, ob tem, da naj bi se uporabljali neodvisno od končnega namena zadevnih zdravil, v glavnem nanašali na pritok vzporedne trgovine med Španijo in Združenim kraljestvom. V bistvu je, čeprav izključno, Komisiji posredovala podatke v zvezi: prvič, z razlikami v cenah med Španijo in

Združenim kraljestvom, drugič, z vzporedno trgovino z zdravili Becloforte, Beconase, Becotide, Flixotide, Imigran, Lamictal, Serevent in Ventolín med Španijo in Združenim kraljestvom v obdobju med 1996 in 1998 in, tretjič, z vplivom, ki ga je imela zaradi svojih dohodkov in proračunskih sredstev R&D. Na te podatke se sklicuje v uvodnih izjavah 55, od 59 do 67, 70, 83, 92, 98 in 99 Odločbe.

289 V ostalem, kot izhaja iz uvodnih izjav 70 in 71 Odločbe, je družba GSK trdila, da je vzporedna trgovina, ki poteka zunaj distribucijskih kanalov, predmet formalnih nadzorov, in dodala, da so podatki, ki jih je posredovala Komisiji, ocene, na katere se ni mogoče opreti, vendar jih ni mogoče izboljšati. Te trditve o dejanskem stanju, ki so bile ponovljene v repliki, niso bile izpodbijane.

290 Družba GSK upravičeno zatrjuje, da naj ti podatki, ne le da naj ne bi bili smešno nepomembni, ampak jih je treba razumeti kot vzorec, ki ne priča o občasnem in omejenem zmanjšanju učinkovitosti, temveč o splošnem zmanjšanju, ki se bo še nadaljevalo.

291 V zvezi s prvim stališčem je treba opozoriti, da je Komisija ob preizkusu vprašanja, ali bi lahko člen 4 splošnih prodajnih pogojev predstavljal stabilnost, sicer sprejela, da se osredotoči na osem zdravil, na katere se je v glavnem nanašala vzporedna trgovina med Španijo in Združenim kraljestvom, kot je navedla v uvodnih izjavah 18, 56, 57 in 69 Odločbe, vendar je tudi upoštevala učinek mreže z vzporedno trgovino z drugimi zdravili ter tisto med Španijo in drugimi državami Članicami, kot izhaja iz uvodnih izjav od 72 do 75, 117, 126, 140 in 144 Odločbe. Prav ta učinek mreže je povzročil precejšnje omejevanje konkurence, ki bi lahko v pravilnem razmerju v Združenem kraljestvu bila postranska, v skladu z uvodno izjavo 133 Odločbe. Komisija torej ni obrazložila, čemu bi morala slediti drugačnemu stališču v okviru preizkusa vprašanja, ali lahko člen 4 splošnih prodajnih pogojev predstavlja ugodnost in ali se lahko osredotoči izključno na podatke, ki ji jih je posredovala družba GSK, ob upoštevanju težavnosti poznavanja dejanske vzporedne trgovine in

ker naj bi ta sklenila upoštevati podatke, ki ji jih je posredovala družba GSK kot vzorec.

292 V zvezi z drugim stališčem je treba spomniti, da je vzporedna trgovina pojav, ki se lahko nadaljuje čez obdobje, ki ga je preučevala Komisija, ne le zaradi trajnosti razlik v cenah, ki to omogočajo, ampak tudi zaradi cikličnosti nihanj menjalnih tečajev, kadar so ta podana. Komisija je to priznala v zgoraj v točki 135 navedenem sporočilu COM(1998) 588 konč. V svojo obrambo prav tako priznava, da nihanja menjalnih tečajev dejansko ostajajo pri državah članicah, ki niso prešle v tretjo fazo EMU leta 1999, med katerimi je prav Združeno kraljestvo.

293 V zvezi s tem je vzorec podatkov, ki ga je posredovala družba GSK, pokazatelj smernic. Dvom Komisije, izražen v uvodni izjavi 168 Odločbe, glede tega, da naj bi bili podatki, ki jih je posredovala družba GSK v zvezi s svojimi izgubami bruto dohodkov leta 1998, ocenjeni previsoko, tega sklepa ne izpodbija. Dejansko, podatek, ki ga je v zvezi s tem navedla 14. decembra 1998 in 14. februarja 2000, ostaja višji od tistega za predhodnji dve leti, kot izhaja iz uvodne izjave 67 Odločbe. Poleg tega obrazložitev družbe GSK, v skladu s katero naj bi bil podatek, ki ga je predhodno posredovala v zvezi s tem 28. julija 1998, ocena, medtem ko naj bi bil podatek, ki ga je posredovala decembra 1998 in februarja 2000, bil dejanski in obrazložen s tem, da so se splošni prodajni pogoji uporabljali v času od pomladi do jeseni 1998, kot izhaja iz uvodnih izjav 19, 23, 26, 64, 67 in 168 Odločbe, kar bi bilo dovolj verodostojno, da bi zaslužilo resen pregled.

– Povečanje učinkovitosti, povezano s členom 4 splošnih prodajnih pogojev

294 Spomniti je treba, kot upravičeno navaja družba GSK, da Komisija ni opravila resnega pregleda njenih trditev o dejanskem stanju in dokazov ne samo v zvezi s slabostmi vzporedne trgovine, ampak tudi z ugodnostmi člena 4 splošnih prodajnih pogojev.

295 Ob upoštevanju zgradbe trditev družbe GSK in razprav v zvezi s tem med upravnim postopkom se pri Odločbi ne bi bilo mogoče izogniti preizkusu, najprej, ali vzporedna trgovina povzroča zmanjšanje učinkovitosti za farmacevtsko industrijo na splošno, in posebej za družbo GSK. Dejansko bi si Komisija lahko samo pri neizpodbijanju tega veljavno prihranila tak preizkus (glej po analogiji zgoraj v točki 248 navedeno sodbo Compagnie générale maritime in drugi proti Komisiji, točka 345).

296 Vendar je soočenje dokazov, ki jih je predložila družba GSK, in drugih dokazov, na katere se je sklicevala Komisija v Odločbi, jasno prikazalo, da je v sektorju zdravil učinek vzporedne trgovine na konkurenco dvomljiv, ker je povečanje učinkovitosti, ki ustvarja konkurenco v okviru znamke, katere vloga je omejena z veljavnim pravnim okvirom, mogoče povezati z zmanjšanjem učinkovitosti, ki ustvarja konkurenco med znamkami, kar je njena osrednja vloga.

297 V teh okoliščinah Komisija v drugem koraku ne more opustiti preizkusa, drugič, ali bi člen 4 splošnih prodajnih pogojev lahko omogočil obnovitev sposobnosti inovacije družbe GSK in s tem povzročil povečanje učinkovitosti za konkurenco med znamkami.

298 To je bilo tudi središče znanstvene analize, ki jo je Komisija morala opraviti zato, da bi odločila glede zahteve za izjemo družbe GSK. Ustaljena sodna praksa, navedena zgoraj v točki 247, dejansko nalaga, da se ugotovi, ali je sporazum, ki je prepovedan zaradi slabosti, ki jo ima za konkurenco (člen 81(1) ES), ugodnost, ki jo lahko poravna (člen 81(3) ES).

299 Komisija bi torej morala še preizkusiti trditve družbe GSK v zvezi s pričakovanimi ugodnostmi iz člena 4 splošnih prodajnih pogojev. Glede na to uvodna izjava 156 Odločbe, ki je edina uvodna izjava, ki bi lahko potrdila pregled v zvezi s tem, v bistvu navaja:

„Farmacevtska podjetja so povsem svobodna pri izbiri, v kolikšnem obsegu želijo vložiti v R&D. Vse, kar bi lahko prihranila – hipotetično – s tem, da bi preprečevala vzporedno trgovino, ne bi torej nujno povzročilo povečanje naložb v R&D. Mogoče si je predstavljati, da se s temi prihranki preprosto povečajo dobički družb. Torej je jasno, da z ustvarjanjem dodatnih dobičkov ni mogoče upravičiti izjeme. Če ne, bi trditev, ki jo je navedla družba [GSK], pomenila, da je prvi pogoj [uporabe člena 81(3) ES] izpolnjen, če bi bilo s sporazumom, kakršen koli že je, mogoče prispevati k povečanju dohodkov družbe, ki se zavzema za dejavnosti R&D. Tak pogoj torej ne bi bil veljaven“.

300 Vendar družba GSK ni trdila, da bi ji bilo treba samo zaradi ustvarjanja dodatnih dobičkov utemeljevati izjemo. Nasprotno, trdila je, da ji vzporedna trgovina preprečuje ustvarjanje dobičkov, ki so potrebni za najbolj primerno financiranje njene dejavnosti R&D, da ji člen 4 splošnih prodajnih pogojev omogoča povečanje dohodkov in da naj bi zaradi sprememb financiranja in ob upoštevanju živahnosti konkurence med znamkami imela interes, da se del njenega dodatnega dobička investira v R&D, zato da bi prehitela konkurente oziroma da ne bi dopustila, da bi jo prehiteli. Povedano drugače, zatrjevala je, da bi morali biti njeni splošni prodajni pogoji izvzeti, saj naj ne bi povzročali neposredno le povečanja njenih dohodkov, ampak posredno tudi povečanje njene sposobnosti inovativnosti. V ostalem je trdila, da naj bi bilo mogoče to ugodnost primerjati z dejstvom, da ta presežek, kadar ga prejmejo trgovci vzporedne trgovine, nima nobene prednosti, ker se ti ne ukvarjajo z dejansko konkurenco med seboj, trgovci vzporedne trgovine samo zmanjšujejo ceno v okviru, ki je potreben za to, da se vzbudi interes trgovcev na drobno, da tako ohranijo večji del tega presežka v svojih rokah, kar je ponovno trdila na obravnavi.

301 Komisija se ni mogla omejiti na to, kot je navedla v uvodni izjavi 156 Odločbe, da se te trditve takoj zavrne z obrazložitvijo, ker se ugodnost, ki jo je opisala družba GSK, ne bi nujno tudi uresničila, vendar bi morala, v skladu s sodno prakso, v okviru znanstvene analize kar najbolj praktično preučiti, ali se zdi v okoliščinah danega primera in na podlagi dokazov, ki so ji bili predloženi, verjetneje, da se prednosti, ki jih opisuje družba GSK, uresničijo oziroma, nasprotno, da v tem primeru ni tako (zgoraj v točki 248 navedena sodba Compagnie générale maritime in drugi proti Komisiji, točka 365). Ne bi smela brezpogojno in neutememljno šteti, da bi bilo treba trditve o dejanskem stanju in dokaze, ki jih je predložila družba GSK, sicer šteti kot hipotetične, kot je to končno trdila na obravnavi.

302 V preostalem je Komisija, ki ji je bilo na obravnavi o tem postavljeno vprašanje, večkrat priznala, da bi bilo treba preudarke utemeljevati z verjetnostjo, pri čemer dodaja, da je v tem okviru potrebna strogost, in navaja, da se zdi, da bi bilo v tem primeru, v bistvu ob upoštevanju predloženih dokazov in zlasti združenih številčnih informacij družbe GSK, veliko verjetneje, da se navedena ugodnost ne bi uresničila. Vendar utemeljevanje Odločbe ni takšno.

303 Iz zgoraj navedenega izhaja, da je Odločbi mogoče očitati, da v njej ni opravljen preizkus. Komisija naj ne bi veljavno upoštevala vseh trditev o dejanskem stanju in dokazov, ki jih je ustrezno predložila družba GSK, ker naj ne bi zavrnila določenih trditev, čeprav so bile dovolj upoštevne in podprte, da bi bilo zanje mogoče zahtevati odgovor, in ker ni v zadostni meri podprla svojega sklepa, v skladu s katerim naj ne bi bilo dokazano, da lahko vzporedna trgovina povzroči zmanjšanje učinkovitosti in precej poslabša sposobnost inovativnosti družbe GSK ter da naj bi bil člen 4 splošnih prodajnih pogojev takšen, da omogoča povečanje učinkovitosti s tem, ko to sposobnost izboljša.

Tehtanje

304 S tem, da je Komisija zaključila pregled trditev dejanskega stanja in dokazov, ki jih je predložila družba GSK, z ugotovitvijo, da ne dokazujejo obstoja precejšnje

objektivne prednosti, ni izvedla presoje kompleksnih gopodarskih danosti (glej zgoraj navedeno točko 241), pri kateri bi bilo treba tehtati prednosti in slabosti za konkurenco, ki je bila ugotovljena v okviru dela Odločbe o uporabi člena 81(1) ES, kot je Komisija večkrat poudarila na obravnavi.

305 Dejansko je v uvodni izjavi 151 Odločbe menila, da družba GSK ni dokazala, da bi člen 4 splošnih prodajnih pogojev imel prednosti, v uvodni izjavi 152 Odločbe pa, da v teh okoliščinah, ne bi bilo potrebno tehtanje, pri čemer je dodala, da bi v vsakem primeru, tudi če bi imela to nalogo, slabosti te pogodbene določbe pretehtale te ugodnosti.

306 Ker to izhaja iz prej navedenih razlogov, je sklepu Komisije, da naj dokaz za obstoj precejšnje objektivne ekonomske prednosti ne bi bil predložen, mogoče očitati da ne vsebuje preizkusa, ki bi ga ta morala opraviti (zgoraj navedena točka 303). Sklep, da naj bi člen 4 splošnih prodajnih pogojev omejeval konkurenco, ni utemeljen, razen v delu, v katerem trdi, da je učinek te pogodbene določbe, da se končnim potrošnikom zdravil, ki jih prevzame nacionalni sistem zdravstvenega zavarovanja, odvzamejo ugodnosti, ki bi jih imeli ti na področju cene in stroškov, ob sodelovanju španskih farmacevtskih trgovcev na debelo, pri konkurenci med znamkami na trgih, katerih namen je vzporedna trgovina španskega izvora (zgoraj navedene točke 147, 190 in 194).

307 Torej sklepa Komisije, da ni treba opraviti tehtanja, ki v vsakem primeru kaže na to, da ugodnost, povezana s členom 4, ne odtehta slabosti, ki jih povzroča konkurenci, ni mogoče sprejeti. Komisija bi morala najprej opraviti primeren preizkus trditev o dejanskem stanju in dokazov družbe GSK, da bi lahko nato opravila kompleksno presojo, potrebno za tehtanje slabosti in ugodnosti, povezanimi s členom 4 splošnih prodajnih pogojev.

Zaključek

308 Iz zgoraj navedenega izhaja, da Komisija ni mogla zakonito sklepati, da družba GSK v zvezi z obstojem prispevka k pospeševanju tehničnega napredka ni dokazala, da je izpolnjen prvi pogoj uporabe člen 81(3) ES. Zato ni treba pregledati trditev družbe GSK v zvezi z obstojem prispevka k izboljšanju distribucije zdravil.

c) Dokaz obstoja učinkov na potrošnika, nujnosti člena 4 splošnih prodajnih pogojev in neobstoja izključitve konkurence

309 Tako kot je bilo že predhodno navedeno (zgoraj navedene točke od 237 do 239), izhaja iz Odločbe in iz razprav, da povzeti sklepi Komisije, na katere se je ta sklicevala glede obstoja učinkov na potrošnika, nujnosti člena 4 splošnih prodajnih pogojev in neobstoja izključitve konkurence, temeljijo na tistih, ki so v zvezi z obstojem povečanja učinkovitosti.

310 Ker je zadnji sklep protipraven, v delu, ki se nanaša na prispevek k pospešitvi tehničnega napredka, tudi ti, na njih temeleči predlogi, niso veljavni.

311 Ker je Komisija ob preizkusu vprašanja, ali člen 4 splošnih prodajnih pogojev izključuje oziroma ne izključuje konkurence za velik del proizvodov, v uvodni izjavi 188 Odločbe dodala, da naj bi družba GSK, v vsakem primeru za več

proizvodov, na katere se v glavnem nanašajo splošni prodajni pogoji, sprostila glavne dele trga (na primer za zdravila Zofran, Flixonase, Zovirax, Imigran) v eni oziroma v več državah članicah, je treba to presojo še preveriti.

312 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da je Komisija na obravnavi priznala, da dejansko ni odločila o vprašanju tržne moči, ki jo je imela družba GSK, in dodala, da bi morala opraviti analizo, da bi lahko odločila o tej točki.

313 Ob upoštevanju pravnega in gospodarskega okvira, ki je značilen za zadevni sektor, le sprostitev precejšnjih delov trga, ki je omejena na določene zadevne proizvode, pri čemer se Komisija v štirih primerih dejansko ne zadovolji, da bi prepričljivo sklepala o izključitvi konkurence za velik del zadevnih proizvodov.

314 Kljub spornemu vprašanju določitve trga zadevnih proizvodov, o katerem so razpravljale stranke, bi lahko več dokazov, na katere se je sklicevala družba GSK med upravnim postopkom, kasneje pa v svojih pisnih stališčih, oviralo takšno avtomatično sklepanje.

315 Zlasti trditev družbe GSK, na katero se sklicuje v uvodni izjavi 188 Odločbe, ki napotuje na uvodno izjavo 104 Odločbe, da ni tako nepomembno, da Komisiji ne bi bilo treba opraviti posebne pručitve na podlagi četrtega pogoja uporabe člena 81(3) ES. Kajti člen 4 splošnih prodajnih pogojev bi lahko oviral omejen pritisku, ki bi lahko nastal zaradi vzopredne trgovine španskega izvora, na ceno in stroške zdravil na geografskih trgih namena in ga je mogoče povezati z dejstvi, ki jih je navedla družba GSK in jih ni izpodbijala Komisija, da je konkurenca z inovativnostjo v sektorju zelo živahna in da cenovna konkurenca obstaja

v drugačni obliki, čeprav je v skladu z zakonom nastopila šele ob izteku patenta, ki je omogočal vstop na trg proizvajalcem generičnih zdravil. V teh okoliščinah bi bilo treba v skladu s sodno prakso, navedeno zgoraj v točki 109, presoditi, kakšni obliki konkurence bi bilo treba dati prednost, da bi se zagotovila ohranitev učinkovite konkurence, ki se jo zasleduje s členom 3(1)(g) ES in členom 81 ES.

4. Sklep

316 Iz zgoraj navedenega izhaja, da je treba sprejeti tožbeni razlog kršitve člena 81(3) ES in, posledično, da je treba ugoditi predlogom družbe GSK, v delu, v katerem se nanašajo na razglasitev ničnosti člena 2 Odločbe, ne da bi bilo treba pregledati tožbeni razlog nespoštovanja načela sorazmernosti.

317 Torej je treba Odločbo razglasiti za ničnо v delu, kjer se v njenem členu 2 zavrača zahtevo za izjemo, ki jo je vložila družba GSK.

318 Ker ni mogoče izključiti, da se na podlagi člena 81(3) ES določbe člena 81(1) ES ne bi uporabile za člen 4 splošnih prodajnih pogojev družbe GSK, je treba zato razglasiti za ničnо Odločbo v delu, kjer se družbi GSK v členu 3 nalaga, naj takoj preneha s to kršitvijo, če tega še ni storila, v členu 4 pa, naj obvesti Komisijo o ukrepih, ki jih je sprejela v ta namen.

319 V skladu s členom 233, prvi odstavek, ES mora Komisija sprejeti vse ukrepe za izvršitev te sodbe.

320 Tudi če postopek obveščanja, določen z Uredbo Sveta št. 17, ne obstaja več v okviru Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL 2003, L 1, str. 1), je treba glede na delno razglasitev ničnosti Odločbe in glede na retroaktivni učinek, ki je s tem povezan, odločiti o zahtevi za izjemo, ki jo je vložila družba GSK, pri čemer je treba upoštevati datum vložitve (glej v tem smislu sodbo Sodišča prve stopnje z dne 2. maja 2006 v zadevi O2 (Nemčija) proti Komisiji, T-328/03, ZOdl., str. II-1231, točki 47 in 48), če zahtevo še vedno obravnava.

Stroški

321 V členu 87(2) Poslovnika je določeno, da se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov postopka, če so bili ti priglašeni.

322 V členu 87(3), tretji pododstavek, Poslovnika je določeno zlasti, da lahko Sodišče prve stopnje stroške razdeli ali odloči, da vsaka stranka nosi svoje stroške, kadar stranki deloma uspeta.

323 V obravnavanem primeru družba GSK ni uspela s predlogi za razglasitev ničnosti člena 1 Odločbe. Komisija nosi svoje stroške, ob podpori intervenientov, kolikor ni uspela s predlogi za zavrnitev tožbe v celoti.

324 V teh okoliščinah je treba stroške razdeliti. Družba GSK bo nosila polovico svojih stroškov in polovico stroškov Komisije, skupaj s stroški intervencij. Komisija nosi polovico svojih stroškov in polovico stroškov družbe GSK, skupaj s stroški intervencij. Intervenienti nosijo svoje stroške.

Iz teh razlogov je

SODIŠČE PRVE STOPNJE (četrti razširjeni senat)

razsodilo:

1. **Členi 2, 3 in 4 Odločbe Komisije 2001/791/ES z dne 8. maja 2001, v postopku na podlagi člena 81 Pogodbe ES (zadeve IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (obvestilo), IV/36.997/F3 Aseprofar in Fedifar (pritožba), IV/37.121/F3 Spain Pharma (pritožba), IV/37.138/F3 BAI (pritožba) in IV/37.380/F3 EAEPC (pritožba)), se razglasijo za nične.**

2. **V preostalem delu se tožba zavrne.**

3. **Družba GlaxoSmithKline Services Unlimited nosi polovico svojih stroškov in polovico stroškov Komisije, skupaj s stroški intervencij.**

4. **Komisija nosi polovico svojih stroškov in polovico stroškov družbe GlaxoSmithKline Services, skupaj s stroški intervencij.**

5. **Združenja Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Bundesverband der Arzneimittell-Importeure eV, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) in družba Spain Pharma, SA nosijo vsak svoje stroške.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourgu, 27. septembra 2006.

Sodni tajnik Predsednik

E. Coulon H. Legal

Stvarno kazalo

Pravni okvir in dejansko stanje spora ..... II - 2984

Pravo Skupnosti ..... II - 2984

Špansko pravo ..... II - 2985

Dejansko stanje ..... II - 2986

Postopek ..... II - 2990

Predlogi strank ..... II - 2993

Pravo ..... II - 2995

I – Tožbeni razlogi za razglasitev ničnosti člena 1 Odločbe ..... II - 2996

A – Tožbeni razlog nezadostne obrazložitve ..... II - 2996

1. Trditve strank ..... II - 2996

2. Presoja Sodišča prve stopnje ..... II - 2997

B – Tožbeni razlog kršitve člena 81(1) ES ..... II - 2998

1. Uvodne ugotovitve ..... II - 2998

2. Obstoj sporazuma med podjetji ..... II - 3000

a) Vsebina Odločbe ..... II - 3000

b) Trditve strank ..... II - 3000

c) Presoja Sodišča prve stopnje ..... II - 3001

Neodvisnost volj ..... II - 3001

Usklajenost volj ..... II - 3003

3. Obstoj omejevanja konkurence ..... II - 3007

a) Vsebina Odločbe ..... II - 3007

b) Trditve strank ..... II - 3009

c) Presoja Sodišča prve stopnje ..... II - 3010

Stanje konkurence pred uvedbo člena 4 splošnih prodajnih pogojev II - 3010

Omejevanje konkurence, pripisano členu 4 splošnih prodajnih pogojev ..... II - 3012

– Obstoj protikonkurenčnega cilja ..... II - 3013

– Obstoj protikonkurenčnega učinka ..... II - 3023

4. Sklep ..... II - 3036

C – Pritožbeni razlog: Zloraba pooblastil, nespoštovanja načela subsidiarnosti in kršitve člena 43 ES ..... II - 3037

1. Trditve strank ..... II - 3037

2. Presoja Sodišča prve stopnje ..... II - 3037

II – Tožbeni razlogi za razglasitev ničnosti člena 2 Odločbe ..... II - 3040

A – Tožbeni razlog nezadostne obrazložitve ..... II - 3040

1. Trditve strank ..... II - 3040

2. Presoja Sodišča prve stopnje ..... II - 3041

B – Tožbeni razlog kršitve člena 81(3) ES ..... II - 3042

1. Vsebina Odločbe ..... II - 3042

2. Trditve strank ..... II - 3043

3. Presoja Sodišča prve stopnje ..... II - 3046

a) Uvodne ugotovitve ..... II - 3046

b) Dokaz za obstoj povečanja učinkovitosti ..... II - 3050

Obstoj precejšnje objektivne prednosti ..... II - 3052

– Upoštevnost trditev o dejanskem stanju in dokazov, ki jih je predložila družba GSK ..... II - 3058

– Zmanjšanje učinkovitosti, povezano z vzporedno trgovino. II - 3063

– Obseg zmanjšanja učinkovitosti, ki je povezano z vzporedno trgovino ..... II - 3067

– Povečanje učinkovitosti, povezano s členom 4 splošnih prodajnih pogojev ..... II - 3071

Tehtanje ..... II - 3074

Zaključek ..... II - 3076

c) Dokaz obstoja učinkov na potrošnika, nujnosti člena 4 splošnih prodajnih pogojev in neobstoja izključitve konkurence ..... II - 3076

4. Sklep ..... II - 3078

Stroški ..... II - 3079