

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
VERICA TRSTENJAK
föredraget den 30 juni 2009¹

Innehållsförteckning

I	— Tillämpliga bestämmelser	I - 9302
II	— Tvistens bakgrund, det angripna beslutet och den överklagade domen	I - 9304
III	— Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden	I - 9306
	A — Parternas yrkanden i de olika målen	I - 9306
	1. Mål C-501/06 P (GSK:s överklagande)	I - 9306
	2. Mål C-513/06 P (kommissionens överklagande)	I - 9308
	3. Mål C-515/06 P (EAEPK:s överklagande)	I - 9310
	4. Mål C-519/06 P (Aseprofars överklagande)	I - 9310
	B — Förening av målen och den muntliga förhandlingen	I - 9311
IV	— Upptagande till sakprövning	I - 9311
	A — Upptagande till sakprövning av kommissionens och Aseprofars i överklagandena framförda argument när det gäller syftet att begränsa konkurrensen (målen C-513/06 P och C-519/06 P)	I - 9312
	B — Upptagande till sakprövning av kommissionens såsom ”anslutningsöverklagande” betecknade argumentation i mål C-501/06 P i anledning av GSK:s överklagande	I - 9313
	1. Kommissionens argument i fråga om syfte att begränsa konkurrensen	I - 9314
	a) Upptagande till sakprövning inom ramen för ett anslutningsöverklagande	I - 9314
	b) Upptagande till sakprövning inom ramen för ett yrkande om att överklagandet ska ogillas	I - 9315
	c) Möjligheterna att beakta kommissionens argument	I - 9316

1 — Originalspråk: tyska.

d) Innehållsmässig överensstämmelse mellan kommissionens argument i målen C-513/06 P och C-501/06 P	I - 9317
2. Kommissionens argument om konkurrensbegränsande verkan	I - 9317
3. Upptagande till sakprövning av kommissionens anslutningsöverklagande av punkt 1 i domslutet i den överklagade domen	I - 9318
C — Slutsatser	I - 9319
V — GSK:s överklagande i mål C-501/06 P	I - 9320
A — Felaktig rättstillämpning i förstainstansrättens domskäl rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte	I - 9321
1. Motiveringen i den överklagade domen rörande de allmänna försäljnings- villkorens konkurrensbegränsande syfte	I - 9321
2. Begreppet syfte att begränsa konkurrensen	I - 9323
3. Felaktig rättstillämpning	I - 9324
a) Felaktig rättstillämpning vid tolkningen av uttrycket syfte att begränsa konkurrensen	I - 9324
i) Konstaterandet att avtal med slutligt syfte att begränsa parallellhan- deln endast i princip ska anses ha till syfte att begränsa konkurrensen	I - 9324
ii) Antagande om konkurrensbegränsande verkan	I - 9325
iii) Beaktandet av nackdelar för slutkonsumenten	I - 9325
iv) Den begränsade utsträckning i vilken parallellhandeln fördelar för slutkonsumenterna beaktades	I - 9330
v) Slutsats	I - 9330
b) Beaktandet av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget	I - 9331
i) Antagandet att mellanhänderna behåller den fördel i prishänseende som parallellhandeln skulle kunna medföra så att denna fördel inte kommer slutkonsumenterna till godo	I - 9332
ii) Övriga antaganden och konstateranden	I - 9333
4. Slutsats	I - 9334

B —	Ändring av domskälen	I - 9334
	1. De sakomständigheter som förstainstansrätten har fastställt	I - 9334
	2. Bekräftelse av kommissionens motivering att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte	I - 9335
	a) Ett standardiserat synsätt	I - 9336
	b) Presumtion för en konkurrensbegränsning	I - 9338
	c) Slutsats i denna del	I - 9339
	3. Slutsats	I - 9340
C —	Förstainstansrättens konstaterande att kommissionen med fog kunde presumera att de allmänna försäljningsvillkoren har konkurrensbegränsande verkan	I - 9340
D —	Förslag	I - 9340
VI —	Kommissionens, Aseprofars och EAEPc:s överklaganden	I - 9340
	A — Domskälen i den överklagade domen	I - 9340
	B — Kommissionens överklagande i mål C-513/06 P och anslutningsöverklagande i mål C-501/06 P	I - 9342
	1. Det första villkoret i artikel 81.3 EG	I - 9342
	a) Missuppfattning av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget	I - 9342
	b) Begreppet främjande av tekniskt framåtskridande. Bevisbörda och beviskrav	I - 9343
	i) Tillämpning av bedömningskriterier från kontrollen av företagskoncentrationer	I - 9343
	ii) Tröskeln för effektivitetsvinster	I - 9345
	iii) Betydelsen av att prisskillnaderna är strukturella	I - 9346
	iv) Valutafluktuationerna	I - 9350
	v) Sambandet mellan GSK:s ytterligare finansiella medel och främjandet av tekniskt framåtskridande	I - 9351
	vi) Slutsats	I - 9353
		I - 9299

c) Missuppfattning av det angripna beslutet och underlåtenhet att i framtidsprognozen beakta händelser i det förflutna	I - 9353
i) Missuppfattning av det angripna beslutet	I - 9353
— Missuppfattning av innehållet i det angripna beslutet	I - 9354
— Ändring av domskälen	I - 9356
— Slutsats	I - 9358
ii) Beaktande av händelser i det förflutna	I - 9358
iii) Beaktande av uppgifter som inte förelåg när det angripna beslutet meddelades	I - 9358
iv) Slutsats	I - 9359
d) Felaktig tillämpning av bedömningskriterierna	I - 9359
i) En ny grund för ogiltigförklaring	I - 9359
ii) Överskridande av befogenheter	I - 9359
e) Bristfällig prövning på grund av förstainstansrättens kortfattade bevisvärdering och icke närmare förklarade antagande	I - 9360
i) Värderingen av den bevisning som åberopats av GSK	I - 9360
ii) Förklaring saknas till varför forskning och utveckling inte är möjlig utan de allmänna försäljningsvillkoren	I - 9362
2. De övriga villkoren i artikel 81.3 EG	I - 9362
3. Sammanfattande slutsats	I - 9364
C — EAEPC:s överklagande i mål C-515/06 P	I - 9364
1. Artikel 81.3 EG – dess roll och funktion	I - 9364
2. Bevisbördan	I - 9364
3. Felaktig bevisvärdering eller underlåtenhet att beakta bevisning	I - 9365
a) Bevisbördans övergång	I - 9365

b) Felaktig bedömning eller underlåtenhet att beakta faktiska omständigheter som framgår av handlingarna	I - 9366
c) Faktiska omständigheter som är felaktiga har tagits i beaktande	I - 9367
4. Slutsats	I - 9367
D — Aseprofars överklagande i mål C-519/06 P	I - 9367
1. Det första villkoret i artikel 81.3 EG	I - 9367
2. De övriga villkoren i artikel 81.3 EG	I - 9368
a) Skälig andel till konsumenterna	I - 9369
b) Kravet på nödvändighet	I - 9369
c) Möjlighet att sätta konkurrensen ur spel	I - 9370
3. Slutsats	I - 9371
E — Slutsats	I - 9371
VII — Sammanfattning	I - 9372
VIII — Förslag till avgörande	I - 9372

1. Förevarande överklaganden ger domstolen möjlighet att i anslutning till domen i målet *Sot. Lélos kai Sia*², i vilken fråga var om bedömningen enligt artikel 82 EG av ensidiga åtgärder för begränsning av parallellhandeln med läkemedel, ta ställning till huruvida avtal

med sådant syfte är förenliga med artikel 81 EG.

2. Överklagandena gäller en bedömning enligt artikel 81 EG av GlaxoSmithKline Services Unlimited (nedan kallad GSK) allmänna försäljningsvillkor (nedan kallade de allmänna försäljningsvillkoren). Enligt de allmänna försäljningsvillkoren begär GSK för vissa läkemedel av mellanhänder med säte i Spanien som GSK säljer läkemedel till (nedan kallade de spanska mellanhänderna)

2 — Domstolens dom av den 16 september 2008 i mål C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia* (REG 2008, s. I-7139). När det gäller bedömningen av ensidiga åtgärder med syfte att begränsa parallellhandeln med läkemedel, se förslag till avgörande av generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer av den 1 april 2008 i detta mål samt förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs av den 28 oktober 2004 i mål C-53/03, *Syfait m.fl.* (REG 2005, s. I-4609).

olika priser för samma läkemedel allt efter huruvida de spanska mellanhänderna säljer läkemedlet vidare i Spanien eller i andra medlemsstater.

3. Syftet med de allmänna försäljningsvillkoren har varit att begränsa den parallellhandel med GSK:s läkemedel mellan Spanien och andra medlemsstater som de spanska mellanhänderna har bedrivit på grund av rådande prisskillnader mellan medlemsstaterna. Enligt GSK:s uppfattning är parallellhandeln till nytta i första hand för mellanhänderna, medan det är till fördel för konsumenterna om parallellhandeln begränsas. De ytterligare intäkter som GSK, och den koncern som bolaget ingår i³, får på grund av att parallellhandeln begränsas kan enligt GSK investeras i forskning och utveckling av nya läkemedel.

4. GSK anmälde de allmänna försäljningsvillkoren till kommissionen. I sitt beslut av den 8 maj 2001⁴ (nedan kallat det angripna beslutet) konstaterade kommissionen att de allmänna försäljningsvillkoren strider mot artikel 81.1 EG och att undantag enligt artikel 81.3 EG inte kunde meddelas. På talan av GSK bekräftade förstainstansrätten genom dom av den 27 september 2006 i mål T-168/01⁵ (nedan kallad den över-

klagade domen) kommissionens slutsats att de allmänna försäljningsvillkoren strider mot artikel 81.1 EG men ogiltigförklarade det angripna beslutet såvitt avser kommissionens avslag på begäran om undantag för de allmänna försäljningsvillkoren enligt artikel 81.3 EG.

5. Med sitt överklagande i mål C-501/06 P har å ena sidan GSK vänt sig mot den överklagade domen såvitt den innebär att kommissionens slutsats att de allmänna försäljningsvillkoren strider mot artikel 81.1 EG bekräftas. Å andra sidan har kommissionen (understödd av Republiken Polen som intervenient), Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (nedan kallad Aseprofar) och European Association of Euro Pharmaceutical Companies (nedan kallad EAEPCC) (målen C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P), och kommissionen och Aseprofar (genom anslutningsöverklaganden i mål C-501/06 P), ifrågasatt att kommissionens beslut att avslå GSK:s begäran om undantag för de allmänna försäljningsvillkoren enligt artikel 81.3 EG i den överklagade domen ogiltigförklarades.

I — Tillämpliga bestämmelser

3 — I det följande görs ingen åtskillnad mellan GSK och den koncern som GSK ingår i.

4 — Kommissionens beslut (EG) nr 791/2001 av den 8 maj 2001 i ärendena IV/36.957/F3 – Glaxo Wellcome (anmälan), IV/36.997/F3 – Aseprofar och Fedifar (klagomål), IV/37.121/F3 – Spain Pharma (klagomål), IV/37.138/F3 – BAI (klagomål) och IV/37.380/F3 – EAEPCC (klagomål), EGT L 302, s. 1.

5 — Förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-168/01, GlaxoSmithKline Services mot kommissionen (REG 2006, s. II-2969).

6. I artikel 3.1 g EG föreskrivs att gemenskapens verksamhet ska innefatta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

7. I artikel 81 EG föreskrivs följande:

- e. det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

”1. Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att

- 2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

- a. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

- 3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

- b. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

- på avtal eller grupper av avtal mellan företag,

- c. marknader eller inköpskällor delas upp,

- d. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

- beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,

- samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

- a. ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

- b. ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.”

8. I rådets direktiv 89/105/EEG av den 21 december 1988 om insyn i de åtgärder som reglerar prissättningen på humanläkemedel och deras inordnande i de nationella sjukförsäkringssystemen⁶ ställs upp en rad krav som gör det möjligt att kontrollera att dessa åtgärder inte innebär kvantitativa begränsningar i fråga om import eller export eller åtgärder med motsvarande verkan.

6 — EGT L 40, s. 8; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 45.

9. Vid den tidpunkt då de allmänna försäljningsvillkoren anmäldes till kommissionen fanns i medlemsstaterna olika nationella regleringar i fråga om priserna på läkemedel (nedan kallade nationella prisregleringar), bland annat när det gäller fastställande av försäljningspriser för läkemedel, i vilken utsträckning kostnader för läkemedel återbetalas och läkemedelsproducenternas vinster.

II — Tvistens bakgrund, det angripna beslutet och den överklagade domen

10. Den koncern i vilken GSK ingår är en av världens största läkemedelstillverkare. De allmänna försäljningsvillkoren gäller enligt avtal⁷ mellan GSK och 89 spanska mellanhänder som GSK har affärsförbindelser med utan att dessa ingår i samma distributionsnät. De allmänna försäljningsvillkoren trädde i kraft den 9 mars 1998. Enligt de allmänna försäljningsvillkoren gäller för 82 läkemedel två olika priser, 4A-priset och 4B-priset.

7 — Förstainstansrätten konstaterade i punkterna 65–90 i den överklagade domen att kommissionen hade gjort en riktig bedömning i det angripna beslutet när den fann att de allmänna försäljningsvillkoren utgjorde ett avtal. Ingen av parterna här har ifrågasatt detta.

11. 4A-priset överstiger inte i något fall det högsta branschpris som fastställs av de spanska hälsovårdsmyndigheterna. 4A-priset tillämpas endast om läkemedlet *för det första* finansieras med medel från den spanska socialförsäkringen eller med andra offentliga medel och *för det andra* om de förvärvade läkemedlen därefter återförsäljs till spanska apotek och sjukhus.

12. Annars tillämpas 4B-priset. I de allmänna försäljningsvillkoren föreskrivs att 4B-priset ska fastställas enligt verkliga, objektiva och icke-diskriminerande kriterier och fullständigt oberoende av den av köparen bestämda bestämmelseorten för produkterna. I första hand tillämpas det, i förekommande fall aktualiserade, pris som GSK föreslagit de spanska hälsovårdsmyndigheterna i början av förhandlingarna i det spanska prissättningsförfarandet.

13. Bland de berörda läkemedlen finns Beco-nase, Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent, Ventolin, Lamictal och Imigran. På grund av prisskillnader kom dessa läkemedel särskilt i fråga för parallellhandel mellan Spanien och Förenade kungariket.

14. Med skrivelse av den 6 mars 1998 ingav GSK ansökan enligt artikel 2 i rådets förordning (EEG) nr 17/62: Första förordningen om

tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82]⁸ (nedan kallad förordning nr 17) med att kommissionen skulle fastställa att de allmänna försäljningsvillkoren inte strider mot artikel 81.1 EG (icke-ingripandebesked) och, i andra hand, anmälan enligt artikel 4 i förordning nr 17 om undantag för de allmänna försäljningsvillkoren enligt artikel 81.3 EG. Kommissionen biföll inte ansökan och anmälan. I artikel 1 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att de allmänna försäljningsvillkoren strider mot artikel 81.1 EG. Motiveringen var att de allmänna försäljningsvillkoren har både till syfte och till resultat att begränsa konkurrensen. I artikel 2 i det angripna beslutet avslogs ansökan om undantag för de allmänna försäljningsvillkoren enligt artikel 81.3 EG.

15. GSK väckte vid förstainstansrätten talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet. Genom den överklagade domen av den 27 september 2006 biföll förstainstansrätten endast delvis GSK:s talan. Enligt punkt 2 i domslutet ogillades talan i den del som den riktade sig mot artikel 1 i det angripna beslutet, enligt vilken de allmänna försäljningsvillkoren strider mot artikel 81.1 EG. Förstainstansrätten konstaterade visserligen att kommissionen inte hade fog för slutsatsen att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte. Förstainstansrätten ogillade emellertid talan såvitt den riktades mot artikel 1 i det angripna beslutet, eftersom den fastställde kommissionens motivering att de allmänna försäljningsvillkoren har konkurrensbegränsande verkan. Enligt punkt 1 i domslutet bifölls talan i den

8 — EGT L 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8.

del som den riktade sig mot artikel 2 i det angripna beslutet, varigenom ansökan om undantag avsågs.⁹ I punkterna 3–5 i domslutet beslutade förstainstansrätten om rättegångskostnaderna.

17. I sitt överklagande har GSK yrkat att domstolen

- upphäver den överklagade domen såvitt GSK:s yrkande om ogiltigförklaring av artikel 1 i det angripna beslutet har ogillats eller

III — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

- vidtar de övriga åtgärder som är lämpliga, och

A — Parternas yrkanden i de olika målen

- förpliktar kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

1. Mål C-501/06 P (GSK:s överklagande)

18. I anledning av GSK:s överklagande har kommissionen yrkat att domstolen

16. GSK har överklagat förstainstansrättens dom genom en inlägga som inkom till domstolens kansli den 11 december 2006. Det överklagandet har registrerats som mål C-501/06 P.

- helt ogillar GSK:s överklagande,

⁹ — Enligt punkt 1 i domslutet ogiltigförklarade förstainstansrätten artiklarna 3 och 4 i det angripna beslutet, i vilka kommissionen hade ålagt GSK att omedelbart upphöra med överträdelsen, att inte upprepa åtgärderna samt att underrätta kommissionen om de åtgärder som vidtagits för att upphöra med överträdelsen.

- upphäver punkterna 1 och 3–5 i domslutet i den överklagade domen,

— avgör målet slutligt genom att ogilla GSK:s talan i första instans, och

21. Aseprofar har yrkat att domstolen

— förpliktar GSK att ersätta kommissionens rättegångskostnader i mål T-168/01 och i förevarande mål om överklagande.

— helt ogillar GSK:s överklagande,

19. I anledning härav har GSK yrkat att domstolen

— upphäver punkt 1 i domslutet i den överklagade domen,

— avvisar eller ogillar kommissionens avslutningsöverklagande, och

— avgör talan i första instans och ersätter motiveringen i punkterna 91–195 i den överklagade domen såvitt avser förekomsten av en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 81.1 EG, och

— förpliktar kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

20. I anledning av GSK:s överklagande har EAEPC i detta mål yrkat att domstolen

— upphäver punkterna 3, 4 och 5 i domslutet i den överklagade domen i fråga om rättegångskostnaderna samt förpliktar GSK att ersätta rättegångskostnaderna såväl i första instans som i förevarande mål.

— helt ogillar GSK:s överklagande.

22. Republiken Polen, som har fått tillåtelse att intervensera i målet till stöd för kommissionens yrkanden, har yrkat att domstolen

2. Mål C-513/06 P (kommissionens överklagande)

— helt ogillar GSK:s överklagande,

24. Kommissionen har överklagat förstainstansrättens dom genom skrivelse som kom in till domstolens kansli den 11 december 2006. Överklagandet har registrerats som mål C-513/06 P.

— upphäver punkterna 1 och 3–5 i domslutet i den överklagade domen, och

— slutligt avgör talan i första instans och ogillar GSK:s överklagande.

25. I sitt överklagande har kommissionen yrkat att domstolen

23. GSK har vidhållit sina yrkanden och har för egen del dessutom yrkat att domstolen

— upphäver punkterna 1 och 3–5 i domslutet i den överklagade domen,

— delvis avvisar Republiken Polens talan, och

— förpliktar Republiken Polen att ersätta rättegångskostnaderna.

— avgör målet slutligt genom att ogilla GSK:s talan i första instans, och

- förpliktar GSK att ersätta kommissionens rättegångskostnader i första instans och i målet om överklagande.
- 26. EAEPC har biträtt kommissionens yrkanden.
- 27. I anledning av kommissionens överklagande har GSK i förevarande mål yrkat att domstolen
- avvisar eller ogillar kommissionens överklagande, och
- förpliktar kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.
- 28. Republiken Polen har tillåtits att intervensera till stöd för kommissionens yrkanden och har yrkat att domstolen
- upphäver punkterna 1 och 3–5 i domslutet i den överklagade domen, och
- avgör målet slutligt i första instans genom att ogilla GSK:s talan där.
- 29. I anledning av Republiken Polens yrkanden har GSK vidhållit sina yrkanden och har dessutom yrkat att domstolen
- avvisar Republiken Polen yrkanden, och
- förpliktar Republiken Polen att ersätta rättegångskostnaderna.

3. Mål C-515/06 P (EAEP:s överklagande)

33. I anledning av EAEP:s överklagande har GSK yrkat att domstolen

30. EAEP har överklagat förstainstansrättens dom genom en inlägga som inkom till domstolens kansli den 18 december 2006. Överklagandet har registrerats som mål C-515/06 P.

— avvisar eller ogillar överklagandet, och

— förpliktar EAEP att ersätta rättegångskostnaderna.

31. I sitt överklagande har EAEP yrkat att domstolen

4. Mål C-519/06 P (Aseprofars överklagande)

— upphäver den överklagade domen såvitt därigenom det angripna beslutet har upphävts, och

34. Aseprofar har överklagat förstainstansrättens dom genom skrivelse som kom in till domstolens kansli den 13 december 2006. Överklagandet har registrerats som mål C-519/06 P.

— förpliktar GSK att ersätta rättegångskostnaderna.

35. I sitt överklagande har Aseprofar yrkat att domstolen

32. Kommissionen har biträtt EAEP:s yrkanden.

— upphäver punkt 1 i domslutet i den överklagade domen,

- slutligt avgör målet genom att ogilla GSK:s talan i första instans och fastställa det angripna beslutet, och

B — *Förening av målen och den muntliga förhandlingen*

- upphäver punkterna 3, 4 och 5 i domslutet i den överklagade domen i fråga om rättegångskostnaderna samt förpliktar GSK att ersätta samtliga rättegångskostnader i målet vid förstainstansrätten och i målet om överklagande.

38. I beslut den 17 december 2008 förenades målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P för gemensam muntlig förhandling och gemensamt avgörande.

36. Kommissionen och EAEPC har biträtt Aseprofars yrkanden.

39. Den 18 mars 2009 hölls en muntlig förhandling i närvaro av företrädare för GSK, kommissionen, EAEPC, Aseprofar och Republiken Polens regering, varvid dessa företrädare kompletterade parternas förklaringar samt besvarade frågor.

IV — Upptagande till sakprövning

37. I anledning av Aseprofars överklagande har GSK yrkat att domstolen

40. GSK har gjort invändningar mot att vissa av kommissionens och Aseprofars yrkanden och grunder upptas till sakprövning. Eftersom invändningarna avser parternas samlade yrkanden i de olika målen ska jag börja med dem.

- avvisar eller ogillar överklagandet, och

- förpliktar Aseprofar att ersätta rättegångskostnaderna.

41. Invändningarna avser för det första kommissionens och Aseprofars argument i överklagandena i målen C-513/06 P och C-519/06 P, där kommissionen och Aseprofar gör invändning om att förstainstansrättens

domskäl när det gäller frågan om syftet att begränsa konkurrensen innebär felaktig rättstillämpning (A). För det andra yrkar GSK i mål C-501/06 P att en del av kommissionens yrkanden och argument som kommissionen har framfört som svar på GSK:s överklagande ska avvisas (B).

A — Upptagande till sakprövning av kommissionens och Aseprofars i överklagandena framförda argument när det gäller syftet att begränsa konkurrensen (målen C-513/06 P och C-519/06 P)

42. Talan kan upptas till sakprövning såvitt kommissionen och Aseprofar i sina överklaganden i målen C-513/06 P och C-519/06 P har yrkat att punkt 1 i domslutet i den överklagade domen ska upphävas. Kommissionen och Aseprofar berörs av punkt 1 i domslutet i den överklagade domen och har åberopat grunder till stöd för att punkt 1 i domslutet enligt deras uppfattning ska upphävas.

43. GSK har ifrågasatt att de grunder i vilka kommissionen och Aseprofar har gjort gällande att domskälen i den överklagade domen är behäftade med fel i den del som ligger till grund för punkt 2 i domslutet kan tas upp till sakprövning.

44. GSK invänder med rätta att dessa grunder inte kan beaktas som självständiga grunder för överklagandet. Kommissionen och Aseprofar har inte yrkat att punkt 2 i domslutet i den överklagade domen ska upphävas, utan i stället yrkat att den punkten ska fastställas, dock med andra domskäl. Ett sådant yrkande kan inte upptas till sakprövning inom ramen för ett överklagande.¹⁰ Enligt fast rättspraxis kan en klagande i princip begära prövning av en del av domskälen endast om det i den aktuella delen av domskälen förekommit felaktig rättstillämpning som påverkar domslutet i den överklagade domen.¹¹ Det finns alltså i princip¹² inget berättigat intresse av att få en rättslig prövning av en grund som inte riktas mot domslutet utan endast mot domskälen i den överklagade domen.

45. Till stöd för att en sakprövning kan ske har kommissionen och Aseprofar anfört att förstainstansrättens domskäl om de allmänna

10 — Hur det förhåller sig inom ramen för en svarsskrivelse, se punkterna 52–54 ovan.

11 — Domstolens beslut av den 28 oktober 2004 i mål C-236/03 P, kommissionen mot CMA CGM m.fl., punkt 25 och följande punkter. I sammanhanget kan det hänvisas till rättspraxis enligt vilken en grund är verkningslös och därför inte måste beaktas om den inte är ägnad att påverka domslutet, se domstolens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen C-302/99 P och C-308/99 P, kommissionen och Frankrike mot TF1 (REG 2001, s. I-5603), punkterna 26–29. Tanken bakom denna rättspraxis kan användas även som stöd för en processrättslig princip att det inte finns någon rätt till prövning av domskälen om detta inte kan påverka domslutet.

12 — I den mån det under vissa förutsättningar är möjligt att ta upp ett överklagande till sakprövning om det invänds att förstainstansrätten borde ha avvisat och inte ogillat talan, är detta inte relevant i förevarande fall (se punkterna 25–29 i generaladvokat Kokotts förslag till avgörande av den 15 februari 2007 i mål C-362/05 P, Wunenberger mot kommissionen (REG 2007, s. I-4333)). Kommissionens och Aseprofars yrkande riktas nämligen mot förstainstansrättens domskäl om förekomsten av ett syfte att begränsa konkurrensen och därmed mot den överklagade domen i sak. I vart fall syftar ett överklagande i vilket klaganden klandrar förstainstansrätten för att den inte avvisade en talan, trots att den borde ha gjort detta, till ett upphävande av domen och kan därför inte förstås som ett yrkande om att domskälen ska ändras (se domstolens dom av den 22 februari 2005 i mål C-142/02 P, kommissionen mot max.mobil (REG 2005, s. I-1283), punkterna 74 och 75).

försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte enligt artikel 81.1 EG har påverkat förstainstansrättens domskäl i fråga om möjligheten att bevilja undantag för de allmänna försäljningsvillkoren enligt artikel 81.3 EG.

B — *Upptagande till sakprövning av kommissionens såsom "anslutningsöverklagande" betecknade argumentation i mål C-501/06 P i anledning av GSK:s överklagande*

48. I mål C-501/06 P har kommissionen som svar på GSK:s överklagande anfört följande:

46. Även om detta skulle vara riktigt kan det av nyssnämnda skäl inte medföra att en klagande ska anses ha ett berättigat intresse av att få en rättslig prövning av omfattande yrkanden om ändring av domskälen. Det kan i så fall ske endast i den mån det påverkar den del av domslutet som går klaganden emot.

— För det första har kommissionen under rubriken "svar" besvarat de grunder som GSK har åberopat till stöd för yrkandet om upphävande av punkt 2 i domslutet och mot domskälen i den överklagade domen om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande verkan.

— För det andra har kommissionen under rubriken "anslutningsöverklagande" åberopat grunder som förstainstansrätten enligt kommissionen borde ha motiverat punkt 2 i domslutet med, nämligen att kommissionen med rätta hade funnit att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte.

47. De grunder som i kommissionens och Aseprofars överklaganden i målen C-513/06 P och C-519/06 P riktas mot de domskäl som rör de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte kan därmed inte beaktas som självständiga grunder för överklagandet. De kan beaktas endast inom ramen för yrkandet om upphävande av punkt 1 i domslutet i den överklagade domen, det vill säga i den omfattning som de riktas mot förstainstansrättens domskäl i fråga om artikel 81.3 EG.

— För det tredje har kommissionen, likaså under rubriken "anslutningsöverklagande", gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i domskälen om de allmänna försäljningsvillkorens konkur-

rensbegränsande verkan. Kommissionen har alltså påtalat fel i de domskäl som förstainstansrätten har lagt till grund för att bekräfta kommissionens slutsats i det angripna beslutet att de allmänna försäljningsvillkoren strider mot artikel 81.1 EG.

1. Kommissionens argument i fråga om syfte att begränsa konkurrensen

- För det fjärde har kommissionen i ”anslutningsöverklagandet” framställt ett yrkande om att punkt 1 i domslutet i den överklagade domen ska upphävas. Som grund för yrkandet har kommissionen anfört att förstainstansrätten felaktigt har upphävt artikel 2 i det angripna beslutet, i vilken kommissionen avslag ansökan om undantag enligt artikel 81.3 EG.

49. Jag kan först konstatera att kommissionens i första strecksatsen i föregående punkt nämnda svar på GSK:s grunder för överklagandet utan problem kan upptas till sakprövning såsom ett yrkande om att överklagandet ska ogillas i den mening som avses i artikel 116.1 första strecksatsen första alternativet i domstolens rättegångsregler. I det följande ska jag därför endast behandla de av kommissionens yrkanden och argument som har rubricerats som ”anslutningsöverklagande”.

50. Kommissionen har i anledning av GSK:s överklagande invänt att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i sina domskäl konstaterade att kommissionen felaktigt ansåg att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte. Enligt GSK:s uppfattning kan det argumentet inte tas upp till sakprövning.

a) Upptagande till sakprövning inom ramen för ett anslutningsöverklagande

51. Till att börja med är jag ense med GSK om att argumentet inte kan upptas till sakprövning inom ramen för ett anslutningsöverklagande enligt artikel 116.1 första strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler. I likhet med vad som gäller inom ramen för ett överklagande kan i princip inte heller inom ramen för ett anslutningsöverklagande endast domskälen i den överklagade domen angripas.¹³

13 — Se punkt 44 ovan.

b) Upptagande till sakprövning inom ramen för ett yrkande om att överklagandet ska ogillas

ämpning när det överklagade domslutet är riktigt.¹⁴

52. Kommissionen har emellertid under målets handläggning påpekat att argumentet i första hand var tänkt som ett svar på GSK:s överklagande. Enligt kommissionen ska dess argument därför inte förstås som ett anslutningsöverklagande enligt artikel 116.1 första strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler, utan som ett yrkande att GSK:s överklagande ska ogillas i den mening som avses i artikel 116.1 första strecksatsen första alternativet i rättegångsreglerna.

55. För det andra kan konstateras att det är en sådan situation som föreligger i detta fall. Artikel 81.1 EG förutsätter att ett avtal *alternativt* har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen.¹⁵ Kommissionen har grundat sitt konstaterande i artikel 1 i det angripna beslutet att de allmänna försäljningsvillkoren strider mot artikel 81.1 EG på att dessa villkor har *såväl* till syfte *som* till resultat att begränsa konkurrensen.

53. Jag kan här för det första konstatera att ett sådant argument mycket väl kan prövas inom ramen för ett yrkande att överklagandet ska ogillas i den mening som avses i artikel 116.1 första strecksatsen första alternativet i domstolens rättegångsregler. Det förhåller sig dock annorlunda inom ramen för ett överklagande enligt artikel 113.1 första strecksatsen i domstolens rättegångsregler eller ett anslutningsöverklagande enligt artikel 116.1 första strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler.

56. Förstainstansrätten ansåg visserligen inte att kommissionens motivering i frågan om syftet att begränsa konkurrensen var tillräcklig, men den ogillade ändå GSK:s överklagande eftersom den anslöt sig till kommissionens motivering om konkurrensbegränsande verkan. Med punkt 2 i domslutet godtog förstainstansrätten därför artikel 1 i det angripna beslutet.

54. Ett yrkande om att överklagandet ska ogillas kan nämligen grundas på en begäran att domskälen i den överklagade domen ska ändras. Domstolen kan nämligen ogilla ett överklagande inte endast i fall där den finner att domskälen i den överklagade domen inte innehåller någon felaktig rättstillämpning, utan även i fall där domstolen anser att domskäl i vilka förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning kan ersättas med domskäl utan felaktig rättstill-

57. Mot GSK:s överklagande, som riktas mot punkt 2 i domslutet i den överklagade domen,

14 — Domstolens domar av den 9 juni 1992 i mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen (REG 1992, s. I-3755), punkt 28, av den 19 maj 1994 i mål C-36/92 P, SEP mot kommissionen (REG 1994, s. I-1911; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-155), punkt 33, av den 15 december 1994 i mål C-320/92 P, Finsider mot kommissionen (REG 1994, s. I-5697), punkt 37, av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen (REG 2000, s. I-5843), punkt 58, och av den 26 mars 2009 i mål C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati mot kommissionen och Eurocontrol (REG 2009, s. I-2207), punkterna 66–68.

15 — Domstolens domar av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM (REG 1966, s. 282; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251), sidan 303 och följande sida, och av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkterna 13–15.

kunde kommissionen därmed i sin svars-skrivelse grunda ett yrkande om ogillande av GSK:s överklagande på att förstainstansrätten borde ha anslutit sig till kommissionens motivering om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte.

försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte.

c) Möjligheterna att beakta kommissionens argument

58. Frågan är därmed om kommissionens såsom "anslutningsöverklagande" rubricerade argument ska förstås som ett yrkande att överklagandet ska ogillas.

59. I motsats till GSK anser jag inte att ordvalet ska vara ensamt avgörande för den bedömningen, utan detta måste bero på vad som uppenbart har varit kommissionens avsikt. En sådan tolkning eller omkvalificering med ledning av partsviljan kan inte gå längre än till den punkt där tolkningen eller omkvalificeringen påverkar övriga parter rätt till försvar. Det kan vara fallet särskilt om avsikten inte har kommit till tillräckligt tydligt uttryck för övriga parter. Eftersom den del av framställningen som rubricerades som "anslutningsöverklagande" uppenbart syftade till ett ogillande av GSK:s överklagande med ändrade domskäl anser jag att det i detta fall är försvarbart att göra en omtolkning eller omkvalificering. Jag kan inte se att GSK:s rätt till försvar påverkas av detta. GSK har på ett omfattande sätt tagit ställning till förstainstansrättens domskäl om de allmänna

60. Oberoende av om ett omtolkat eller omkvalificerat "anslutningsöverklagande" kan upptas till sakprövning såsom ett yrkande att överklagandet ska ogillas, anser jag att innehållet i kommissionens framställning i fråga om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte kan beaktas. Domstolens befogenhet att ändra domskälen är nämligen inte beroende av att klaganden har yrkat detta.

61. Domskälen i en dom av förstainstansrätten kan visserligen inte ändras oberoende av om det finns anledning härtill, det vill säga utom ramen för ett överklagande. Om emellertid den del av domslutet överklagas som förstainstansrätten har underbyggt med den berörda delen av domskälen kan möjligheten att ändra dessa domskäl inte vara beroende av att motparten har begärt detta eller föreslagit vissa alternativa domskäl. Det skulle inte vara förenligt med vad som är domstolens roll enligt artikel 220 EG. I enlighet med den artikeln ska domstolen inom ramen för sin behörighet (och behörighet har den i ett mål om överklagande) säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget. Det finns enligt min mening endast ett förhållningssätt som är förenligt med detta, nämligen att domstolen inom ramen för ett överklagande ska kunna ändra domskäl i vilka förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, även om detta inte yrkas av motparten. Jag anser att min uppfattning bekräftas genom att det i de

fall som nämns i fotnot 14 har förekommit att domstolen har ändrat domskälen ex officio.

62. Eftersom domstolens befogenhet att ändra domskälen alltså inte är beroende av yrkande från part kan kommissionens argument rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte beaktas vid prövningen av GSK:s överklagande, även om kommissionens såsom "anslutningsöverklagande" rubricerade argument inte kan tolkas som eller omkvalificeras till ett yrkande att överklagandet ska ogillas.

d) Innehållsmässig överensstämmelse mellan kommissionens argument i målen C-513/06 P och C-501/06 P

63. Slutligen måste jag underkänna GSK:s invändning att den innehållsmässiga överensstämmelsen mellan kommissionens argument i dess överklagande i mål C-513/06 P och i dess svar på GSK:s överklagande i mål C-501/06 P utgör rättegångsmissbruk.

64. För det första är det fråga om två självständiga mål även om beslut har fattats att de ska förenas. För det andra ska invändningen underkännas redan därför att de aktuella

argumenten från kommissionen inte ska tas upp till sakprövning inom ramen för kommissionens överklagande i mål C-513/06 P.¹⁶ Något rättegångsmissbruk i form av en upprepning av argumenten i överklagandena såsom GSK har påstått föreligger alltså inte. För det tredje kan man av ovan nämnda skäl¹⁷ inte bortse från att kommissionen i mål C-501/06 P har ett intresse av att dess argument beaktas.

2. Kommissionens argument om konkurrensbegränsande verkan

65. Som framgår ovan¹⁸ har kommissionen i mål C-501/06 P i anledning av GSK:s överklagande åberopat ytterligare grunder avseende varför förstainstansrätten enligt kommissionens uppfattning har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sina domskäl om den konkurrensbegränsande verkan enligt artikel 81.1 EG. Även detta har kommissionen rubricerat som "anslutningsöverklagande".

66. I den mån som GSK gör gällande att detta argument inte kan upptas till sakprövning hänvisar jag till ovanstående motivering.¹⁹ Som ett anslutningsöverklagande skulle argumentet avvisas. När det gäller frågan om kommissionens argument kan beaktas, kan sägas att det visserligen är mindre näralig-

16 — Se punkt 44 ovan.

17 — Se punkterna 52–57 ovan.

18 — Se punkt 48 ovan.

19 — Se punkterna 50–62 ovan.

gande att tolka eller omkvalificera detta argument som ett yrkande att överklagandet ska ogillas än vad som är fallet med det ovan behandlade argumentet om konkurrensbegränsande syfte. Kommissionen har nämligen i detta sammanhang begränsat sig till en invändning om felaktig rättstillämpning utan att ange vilken alternativ motivering som skulle ersätta den påstått felaktiga motiveringen. En sådan invändning är i första hand riktad endast mot förstainstansrättens domskäl utan att syfta till att överklagandet ska ogillas. Det kan avhjälpas genom antagandet att kommissionen begär att den motivering som den anser vara felaktig ersätts med en motivering som bekräftar kommissionens egen motivering i det angripna beslutet i fråga om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande verkan. Under alla förhållanden kan även kommissionens argument i fråga om konkurrensbegränsande verkan beaktas med stöd av domstolens ovan redovisade befogenhet att ex officio förordna att grunderna ska ersättas²⁰, utan att domstolen behöver besluta i frågan om huruvida det såsom "anslutningsöverklagande" rubricerade argumentet ska tolkas som eller omkvalificeras till ett yrkande om att överklagandet ska ogillas.

3. Upptagande till sakprövning av kommissionens anslutningsöverklagande av punkt 1 i domslutet i den överklagade domen

67. Som framgått ovan²¹ har kommissionen likaså under rubriken "anslutningsöverklagande" yrkat att punkt 1 i domslutet i den överklagade domen upphävs. I detta fall är det faktiskt fråga om ett anslutningsöverklagande i den mening som avses i artikel 116.1 första

20 — Se punkterna 60–62 ovan.

21 — Se punkt 48 ovan.

strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler.

68. GSK anser att detta anslutningsöverklagande inte kan tas upp till sakprövning, eftersom kommissionen redan i sitt överklagande i mål C-513/06 P har yrkat att punkt 1 i domslutet i den överklagade domen upphävs. Möjligheterna att ge in ett överklagande och ett anslutningsöverklagande är enligt GSK inte kumulativa. Kommissionen åberopar att varje mål är självständigt samt att en part som själv har överklagat dessutom kan uppträda som intervenient i ett annat mål om överklagande av samma dom.

69. Kommissionens anslutningsöverklagande i mål C-501/06 P kan tas upp till sakprövning.

70. För det första har målen C-501/06 P och C-513/06 P trots att de förenats inte förlorat karaktären av självständiga mål. Tvärtom ska åberopade invändningar prövas i varje enskilt mål.

71. I motsats till GSK anser jag för det andra att hänsynen till processekonomiska synpunkter av princip inte får leda till att utövandet av ett i domstolens rättegångsregler föreskrivet rättsmedel anses utgöra rättegångsmissbruk.

72. För det tredje kan jag av ordalydelsen i artikel 116.1 första strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler

inte utläsa någon begränsning med innebörden att ett anslutningsöverklagande får ges in endast om parten i fråga inte har gett in något överklagande. Visserligen torde möjligheten att ge in ett anslutningsöverklagande ha praktisk betydelse framför allt i fall där en part vill avvakta med sitt överklagande till dess att han vet huruvida motparten överklagar domen. Något rekvisit av det slaget har dock inte ställts upp i artikel 116.1 första strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler. Det kan också tänkas att en part bestämmer sig för att inledningsvis ge in ett överklagande med endast vissa invändningar som grund, för att senare ge in ett anslutningsöverklagande med ytterligare invändningar som grund när detta föranleds av att motparten har gett in sitt överklagande. En sådan åtgärd låter sig väl förenas med ordalydelsen i och syftet med artikel 116.1 första strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler.

73. För det fjärde anser jag i motsats till GSK att vare sig principen om ett koncentrerat rättsligt förfarande eller principen att nya grunder för överklagandet prekluderas sedan fristen för överklagande har löpt ut talar mot att överklagande och anslutningsöverklagande får ges in kumulativt. Enligt artikel 116.1 första strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler kan en part i ett anslutningsöverklagande yrka att förstainstansrättens dom helt ska upphävas även när fristen för att ge in ett överklagande redan har löpt ut.²² Av den omständigheten att domstolens rättegångsregler ger en part rätt att i full omfattning angripa en dom genom ett anslutningsöverklagande trots att överklagandefristen har löpt ut följer enligt min mening

att hänsyn till principen om ett koncentrerat rättsligt förfarande och principen om preklusion av nya grunder inte hindrar att en part som redan har gett in ett överklagande också kan ge in ett anslutningsöverklagande.

74. Slutligen måste jag underkänna även GSK:s invändning om rättegångsmissbruk bestående i att kommissionens överklagande i mål C-513/06 P och anslutningsöverklagande i mål C-501/06 P i stor utsträckning har samma innehåll. Även i detta sammanhang får jag hänvisa till att det är fråga om olika självständiga mål.²³

C — Slutsatser

75. Som ett resultat av min prövning konstaterar jag att kommissionens och Aseprofars argument i mål C-513/06 P och C-519/06 P i fråga om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte inte kan tas upp till sakprövning, eftersom det endast är fråga om en begäran om ändring av motiveringen i den överklagade domen.

76. Däremot kan kommissionens argument i fråga om förstainstansrättens domskäl om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrens-

22 — Domstolens dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (REG 1994, s. I-1981), punkt 72.

23 — Se punkt 70 ovan.

begränsande syfte och konkurrensbegränsande verkan beaktas fullt ut vid prövningen av GSK:s överklagande i mål C-501/06 P. Detsamma gäller Aseprofars²⁴, EAEPK:s och Polens motsvarande argument i det målet.

77. Den omständigheten att kommissionen har gett in ett överklagande i mål C-513/06 P innebär inte att kommissionens anslutningsöverklagande i mål C-501/06 P inte kan tas upp till sakprövning.

V — GSK:s överklagande i mål C-501/06 P

78. GSK:s överklagande i mål C-501/06 P riktas i huvudsak mot punkt 2 i domslutet i den överklagade domen. Förstainstansrätten har där ogillat GSK:s talan såvitt den avsåg upphävande av artikel 1 i det angripna beslutet. I artikel 1 i det angripna beslutet slog kommissionen fast att GSK:s allmänna försäljningsvillkor åsidosatte artikel 81.1 EG.

79. Innan jag påbörjar min prövning av överklagandet vill jag för det första peka på den särskilda omständigheten att kommissionen, Aseprofar, EAEPK och Republiken Polen har yrkat att domskälen i den överklagade domen

rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte ska ändras. De har således i mål C-501/06 P yrkat att GSK:s överklagande ska ogillas med ändring av domskälen rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte.²⁵ För det andra vill jag peka på att artikel 81.1 EG har en sådan struktur att det först ska prövas huruvida ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, och att det endast om så inte kan antas vara fallet måste prövas om avtalet har konkurrensbegränsande verkan.²⁶

80. Dessa omständigheter motiverar att jag först undersöker huruvida förstainstansrättens domskäl rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte utgör felaktig rättstillämpning och om det är befogat att ändra domskälen. Om förstainstansrättens domskäl, enligt vilka kommissionen inte hade fog för slutsatsen att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte, ersätts med en motivering enligt vilken kommissionen med rätta hade funnit att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte, skulle nämligen redan det utgöra grund för att ogilla GSK:s överklagande.²⁷ I så fall kan GSK inte längre vinna bifall på sin grund för överklagandet eftersom den grunden tar sikte på domskälen rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande verkan.

24 — Aseprofar har i svaret på GSK:s överklagande i mål C-501/06 P hänvisat till sin skrivelse med överklagande i mål C-519/06 P.

25 — I fråga om detaljerna får jag hänvisa till redogörelsen i punkterna 52–57 ovan.

26 — Domen i målet LTM (ovan fotnot 15) s. 303, och dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 322; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277), s. 390.

27 — Se punkt 54 ovan.

81. Jag ska därmed pröva om förstainstansrättens domskäl i fråga om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte utgör felaktig rättstillämpning (A). Om så är fallet prövar jag i ett nästa steg huruvida domstolen inom ramen för sin behörighet i samband med ett överklagande kan ersätta de domskäl som bygger på felaktig rättstillämpning med domskäl som innebär att kommissionen med rätta har funnit att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte (B). Om det skulle finnas förutsättningar för en sådan ändring av domskälen kommer GSK:s grunder för överklagandet, vilka tar sikte på förstainstansrättens domskäl i fråga om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande verkan, inte att vara relevanta eftersom GSK inte längre kan ifrågasätta punkt 2 i domslutet (C).

A — Felaktig rättstillämpning i förstainstansrättens domskäl rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte

82. Kommissionen, Aseprofar, EAEPK och Republiken Polen har gjort gällande att förstainstansrättens domskäl rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte utgör felaktig rättstillämpning. Jag ska därför först kort behandla de aktuella domskälen (1) samt begreppet syfte att begränsa konkurrensen (2). Med detta som grund ska jag pröva vilka eventuella brister som finns i den berörda delen av den överklagade domen (3).

1. Motiveringen i den överklagade domen rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte

83. Förstainstansrätten prövade i punkterna 114–147 i den överklagade domen huruvida kommissionen med rätta drog slutsatsen att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte. Förstainstansrätten har till att börja med konstaterat att GSK har infört de allmänna försäljningsvillkoren i syfte att begränsa parallellhandeln, och att avtal som syftar till att missgynna parallellhandel i princip ska anses ha konkurrensbegränsande syfte.²⁸

84. Enligt förstainstansrätten kunde emellertid slutsatsen om ett konkurrensbegränsande syfte i detta fall inte endast grunda sig på den omständigheten att de allmänna försäljningsvillkoren har till syfte att begränsa parallellhandeln. Frågan om huruvida artikel 81.1 EG är tillämplig i förevarande fall kan enligt förstainstansrätten inte avgöras genom att uteslutande beakta huruvida de allmänna försäljningsvillkoren har till syfte att begränsa parallellhandeln med läkemedel och därmed påverka handeln mellan medlemsstaterna, utan det är också nödvändigt att bedöma huruvida de allmänna försäljningsvillkoren har till syfte eller till verkan att hindra, begränsa eller snedvräta konkurrensen på marknaden i fråga till nackdel för slutkonsumenten.²⁹ Ett syfte att begränsa konkurrensen genom en begränsning av parallellhandeln kan antas föreligga endast om det kan antas att denna begränsning gör att slutkonsumenterna förlorar fördelarna med en effektiv konkurrens.³⁰

²⁸ — Punkterna 114–116 i den överklagade domen.

²⁹ — Punkterna 117–119 i den överklagade domen.

³⁰ — Punkt 121 i den överklagade domen.

85. Med hänsyn till det rättsliga och ekonomiska sammanhanget i det föreliggande fallet kunde det enligt förstainstansrätten inte antas att de allmänna försäljningsvillkoren berövar slutkonsumenterna av läkemedel dessa fördelar.³¹

86. I sammanhanget uttalade förstainstansrätten att det kunde antas att de spanska mellanhänderna behöll den fördel som parallellhandeln kunde innebära med avseende på priser och att denna inte kom slutkonsumenterna till godo.³²

87. Vidare ansåg förstainstansrätten att kommissionen inte vid något tillfälle hade undersökt vad som specifikt och väsentligt kännetecknar läkemedelsbranschen, nämligen att priserna på varorna i fråga kontrolleras av medlemsstaterna, som direkt eller indirekt fastställer den prisnivå som de tycker är lämplig, och gör det på nivåer som är strukturellt olika, samt att varornas pris till skillnad från priset på andra konsumtionsvaror i vilket fall som helst i hög grad inte

omfattas av det fria samspelet mellan utbud och efterfrågan.³³ På grund av detta kunde det inte antas att parallellhandeln påverkar det pris som de som är slutkonsumenter för de läkemedel som ersätts av de nationella sjukförsäkringssystemen betalar och därmed ger dem en betydande fördel på samma sätt som om dessa priser bestämdes genom spelet mellan utbud och efterfrågan.³⁴

88. På grundval av dessa konstateranden ansåg förstainstansrätten att kommissionens huvudsakliga slutsats att de allmänna försäljningsvillkoren syftar till att begränsa konkurrensen saknade fog. Priserna på läkemedlen i fråga saknar i hög grad anknytning till det fria samspelet mellan utbud och efterfrågan på grund av att dessa fastställs i lag eller kontrolleras av myndigheter, varför det inte kan anses fastställt att parallellhandeln syftar till att sänka priserna och på detta sätt förbättra slutkonsumenternas välbefinnande. En analys av de allmänna försäljningsvillkorens ordalydelse mot bakgrund härav ger inte anledning att anta att en begränsning av parallellhandeln också syftar till att minska slutkonsumenternas välbefinnande. I denna tämligen ovanliga situation går det således inte att genom att läsa de allmänna försäljningsvillkorens ordalydelse mot bakgrund av det sammanhang i vilka de ingår i dra slutsatsen att avtalet begränsar konkurrensen, och dess verkan måste med nödvändighet också beaktas, om inte annat för att pröva huruvida det som tillsynsmyndigheten härigenom har utläst är korrekt.³⁵

31 — Punkt 122 i den överklagade domen.

32 — Punkt 122 i den överklagade domen.

33 — Punkt 133 i den överklagade domen.

34 — Punkt 134 i den överklagade domen.

35 — Punkt 147 i den överklagade domen.

2. Begreppet syfte att begränsa konkurrensen

89. Enligt rättspraxis ska alternativen syfte eller resultat att begränsa konkurrensen enligt artikel 81.1 EG prövas i två steg. Om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte behöver bevisning inte föras om avtalets konkurrensbegränsande verkan.³⁶ De faktiska verkningarna av ett avtal behöver alltså inte beaktas om det framgår att avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte.³⁷ Ett sådant avtal omfattas nämligen av artikel 81.1 EG även när det inte har några konkurrensbegränsande verkningar på marknaden.³⁸ Därmed står det klart att det alternativa rekvisitet syfte att begränsa konkurrensen i artikel 81.1 EG innebär att det är fråga om ett faredelikt.³⁹

90. Ett syfte att begränsa konkurrensen föreligger om avtalet i sig är ägnat att begränsa konkurrensen.⁴⁰ Så är fallet om avtalet med hänsyn till det rättsliga och ekonomiska

sammanhang som det ingår i är konkret ägnat och benäget att leda till skadliga verkningar på konkurrensen.

91. Erfarenheten visar att vissa typer av avtal med största sannolikhet har negativa verkningar på marknaden och äventyrar de mål som eftersträvas med gemenskapens konkurrensregler. I dessa fall framträder det konkurrensbegränsande syftet som faredelikt särskilt tydligt, eftersom vissa typer av avtal (exempelvis fastställande av priser, uppdelning av kunder, vertikal prisbindning) erfarenhetsmässigt är avtal som anses ha till syfte att begränsa konkurrensen utan att deras konkreta verkningar undersöks. En sådan kategorisering ger rättssäkerhet, dock alltid under förutsättning att det rättsliga och ekonomiska sammanhang som avtalet ingår i inte talar mot en sådan standardiserad bedömning.⁴¹

92. Begreppet syfte att begränsa konkurrensen är emellertid inte begränsat till vissa typer av avtal utan omfattar även sådana avtal som enligt ekonomisk sakkunskap kan förmodas medföra tillräckligt stor skada för konkurrensen.⁴² En sådan bedömning förutsätter att det rättsliga och ekonomiska sammanhang som avtalet ingår i beaktas. Denna situation har alltså innehållsmässigt en viss likhet med prövningen av ett avtals konkurrensbegrän-

36 — Domen i målet LTM (ovan fotnot 15), s. 303, och domen i målet Consten och Grundig mot kommissionen (ovan fotnot 26), s. 390.

37 — Fast rättspraxis efter domen i målet Consten och Grundig mot kommissionen (ovan fotnot 26), sidan 390 och följande sida, se domar av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 261, av den 20 november 2008 i mål C-209/07, Beef Industry Development Society och Barry Brothers (REG 2008, s. I-8637), punkt 16, och av den 18 december 2008 i de förenade målen C-101/07 P och C-110/07 P, Coop de France Bétail et Viande mot kommissionen (REG 2008, s. I-10193), punkt 87.

38 — Domar av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125), punkt 122, av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen (REG 1999, s. I-4287), punkt 163, och av den 8 juli 1999 i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen (REG 1999, s. I-4539), punkt 123.

39 — Se punkt 46 i mitt förslag till avgörande i målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers (ovan fotnot 37).

40 — Dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller International Schallplatten mot kommissionen (REG 1978, s. 131), punkt 7, och av den 4 juni 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands BV (REG 2009, s. I-4529), punkt 31.

41 — Domen i målet LTM (ovan fotnot 15), s. 303, förstinstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. II-3141), punkt 136.

42 — Domen i målet LTM (ovan fotnot 15), s. 303.

sande verkan.⁴³ Skillnaden mot prövningen av ett avtals konkurrensbegränsande verkan är emellertid den, att vid konkurrensbegränsande syfte är det negativa ingreppet i marknadsförhållandena så uppenbart att en konkurrensbegränsande verkan kan antas föreligga utan att det görs någon ingående marknadsanalys.

93. För att fastställa om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte ska särskilt avtalets innehåll, dess objektiva syfte, det rättsliga och ekonomiska sammanhang som det ingår i samt parternas uppträdande beaktas. Även partsavsikten kan tjäna som indicium.⁴⁴

94. Om avtalet inte har ett konkurrensbegränsande syfte är det enligt artikel 81.1 EG förbjudet endast om det vid en undersökning av avtalets faktiska och/eller potentiella verkningar på den eller de relevanta marknaderna styrks att avtalet har till resultat att begränsa konkurrensen.⁴⁵

43 — Det beror på att även ett avtals *potentiella* effekter måste beaktas inom ramen för prövningen av ett avtals konkurrensbegränsande verkan, se punkt 94 nedan.

44 — Domen i målet LTM (ovan fotnot 15), s. 303, dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 3369), punkt 25, domen i målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers (ovan fotnot 37), punkterna 16 och 21, domen i målet Miller mot kommissionen (ovan fotnot 40), punkt 7, dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink mot kommissionen (REG 1984, s. 1679), punkt 26, och dom av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen (REG 2006, s. I-3173), punkterna 66, 77 och 78.

45 — Domen i målet LTM (ovan fotnot 15), s. 303.

3. Felaktig rättstillämpning

95. Kommissionen, Aseprofar, EAEPK och Republiken Polen framställer på en rad punkter påståenden om felaktig rättstillämpning, särskilt vad gäller tolkningen av uttrycket syfte att begränsa konkurrensen (a) och kravet på att det rättsliga och ekonomiska sammanhanget ska beaktas (b).

a) Felaktig rättstillämpning vid tolkningen av uttrycket syfte att begränsa konkurrensen

i) Konstaterandet att avtal med slutligt syfte att begränsa parallellhandeln endast i princip ska anses ha till syfte att begränsa konkurrensen

96. Kommissionen, Aseprofar och EAEPK har särskilt klandrat förstainstansrättens uttalanden i punkterna 115, 116 och 121 i den överklagade domen om att avtal med slutligt syfte att begränsa parallellhandeln endast *i princip* ska anses ha till syfte att begränsa konkurrensen.

97. Denna invändning ska underkännas.

98. Visserligen anses avtal varigenom parallellhandeln begränsas enligt domstolens rättspraxis typiskt sett utgöra avtal som syftar till att begränsa konkurrensen.⁴⁶ Emellertid ska som jag redan har påpekat⁴⁷ det rättsliga och ekonomiska sammanhang som avtalet ingår i alltid beaktas. Såvitt detta förbehåll kommer till uttryck genom uttrycket ”i princip” kan förstainstansrätten inte kritiseras för en felaktig rättstillämpning.

ii) Antagande om konkurrensbegränsande verkan

99. Kommissionen, Aseprofar och EAEPC har invänt att förstainstansrätten särskilt i punkterna 121, 122 och 134 i den överklagade domen grundar slutsatsen om ett konkurrensbegränsande syfte på att avtalet måste kunna *antas* ha konkurrensbegränsande verkan.

100. Inte heller dessa konstateranden av förstainstansrätten utgör felaktig rättstillämpning.

46 — Se särskilt domen i målet IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 44), punkterna 23–27, dom av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico (REG 1998, s. I-1983), punkterna 13 och 14, och domen i målet General Motors mot kommissionen (ovan fotnot 44), punkterna 67–69. Om domen i målet Sot. Lélos kai Sia (ovan fotnot 2), se punkt 153 nedan.

47 — Se punkt 91 ovan.

101. På grund av de följder som kan drabba ett företag vid en överträdelse av artikel 81.1 EG får begreppet konkurrensbegränsande syfte inte tolkas alltför vidsträckt.⁴⁸ Det kommer till uttryck i förutsättningen att en konkurrensbegränsning måste antas föreligga. Jag kan inte se någon väsentlig skillnad mellan det ovan berörda bedömningskriteriet huruvida ett avtal erfarenhetsmässigt har potentiellt negativa återverkningar på konkurrensen⁴⁹ och det bedömningskriterium som förstainstansrätten har tillämpat, enligt vilket det ska fastställas huruvida avtalet kan antas ha konkurrensbegränsande verkan. Så länge det inom ramen för antagandet inte krävs någon bevisning om den potentiella verkan utgör det inte en felaktig rättstillämpning att tillämpa detta bedömningskriterium.

iii) Beaktandet av nackdelar för slutkonsumenten

102. Aseprofar och kommissionen har vidare invänt mot vad förstainstansrätten funnit i punkterna 118, 119, 133, 134 och 147 i den överklagade domen. I dessa punkter konstaterade förstainstansrätten i huvudsak att det i det aktuella fallet är nödvändigt att analysera huruvida de allmänna försäljningvillkoren har till syfte eller till resultat att begränsa konkurrensen på marknaden i fråga *till nackdel för slutkonsumenten*. Kommissionen kunde därför inte anta att de allmänna försäljningvillkoren har till syfte att begränsa konkurrensen, eftersom den inte utan en prövning av

48 — Domstolens dom av den 29 februari 1968 i mål 24/67, Parke (REG 1968, s. 86; svensk specialutgåva, volym 1, s. 329), s. 112.

49 — Se ovan punkt 90.

försäljningsvillkorens verkningar kunde anta att de begränsar konkurrensen till nackdel för slutkonsumenten. Eftersom priserna på läkemedel på grund av de statliga prisregleringarna i hög grad inte omfattas av det fria samspelet mellan utbud och efterfrågan utan fastställs och kontrolleras av statliga myndigheter, kunde det enligt förstainstansrätten inte anses fastställt att parallellhandeln syftar till att sänka priserna för slutkonsumenterna.

103. Aseprofar och kommissionen har med rätta invänt mot förstainstansrättens konstateranden och slutsatser i de nämnda punkterna. I den utsträckning som förstainstansrätten har krävt att det analyseras huruvida det uppstår en nackdel för slutkonsumenten ligger en felaktig rättstillämpning till grund för tolkningen av begreppet syfte att begränsa konkurrensen.

104. Jag kan *först* konstatera att artikel 81.1 EG enligt sin ordalydelse endast förutsätter att avtalet har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen. I ordalydelsen finns alltså inget stöd för att det

utöver förekomsten av en konkurrensbegränsning måste göras en analys av huruvida avtalet har till syfte eller resultat att medföra nackdelar för slutkonsumenten.⁵⁰

105. *Vidare* måste, såsom Aseprofar korrekt har anfört, hänsyn tas till systematiken i artikel 81 EG. Enligt artikel 81.1 EG är avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen principiellt förbjudna. Enligt artikel 81.3 EG får ett avtal undantas från förbudet enligt artikel 81.1 EG endast om fyra kumulativa villkor är uppfyllda. Villkoren är *för det första* att avtalet bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, *för det andra* att konsumenten tillförsäkras en skäligen andel av den vinst som därigenom uppnås, *för det tredje* att de berörda företagen inte åläggs begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål, och *för det fjärde* att dessa företag inte ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

106. Enligt systematiken i artikel 81 EG är konsumenternas delaktighet i den vinst som uppnås genom ett avtal sålunda ett villkor som ska beaktas enligt artikel 81.3 EG. Av artikel 81.3 EG framgår att sådana avtal som tillförsäkrar konsumenterna en skäligen andel av den vinst som uppnås genom avtalet kan beviljas undantag endast om också de övriga villkoren enligt artikel 81.3 EG är uppfyllda.

50 — Domen i målet T-Mobile Netherlands BV (se ovan fotnot 40). Säcker, F. J., och Molle, A., i Hirsch, G., Montag, F., och Säcker, F. J., *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Beck, 2007, artikel 81, punkt 490.

Mot den bakgrunden anser jag inte att det är förenligt med regelsystematiken i artikel 81 EG att göra förekomsten av ett syfte att begränsa konkurrensen beroende av att det visas att avtalet är till nackdel för slutkonsumenten.⁵¹

107. Det betyder inte att avtalets verkningar för slutkonsumenterna inte alls kan beaktas inom ramen för artikel 81.1 EG. Det måste dock vara fråga om aspekter som gör att fråga uppkommer om huruvida det föreligger en *begränsning* av konkurrensen.⁵² Här vill jag påpeka att förekomsten av en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 81.1 EG inte sätts i fråga av det förhållandet att det eventuellt uppstår fördelar för slutkonsumenten genom att GSK tack vare begränsningen av parallellhandeln får tillgång till större ekonomiska resurser för forskning och utveckling av nya läkemedel. Även om sådana fördelar kan förstärka konkurrensen mellan läkemedelsproducenterna ska de inte beaktas inom ramen för artikel 81.1 EG utan inom ramen för artikel 81.3 EG.⁵³

51 — Se även domen i målet *Société Technique Minière* (ovan fotnot 41), s. 304, och förstainstansrättens dom av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. II-2459), punkterna 72–77.

52 — Se till exempel domstolens dom av den 8 juni 1982 i mål 258/78, *Nungesser och Eisele* mot kommissionen (REG 1982, s. 2015), punkterna 57 och 58.

53 — Se härom även punkt 57 i mitt förslag till avgörande i målet *Beef Industry Development Society och Barry Brothers* (ovan fotnot 37).

108. Av det skälet får jag underkänna även GSK:s argument att ett konkurrensbegränsande syfte inte föreligger om det inte kan antas att ett avtal enligt de allmänna försäljningsvillkoren är till nackdel för konsumenterna. Begreppet syfte att begränsa konkurrensen förutsätter att avtalet potentiellt kan innebära en tillräcklig påverkan på konkurrensen, men inte att avtalet vid en helhetsbedömning kan anses vara till nackdel för konsumenterna. Vid en prövning om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte är det därför inte relevant att likställa nackdelar för konsumenterna som följer av avtal som begränsar parallellhandeln på läkemedelsområdet med sådana nackdelar som följer av avtal som syftar till allvarliga konkurrensbegränsningar, vilka normalt inte kan meddelas undantag enligt artikel 81.3 EG. En sådan tolkning strider nämligen mot strukturen i artikel 81 EG. Begreppet syfte att begränsa konkurrensen kan inte begränsas till att omfatta endast särskilt allvarliga eller typiska konkurrensbegränsningar.⁵⁴

109. Jag vill med hänvisning till strukturen i artikel 81 EG även underkänna GSK:s argument att avtal med konkurrensbegränsande syfte enligt artikel 81.1 EG helt ska likställas med per se-förbudet enligt den amerikanska konkurrenslagstiftningen.⁵⁵

54 — Se härom punkt 49 i mitt förslag till avgörande i målet *Beef Industry Development Society och Barry Brothers* (ovan fotnot 37).

55 — A.a. Se härom även *Bellamy & Child*, *European Community Law of Competition*, Oxford, sjätte upplagan, 2008, fotnot 291 till punkt 2.069.

110. Försiktighet är enligt min mening påkallad även när slutsatser dras av jämförelser med domar som rör artikel 82 EG. Visserligen går det av sådana domar att finna ledning för bedömningen om och i vilken mån en begränsning av parallellhandeln innebär en konkurrensbegränsning.⁵⁶ Utifrån en bedömning att ensidiga åtgärder som vidtas av ett företag med dominerande ställning på marknaden och som begränsar parallellhandeln med läkemedel under vissa förutsättningar inte ska anses utgöra missbruk av en dominerande ställning går det inte utan vidare att dra slutsatsen att ett avtal som begränsar parallellhandeln med läkemedel inte har till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 81.1 EG. För det första sker nämligen bedömningen av huruvida en ensidig åtgärd utgör missbruk enligt artikel 82 EG enligt andra kriterier än prövningen av huruvida ett avtal är förenligt med artikel 81 EG. För det andra utgör frågan vad som är missbruk enligt artikel 82 EG resultatet av en omfattande prövning, medan bedömningen om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte endast utgör det första ledet i prövningen enligt artikel 81 EG.

111. Det är *vidare* i och för sig riktigt att den ordning utan snedvriden konkurrens som är ett mål enligt artikel 3.1 g EG har som ett mål att ge konsumenterna bästa möjliga utbud genom att skadliga privata konkurrensbegränsningar undanröjs. Det betyder dock inte att det redan vid prövningen om ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte

måste undersökas om avtalet medför konkreta nackdelar för slutkonsumenterna.

112. Ett syfte att begränsa konkurrensen kan antas föreligga redan om avtalet med hänsyn till det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket det ingår potentiellt kan innebära en tillräckligt negativ påverkan på konkurrensen.⁵⁷ Artikel 81.1 EG skyddar konkurrensen i alla marknadsled.⁵⁸ I förevarande fall skyddas den konkurrens inom märket (*intra-brand competition*) som uppstår genom att direktköparna av läkemedel, det vill säga sjukhus och apotek, har möjlighet att få leveranser av GSK:s läkemedel inte endast från mellanhänderna i destinationsländerna utan via parallellhandeln även från de spanska mellanhänderna. Det är nämligen inte endast konkurrensbegränsningar på den marknad där slutkonsumenterna är verksamma som avnämare utan även konkurrensbegränsningar i föregående marknadsled som i princip är ägnade att medföra nackdelar för slutkonsumenterna.

113. Fördelar som uppkommer på grund av konkurrens i ett tidigare marknadsled kan nämligen föras vidare till slutkonsumenterna, särskilt om det finns en effektiv konkurrens i det senare marknadsledet. Dessutom innebär inte den omständigheten att konkurrens saknas eller är otillräcklig i det senare marknadsledet att en konkurrensbegränsning

⁵⁷ — Se punkt 90 ovan.

⁵⁸ — Domen i målet Consten och Grundig mot kommissionen (ovan fotnot 26), sidan 386 och följande sidor, dom av den 24 oktober 1995 i mål C-266/93, Volkswagen och VAG Leasing (REG 1995, s. I-3477), punkt 17, och domen i målet Javico (ovan fotnot 46), punkt 11.

⁵⁶ — Se härom punkterna 52–57 i domen i målet Sot. Lélous kai Sia (ovan fotnot 2), som jag ska gå mer in på i punkt 154 nedan.

i det tidigare marknadsledet inte omfattas av artikel 81.1 EG. Problemet att fördelarna av konkurrensen i ett tidigare marknadsled inte förs vidare till slutkonsumenterna på grund av bristande konkurrens i ett senare marknadsled bör nämligen lösas i det marknadsled där problemet förekommer. Det förhållandet att fördelarna av konkurrensen i det tidigare marknadsledet på grund av bristande konkurrens i det senare marknadsledet inte förs vidare till slutkonsumenterna kan emellertid beaktas vid bedömningen enligt artikel 81.3 EG av avtalet i fråga.

114. Mot förstainstansrättens synsätt talar *dessutom* att det berövar det konkurrensbegränsande syftet som ett alternativt rekvisit i artikel 81.1 EG en del av dess ändamålsenliga verkan. Begreppet syfte att begränsa konkurrensen omfattar utan vidare fall då det är fråga om konkurrens på en marknad där konsumenterna direkt efterfrågar produkten i fråga. Med förstainstansrättens synsätt blir det också betydligt svårare att göra ett antagande om konkurrensbegränsande syfte om konkurrensen begränsas i ett tidigare marknadsled.

115. Med tilltagande avstånd från det marknadsled där slutkonsumenterna efterfrågar slutprodukten försvåras möjligheten att bedöma huruvida en konkurrensbegränsning i ett tidigare marknadsled är till nackdel för slutkonsumenterna på ett märkbart sätt. Vid en viss punkt torde en sådan bedömning knappast vara möjlig att göra utan en marknadsanalys. Med en marknadsanalys skulle emellertid gränsen mellan konkurrensbegränsande syfte och konkurrensbegränsande resultat överskridas.

116. Förstainstansrättens synsätt leder alltså till att avtal som ingås i ett marknadsled som befinner sig på ett visst avstånd från det marknadsled där slutkonsumenterna efterfrågar slutprodukten inte omfattas av förbudet mot avtal med konkurrensbegränsande syfte, utan endast omfattas av förbudet mot avtal med konkurrensbegränsande verkan.

117. Förstainstansrättens tolkning grundar sig på felaktig rättstillämpning och den har *för övrigt* inte stöd av den rättspraxis som förstainstansrätten har hänvisat till i punkt 118 i den överklagade domen. I punkt 115 i dom av den 7 juni 2006 i målen Österreichische Postsparkasse mot kommissionen⁵⁹ har förstainstansrätten nämligen endast konstaterat att syftet med artikel 81 EG slutligen är att främja konsumentens välbefinnande och i samband med artikel 81.3 EG nämnt att konsumenterna ska tillförsäkras en skälig andel av vinsten. Inte heller domen i målet Consten och Grundig mot kommissionen⁶⁰ kan ligga till grund för en sådan tolkning av begreppet syfte att begränsa konkurrensen som förstainstansrätten har gjort i den överklagade domen.

118. Förstainstansrätten har därmed gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tolkningen av begreppet syfte att begränsa konkurrensen genom att slå fast att det för att konstatera förekomsten av ett sådant syfte

59 — Förenade målen T-213/01 och T-214/01 (REG 2006, s. II-1601).

60 — Ovan fotnot 36.

i förevarande fall krävs att det görs en bedömning av huruvida avtalet har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen på marknaden i fråga till nackdel för slutkonsumenterna.

iv) Den begränsade utsträckning i vilken parallellhandels fördelar för slutkonsumenterna beaktades

119. Enligt den felaktiga rättstillämpning som förstainstansrättens synsätt innebär krävs det visserligen att nackdelarna för slutkonsumenterna ska bedömas, men detta innebär enligt min mening ett ytterligare fall av felaktig rättstillämpning, eftersom förstainstansrättens synsätt grundar sig på en alltför snäv tolkning av de fördelar för slutkonsumenterna som skyddas av artikel 81 EG.

120. Aseprofar och kommissionen har invänt att förstainstansrätten inte har haft fog för att begränsa sig till att endast beakta parallellhandels effekter på de priser som tas ut av slutkonsumenterna. Aseprofar och kommissionen har därvid åberopat att det finns ytterligare fördelar för slutkonsumenterna som skyddas av artikel 81 EG. De pekar bland annat på att sjukförsäkringssystemen på grund av parallellhandeln kan minska kostnaderna för läkemedel.

121. I motsats till GSK anser jag inte att denna invändning ska avvisas såsom en redogörelse för faktiska omständigheter som inte är tillåten i målet om överklagande. Aseprofar och kommissionen har nämligen i första hand invänt att förstainstansrätten har varit alltför restriktiv med att beakta de fördelar för slutkonsumenterna som skyddas av artikel 81 EG och därmed gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 81 EG. Invändningen har också fog för sig. Enligt artikel 81 EG omfattas nämligen alla fördelar för slutkonsumenterna som kan uppkomma i en ordning där konkurrensen inte är snedvriden, det vill säga alla direkta och indirekta prisfördelar liksom alla direkta och indirekta fördelar som inte har samband med priser.

122. Förstainstansrätten har i punkterna 133, 134 och 147 endast beaktat de allmänna försäljningsvillkorens effekter på de priser som tas ut av slutkonsumenterna och därför funnit att kommissionens motivering grundade sig på felaktig rättstillämpning, eftersom denna aspekt inte hade beaktats. Förstainstansrätten har därmed felbedömt räckvidden av det skydd som enligt artikel 81 EG ges åt fördelarna för slutkonsumenterna.

v) Slutsats

123. Jag kan konstatera att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tolkningen av begreppet syfte att begränsa konkurrensen.

124. Redan denna felaktiga rättstillämpning är enligt min mening sådan att förstainstansrättens domskäl angående de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte bör ändras. Jag behöver därför i princip inte undersöka de ytterligare invändningar som har framförts. Det ska dock observeras att domstolen vid ändring av domskälen måste ha stöd av de faktiska omständigheter som förstainstansrätten har fastställt.⁶¹ Jag ska därför gå in på de invändningar som framförts i frågan om hur förstainstansrätten har beaktat det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de allmänna försäljningsvillkoren ingår.

b) Beaktandet av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget

125. Kommissionen, Aseprofar, EAEPK och Republiken Polen har kritiserat hur förstainstansrätten har beaktat det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de allmänna försäljningsvillkoren ingår i. En huvudpunkt i kritiken är att förstainstansrätten i domskälen rörande frågan om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren har till syfte att begränsa konkurrensen utgick från ett annat rättsligt och ekonomiskt sammanhang än det som användes i domskälen rörande frågan om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren har konkurrensbegränsande verkan. Det har härvid framför allt gjorts gällande misstolkning av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget, missuppfattning av de faktiska omständigheterna och motsägelser i motiveringen. GSK har genmält att dessa invändningar i stor utsträckning är sådana att

de inte kan tas upp till sakprövning inom ramen för ett överklagande, eftersom de syftar till en överprövning av de sakomständigheter som förstainstansrätten har fastställt. GSK har för övrigt framfört samma invändningar med omvänd innebörd, nämligen att förstainstansrätten har gjort fel i den del av domen som rör de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande verkan och inte i den del av domen som rör dessa villkors konkurrensbegränsande syfte.

126. Jag måste först underkänna invändningen att förstainstansrätten gjorde fel vad gäller det rättsliga och ekonomiska sammanhanget genom att utgå från att detta sammanhang kan vara ett annat vid prövningen av det konkurrensbegränsande syftet än vid prövningen av den konkurrensbegränsande verkan. Såsom framgår av punkt 110 i den överklagade domen utgick förstainstansrätten korrekt från att samma rättsliga och ekonomiska sammanhang ska beaktas såväl vid prövningen av ett avtals konkurrensbegränsande syfte som vid prövningen av dess konkurrensbegränsande verkan.⁶²

127. När det gäller övriga invändningar gör jag en åtskillnad mellan förstainstansrättens antagande i punkt 122 tredje meningen i den överklagade domen att mellanhänderna behåller den fördel i prishänseende som parallellhandeln skulle kunna medföra så att denna fördel inte kommer slutkonsumenten

61 — Se om detta punkt 140 nedan.

62 — Se domen i målet LTM (ovan fotnot 15), s. 303.

terna till godo (i) och förstainstansrättens övriga konstateranden (ii).

i) Antagandet att mellanhänderna behåller den fördel i prishänseende som parallellhandeln skulle kunna medföra så att denna fördel inte kommer slutkonsumenterna till godo

128. Kommissionen, Aseprofar, EAEPK och Republiken Polen har med rätta kritiserat antagandet i punkt 122 tredje meningen i den överklagade domen att mellanhänderna behåller den fördel i prishänseende som parallellhandeln med läkemedel skulle kunna medföra så att denna fördel inte kommer slutkonsumenterna till godo. Detta konstaterande grundar sig enligt min mening på en felaktig rättstillämpning.

129. För *det första* är detta konstaterande en missuppfattning av bevisningen. De sakomständigheter som förstainstansrätten har fastställt kan visserligen inte sättas i fråga i ett mål om överklagande eftersom rätt att överklaga till domstolen föreligger endast i rättsfrågor.⁶³ Ett undantag från detta gäller emellertid när det framgår av handlingarna i målet att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga.⁶⁴

63 — Se artikel 225.1 EG och artikel 58 i domstolens stadga.

64 — Domen i målet kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (ovan fotnot 22), punkt 49, dom av den 4 mars 1999 i mål C-119/97 P, Ufex m.fl. mot kommissionen (REG 1999, s. I-1341), punkt 66, beslut av den 14 oktober 1999 i mål C-437/98 P, Infrisa mot kommissionen (REG 1999, s. I-7145), punkt 34, och dom av den 10 juli 2001 i mål C-315/99 P, Ismeri Europa mot revisionsrätten (REG 2001, s. I-5281), punkterna 19 och 20.

130. Detta är fallet här. Förstainstansrättens antagande i punkt 122 tredje meningen i den överklagade domen, att mellanhänderna behåller den fördel i prishänseende som parallellhandeln skulle kunna medföra så att denna fördel inte kommer slutkonsumenterna till godo, har inget stöd av handlingarna i målet utan vederläggs tvärtom av dessa.

131. Till att börja med kan jag konstatera att det här är fråga om *förstainstansrättens eget antagande*. Det framgår särskilt vid en jämförelse mellan den första och den tredje meningen i punkt 122. I första meningen har förstainstansrätten uttalat sig om vad kommissionen har kunnat anta med hänsyn till det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket GSK ingår i. Det är inte förstainstansrättens eget antagande. I den tredje meningen har förstainstansrätten däremot gjort ett eget antagande om att mellanhänderna skulle behålla den fördel i prishänseende som parallellhandeln skulle medföra så att denna fördel inte kom slutkonsumenterna till godo. Den meningen kan inte uppfattas som något annat än förstainstansrättens eget antagande.

132. Det är ett antagande som inte har stöd av handlingarna i målet. I sammanhanget bör särskilt påpekas att GSK i målet vid förstainstansrätten *inte* gjorde gällande att de spanska mellanhänderna inte underskred priserna i bestämmelseländerna och att förde-

larna inte fördes vidare till patienterna.⁶⁵ GSK ansåg endast att graden av underskridande liksom storleken på fördelarna för slutkonsumenterna var mycket ringa. Parterna i målet är visserligen oense om graden av underskridande och fördelarnas storlek, men de är inte oense i den principiella frågan om huruvida det överhuvudtaget förekommer sådana avvikelser.

som exporterar läkemedel till ett bestämmelseland (om än i ringa mån) underskrider mellanhändernas priser i det landet.

ii) Övriga antaganden och konstateranden

133. Förstainstansrättens antagande i punkt 122 tredje meningen i den överklagade domen, att mellanhänderna behåller (hela) den fördel i prishänseende som parallellhandeln skulle kunna medföra så att denna fördel inte kommer slutkonsumenterna till godo, utgör därmed sakomständigheter som är materiellt oriktigt fastställda och som ska beaktas inom ramen för överklagandet.

135. De övriga invändningar som har framställts av kommissionen, Aseprofar, EAEPD och Republiken Polen om materiellt oriktigt fastställda sakomständigheter eller motsägelser i motiveringen, särskilt när det gäller betydelsen av nationella prisregleringar på läkemedelsområdet för konkurrensen inom ett märke (*intra-brand competition*), ska underkännas.

134. För *det andra* grundar sig antagandet i punkt 122 tredje meningen i den överklagade domen på en felaktig rättstillämpning i form av en motsägelsefull motivering.⁶⁶ Motiveringen är motsägelsefull när förstainstansrätten å ena sidan i punkt 122 tredje meningen i den överklagade domen gör ett eget antagande att mellanhänderna behåller den fördel i prishänseende som parallellhandeln medför, men å andra sidan vid bedömningen av den konkurrensbegränsande verkan särskilt i punkterna 185, 187 och 189 grundar sitt resonemang på att de spanska mellanhänder

136. Jag anser att dessa invändningar ska underkännas utan att jag behöver undersöka om de kan upptas till sakprövning. De ska underkännas redan därför att förstainstansrätten i den del av domskälen som rör de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte, särskilt i punkterna 124–131 i den överklagade domen, inte har gjort några antaganden som motsäger konstaterandena i domskälen rörande den konkurrensbegränsande verkan. I den mån som förstainstansrätten på grundval av det rättsliga och ekonomiska sammanhang som har fastställts i punkterna 124–131 i den överklagade domen har prövat vad kommissionen med fog kunde förutsätta vid prövningen av de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte, och såvitt förstainstansrätten härvidlag kom till ett annat slut än vid prövningen angående den konkurrensbegränsande verkan, torde ett sådant slut i första

65 — Se särskilt sidan 14 och följande sidor i GSK:s svar av den 21 april 2006 på förstainstansrättens frågor av den 7 mars 2006 i förfarandet vid förstainstansrätten.

66 — Domar av den 7 maj 1998 i mål C-401/96 P, Somaco mot kommissionen (REG 1998, s. I-2587), punkt 53, och av den 13 december 2001 i mål C-446/00 P, Cubero Vermurie mot kommissionen (REG 2001, s. I-10315), punkt 20.

hand avse den ovan behandlade felaktiga rättstillämpningen vid tolkningen av begreppet konkurrensbegränsande syfte och inte en misstolkning av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget.

4. Slutsats

137. Sammanfattningsvis finner jag att förstainstansrätten vid tolkningen av begreppet syfte att begränsa konkurrensen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning. Dessutom utgör förstainstansrättens antagande i punkt 122 tredje meningen i den överklagade domen att mellanhänderna behåller den fördel i prishänseende som parallellhandeln skulle kunna medföra så att denna fördel inte kommer slutkonsumenterna till godo, felaktig rättstillämpning.

B — *Ändring av domskälen*

138. GSK:s överklagande ska ogillas om förstainstansrättens på felaktig rättstillämpning grundade domskäl skulle ersättas med domskäl enligt vilka kommissionen med rätta hade konstaterat att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte.

139. Eftersom domstolen får grunda en ändring av förstainstansrättens domskäl endast på de sakomständigheter som förstainstansrätten har fastställt, ska jag först behandla de sakomständigheter som förstainstansrätten har fastställt (1). Därefter ska jag gå in på frågan vilka domskäl som ska ersätta de på felaktig rättstillämpning grundade domskälen (2).

1. De sakomständigheter som förstainstansrätten har fastställt

140. Domstolen kan vid prövningen av ett överklagande i princip inte fastställa några sakomständigheter. En ändring av förstainstansrättens domskäl är därför möjlig endast om domstolen kan grunda ändringen på de sakomständigheter som förstainstansrätten har fastställt.⁶⁷

141. Problematiskt i detta sammanhang är förstainstansrättens motsägelserfulla resonemang i, å ena sidan, punkt 122 tredje meningen i den överklagade domen och i punkterna 185, 187 och 189 å andra sidan. I punkt 122 tredje meningen har förstainstansrätten antagit att mellanhänderna behåller den fördel i prishänseende som parallellhandeln skulle medföra så att denna fördel inte kommer slutkonsumenterna till godo. I punkterna 185, 187 och 189 har

⁶⁷ — Se punkt 178 och följande punkt i generaladvokat Légers förslag till avgörande av den 4 juli 1996 i mål C-294/95 P, Ojha mot kommissionen (REG 1996, s. I-5863).

förstainstansrätten å andra sidan uttalat att de spanska mellanhänder som exporterar läkemedel till ett bestämmelseland underskrider (om än i ringa mån) mellanhändernas priser i det landet.

142. Denna motsägelse till trots går det enligt min mening att anta att förstainstansrätten har utgått från den faktiska omständigheten att de spanska mellanhänder som exporterar läkemedel till ett destinationsland underskrider (om än i ringa mån) mellanhändernas priser i detta destinationsland.

143. Det skulle därför *för det första* kunna sägas att förstainstansrätten i punkt 122 tredje meningen endast har gjort ett antagande som den vid närmare prövning har ändrat genom utsagorna i punkterna 185, 187 och 189 i den överklagade domen.

144. *För det andra* kan uttalandet i punkt 122 tredje meningen ses i samband med (den på felaktig rättstillämpning grundade) uppfattningen att nackdelar för slutkonsumenterna ska beaktas vid prövningen av om det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte och att dessa nackdelar endast kan beaktas om de utgörs av en negativ effekt på de priser som tas ut av slutkonsumenterna.

145. *För det tredje* är detta ett specialfall. Det förhåller sig inte på det viset att förstainstansrätten inte har fastställt sakomständigheterna. Förstainstansrätten har i stället i en viss fråga gjort två motsägelsefulla konstateranden, och det framgår av handlingarna i målet att ett av dessa konstateranden är felaktigt medan det andra är riktigt. Jag anser inte att domstolen i ett sådant fall överskrider gränserna för sin behörighet i mål om överklagande om den som utgångspunkt använder sig av det konstaterande som överensstämmer med handlingarna i målet.

146. *Min slutsats* är därför att vid en rimlig prövning av den överklagade domen kan domstolen ta förstainstansrättens slutsats i punkt 185 i den överklagade domen som utgångspunkt, det vill säga att de spanska mellanhänder som exporterar läkemedel till ett bestämmelseland underskrider mellanhändernas priser i det landet.

2. Bekräftelse av kommissionens motivering att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte

147. Det ska vidare prövas om domskälen i den överklagade domen med stöd av dessa faktiska omständigheter och på grundval av en riktig tolkning av begreppet konkurrensbegränsande syfte⁶⁸ ska ersättas med domskäl enligt vilka kommissionen med rätta konstaterade

68 — Se punkterna 89–94 och 95–123 ovan.

terade att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte. a) Ett standardiserat synsätt

148. I det sammanhanget ska anmärkas att förstainstansrätten vid en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG ska pröva om motiveringen i kommissionens beslut grundar sig på felaktig rättstillämpning, men den får inte ersätta kommissionens motivering med sin egen motivering.⁶⁹ Denna rättspraxis gäller på motsvarande sätt för domstolen om den i ett mål om överklagande ändrar förstainstansrättens domskäl. I förevarande fall ska därför prövas huruvida kommissionens slutsats att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte har tillräcklig grund i motiveringen av det angripna beslutet.

149. Som framgått ovan föreligger ett syfte att begränsa konkurrensen om avtalet med hänsyn till det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket det ingår potentiellt kan innebära tillräckligt negativa verkningar på konkurrensen.⁷⁰ I det sammanhanget kan hänsyn tas till såväl vunna erfarenheter i form av ett standardiserat synsätt som ekonomisk sakkunskap enligt vilken sådana verkningar kan förmodas inträda.

150. Kommissionens slutsats att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte grundade sig i första hand på att dessa villkor syftar till att begränsa parallellhandeln och därför har ett konkurrensbegränsande syfte.⁷¹ Kommissionens motivering grundade sig således i första hand på ett standardiserat synsätt som kan sammanfattas som ”begränsning av parallellhandeln, därför ett syfte att begränsa konkurrensen”.

151. Jag kan inte se någon felaktig rättstillämpning i den motiveringen.

152. Ett sådant standardiserat förfaringsätt är för det första förenligt med det förhållandet att ett syfte att begränsa konkurrensen är ett faredelikt.⁷²

153. När det gäller hänsynen till vunna erfarenheter i form av ett standardiserat synsätt kan särskilt domstolens rättspraxis anföras. Av den framgår att ett avtal som har

69 — Domstolens dom av den 27 januari 2000 i mål C-164/98 P, DIR International Film m.fl. mot kommissionen (REG 2000, s. I-447), punkterna 43–49.

70 — Se punkterna 89–94 ovan.

71 — Se skälen 115–125 i det angripna beslutet.

72 — Se punkt 91 ovan.

till syfte att begränsa parallellhandeln typiskt sett är ett avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen.⁷³

begränsa parallellhandeln har till syfte att begränsa konkurrensen.

154. Beträffande ett standardiserat synsätt gäller visserligen alltid det förbehållet att det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket det avtal som provas ingår inte talar mot en sådan standardiserad bedömning.⁷⁴ Det kan inte antas att så är fallet här.

157. På grund av det rättsliga och ekonomiska sammanhang som kommissionen fastställde kunde det för det första inte antas att de nationella prisregleringarna i de olika medlemsstaterna uteslöt allt utrymme för konkurrens.⁷⁶

155. För *det första* framgår det som jag uppfattar saken av punkt 65 och följande punkter i domstolens i stor avdelning meddelade dom i målet *Sot. Lélou kai Sia*,⁷⁵ att det även för läkemedelsbranschen, trots dess rättsliga och ekonomiska särdrag, gäller en princip enligt vilken ett avtal om begränsning av parallellhandeln ska anses ha till syfte att begränsa konkurrensen. Domen gällde en begäran om förhandsavgörande av tolkningen av artikel 82 EG, men domstolen hänvisade även uttryckligen till begreppet syfte att begränsa konkurrensen enligt artikel 81 EG.

158. Vidare talar förekomsten av olika nationella prisregleringar inte i sig mot ett antagande om ett syfte att begränsa konkurrensen. Såsom kommissionen och EAEPK med rätta har påpekat sker konkurrensen på inre marknaden som regel på villkor som är nationellt olika. Den inre marknaden präglas nämligen trots harmoniseringen i viss mån alltjämt av skillnader mellan medlemsstaterna i fråga om rättsordning och ekonomiska system. Någon konkurrens på fullständigt lika villkor finns således inte i utgångsläget. Det betyder emellertid inte att artikel 81.1 EG inte är tillämplig.⁷⁷

156. För *det andra* är inget av de särdrag hos läkemedelsbranschen som GSK har åberopat ägnat att rubba den på erfarenhet grundade bedömningen att avtal som syftar till att

159. Mot GSK:s uppfattning anser jag att det heller inte har någon betydelse att medlems-

73 — Se särskilt domen i målet *IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen* (ovan fotnot 44), punkterna 23–27, domen i målet *Javico* (ovan fotnot 46), punkterna 13 och 14, och domen i målet *General Motors* mot kommissionen (ovan fotnot 44), punkterna 67–69.

74 — Se punkt 91 ovan.

75 — Ovan fotnot 2.

76 — Detta bekräftades av förstainstansrätten, se punkterna 103–108 i den överklagade domen.

77 — Dom av den 12 juli 1979 i de förenade målen 32/78 och 36/78–82/78, *BMW Belgium m.fl. mot kommissionen* (REG 1979, s. 2435), punkt 5, domen i målet *General Motors* mot kommissionen (ovan fotnot 44), punkt 75, förstainstansrättens dom av den 19 maj 1999 i mål T-175/95, *BASF* mot kommissionen (REG 1999, s. II-1581), punkterna 133–136, som reaktion på framställningen i punkterna 121–123 i den domen.

staterna vill begränsa de nationella bestämmelsernas giltighet till sina respektive territorier. Möjligheten att utnyttja fördelaktiga villkor i en medlemsstat utgör snarare en väsentlig fördel med den inre marknaden.

160. Slutligen ska beaktas att artikel 81 EG även syftar till att stärka integrationen av de nationella marknaderna.⁷⁸ Jag delar visserligen i viss mån förstainstansrättens skepsis i frågan om huruvida det genom tillämpning av konkurrensreglerna på läkemedelsområdet faktiskt går att uppnå en marknadsintegration i den meningen att priserna för slutkonsumenterna utjämnas. Det kan dock åtminstone inte uteslutas att en avskärmning av nationella marknader påverkar marknadsintegrationen i andra marknadsled.

161. Slutligen anser jag inte att målet att integrera marknader här är det väsentliga. Konkurrens i den mening som avses i artikel 81.1 EG nämns visserligen som ett medel för att uppnå målen enligt fördraget, alltså även den fortskridande marknadsintegrationen inom gemenskapen.⁷⁹ Det är dock inte endast det målet som är relevant. Genom artikel 81.1 EG skyddas konkurrensen även när den i endast begränsad omfattning leder till en marknadsintegration.

78 — Dom i målet *Sot. Lélou kai Sia* (ovan fotnot 2), punkterna 65 och 66.

79 — Schröter, H., i Schröter, H., Jakob, T., och Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Nomos, 2003, kommentar till artikel 81, punkt 20.

162. Jag kan sålunda konstatera att kommissionen inte hade något stöd i det rättsliga och ekonomiska sammanhanget för att avvika från den standardiserade bedömning som jag har sammanfattat som ”begränsning av parallellhandeln, därför ett syfte att begränsa konkurrensen”.

b) Presumtion för en konkurrensbegränsning

163. Som komplettering vill jag peka på att även om kommissionen i första hand grundade sin motivering på ett standardiserat synsätt, så innehåller motiveringen i det angripna beslutet åtminstone inslag som gör det befogat att tala om en konkurrensbegränsning.

164. Av skäl 116 i det angripna beslutet framgår *för det första* att de allmänna försäljningsvillkoren är avsedda att begränsa en inköpskälla för läkemedel och att de spanska mellanhänderna på grund av prisskillnaderna mellan Spanien och andra medlemsstater hade möjlighet och incitament att gå under de priser som togs ut av mellanhänder med säte i bestämmelselandet.

165. *För det andra* berörde kommissionen i sin motivering rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte visserligen inte uttryckligen patentens bety-

delse för konkurrensen inom läkemedelsbranschen. Den hänvisade heller inte uttryckligen till parallellhandels betydelse, som följer av att den därmed uppkomna priskonkurrensen utgör den viktigaste formen av konkurrens i läkemedelsbranschen innan patentet går ut.⁸⁰ I skäl 122 i det angripna beslutet berörde kommissionen dock detta fenomen genom hänvisning till att konkurrenstrycket ökar för GSK:s läkemedel efter det att patentskyddet har löpt ut. Denna aspekt har alltså åtminstone berörts i kommissionens motivering.

166. För *det tredje* kan kommissionen i detta sammanhang inte kritiseras för att den inte beaktade medlemsstaternas möjligheter att fastställa priserna och därmed sänka läkemedelskostnaderna. I den mån som den nationella rättsordningen ger utrymme för konkurrens, skyddas denna konkurrens nämligen av artikel 81 EG.

167. För *det fjärde* har kommissionen med rätta framhållit att en begränsning av parallellhandeln med nödvändighet också stärker en läkemedelstillverkarens förhandlingsposition i de medlemsstater i vilka försäljningspriset och ersättningsbeloppen för läkemedel fastställs av myndigheterna.⁸¹ Även om förhållandet mellan myndigheter och läkemedelsproducenter inte kan jämföras med avtalsförhandlingar mellan två privata företag har ett flertal faktorer betydelse i detta sammanhang, bland annat möjligheten att få läke-

medel från en inköpskälla till förmånligt pris.⁸² Det kan inte bortses från den aspekten inom ramen för artikel 81.1 EG.

168. Kommissionens slutsats att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte motiverades alltså inte endast utifrån ett standardiserat synsätt enligt vilket ett syfte att begränsa konkurrensen kan förutsättas därför att de aktuella villkoren syftar till att begränsa parallellhandeln. Kommissionens motivering innehåller åtminstone vissa inslag på grundval av vilka det utan en detaljerad marknadsanalys kunde presumeras att de allmänna försäljningsvillkoren skadar konkurrensen.

c) Slutsats i denna del

169. *Avslutningsvis* kan jag i denna del därmed konstatera att kommissionen i det angripna beslutet riktigt slog fast att de allmänna försäljningsvillkoren har till syfte att begränsa konkurrensen.

80 — Aseprofar hänvisade till denna aspekt, se skäl 106 i det angripna beslutet.

81 — Se skäl 120 i det angripna beslutet.

82 — Se i denna mening även domen i målet *Sot. Lélos kai Sia* (ovan fotnot 2), punkt 63.

3. Slutsats

D — Förslag

170. Motiveringen i den överklagade domen ska därmed ändras på det sättet, att kommissionen hade fog för slutsatsen att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte. Förstainstansrätten skulle därför ha fastställt artikel 1 i det angripna beslutet redan på den grunden att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den utgick från att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte.

172. På grund av det anförda föreslår jag att GSK:s överklagande i mål C-501/06 P med ändring av de domskäl i den överklagade domen som rör de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte ogillas.

C — Förstainstansrättens konstaterande att kommissionen med fog kunde presumera att de allmänna försäljningsvillkoren har konkurrensbegränsande verkan

171. Förstainstansrätten har alltså felaktigt slagit fast att kommissionen inte hade fog för slutsatsen att de allmänna försäljningsvillkoren har ett konkurrensbegränsande syfte, varför de berörda domskälen i den överklagade domen ska ändras.⁸³ De grunder för GSK:s överklagande som riktas mot domskälen rörande de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande verkan ska därför ogillas, eftersom de saknar relevans. Dessa grunder är inte sådana att de påverkar punkt 2 i domslutet i den överklagade domen, eftersom den punkten har tillräckligt stöd av de nya domskälen angående de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande verkan.

VI — Kommissionens, Aseprofars och EAEP:s överklaganden

173. Innan jag går in på kommissionens (B), Aseprofars (C) och EAEP:s (D) överklaganden ska jag kort behandla den del av den överklagade domen som dessa parter invänder mot (A).

A — Domskälen i den överklagade domen

174. Punkterna 233–320 i den överklagade domen innehåller förstainstansrättens bedömning av kommissionens motivering till avslaget på GSK:s ansökan om undantag för de allmänna försäljningsvillkoren enligt artikel 81.3 EG. Förstainstansrätten konstaterade inledningsvis att den som åberopar artikel 81.3 EG måste genom övertygande

83 — Se punkterna 147–169 ovan.

argument och bevisning styrka att villkoren enligt artikel 81.3 EG är uppfyllda.⁸⁴ Kommissionen måste å sin sida göra en ordentlig prövning av argumenten och bevisningen.⁸⁵

175. Vid prövningen enligt artikel 81.3 EG är det fråga om komplicerade ekonomiska bedömningar. Förstainstansrätten ska därför inom ramen för en talan om ogiltigförklaring begränsa sin prövning till att undersöka om kommissionen har fastställt de faktiska omständigheterna materiellt korrekt, att den inte har gjort något uppenbart misstag vid bedömningen av dessa och att den har gjort en riktig rättslig bedömning.⁸⁶ Prövningen omfattar även en kontroll av huruvida de bevis som GSK åberopade utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas och om de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits.⁸⁷ Förstainstansrätten ska däremot inte göra en egen ekonomisk bedömning som ersätter den som kommissionen gjort.⁸⁸

176. I punkterna 247–308 i den överklagade domen bedömde förstainstansrätten till att börja med kommissionens motivering i fråga om det första villkoret i artikel 81.3 EG. Ett bidrag till att främja tekniskt framåtskridande i den mening som avses i artikel 81.3 EG ska enligt förstainstansrätten inte förstås som all vinst som de företag som är parter i avtalet får från sin verksamhet, utan alla betydande objektiva fördelar som kan bidra till att kompensera för de nackdelar som avtalet

medför för konkurrensen.⁸⁹ Prövningen av huruvida sådana fördelar föreligger kan inbegripa en prognos. Därvid ska prövas huruvida det med hänsyn till de argument och den bevisning som företaget har anfört framstår som mer troligt att avtalet i fråga kommer att leda till betydande objektiva fördelar än att så inte kommer att bli fallet.⁹⁰ I förekommande fall ska kommissionen för det andra bedöma om dessa betydande objektiva fördelar är sådana att de kompenserar de nackdelar för konkurrensen som avtalet innebär.⁹¹

177. Vid sin kontroll av kommissionens motivering gick förstainstansrätten till väga på följande sätt. Först redovisade den de argument om sakomständigheterna och de bevis som GSK hade åberopat till stöd för sin ansökan om undantag samt funnit dem relevanta.⁹² Därefter kontrollerade den om kommissionen i tillräcklig utsträckning hade beaktat dem vid bedömningen av huruvida det föreligger betydande objektiva fördelar.⁹³ Slutligen gjorde förstainstansrätten bedömningen att kommissionen inte hade gjort en fullständig prövning eftersom den inte i tillräcklig utsträckning hade beaktat och vederlagt GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och bevisning.⁹⁴ Kommissionen hade därför inte med rätta kunnat anse att GSK inte hade styrkt att det första villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG var uppfyllt.⁹⁵

84 — Punkt 235 i den överklagade domen.

85 — Punkt 236 i den överklagade domen.

86 — Punkt 241 i den överklagade domen.

87 — Punkt 242 i den överklagade domen.

88 — Punkt 243 i den överklagade domen.

89 — Punkt 247 i den överklagade domen.

90 — Punkt 249 i den överklagade domen.

91 — Punkt 250 i den överklagade domen.

92 — Punkterna 263–268 i den överklagade domen.

93 — Punkterna 269–302 i den överklagade domen.

94 — Punkt 303 i den överklagade domen.

95 — Punkt 308 i den överklagade domen.

178. Förstainstansrätten uttalade till sist att kommissionen i huvudsak hade grundat sina slutsatser om de tre ytterligare villkoren i artikel 81.3 EG på sina slutsatser om det första villkoret. Eftersom slutsatserna om det första villkoret inte grundade sig på en fullständig prövning och då motiveringen i fråga om de övriga villkoren inte heller var tillräcklig hade kommissionen inte med rätta kunnat dra slutsatsen att de tre ytterligare villkoren inte var uppfyllda.⁹⁶

1. Det första villkoret i artikel 81.3 EG

180. I fråga om det första villkoret har kommissionen framställt ett antal olika invändningar grupperade i fem grunder för överklagandet.

a) Missuppfattning av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget

B — Kommissionens överklagande i mål C-513/06 P och anslutningsöverklagande i mål C-501/06 P

179. I sitt överklagande i mål C-513/06 P och i sitt anslutningsöverklagande i mål C-501/06 P riktar sig kommissionen för det första med fem grunder mot förstainstansrättens domskäl i fråga om det första villkoret i artikel 81.3 EG (1), för det andra med en grund mot förstainstansrättens domskäl i fråga om övriga villkor i artikel 81.3 EG (2). Då kommissionens överklagande och anslutningsöverklagande i stor utsträckning överensstämmer i sak prövar jag dem gemensamt.

181. I sin första grund gör kommissionen till att börja med gällande att förstainstansrätten har förvänskat det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket de allmänna försäljningsvillkoren ingår. Eftersom kommissionen inte har angett vilken del av domen som denna invändning avser ska den avvisas enligt artikel 225 EG, artikel 58.1 i domstolens stadga och artikel 112.1.c i domstolens rättegångsregler.⁹⁷

182. Vidare gör kommissionen gällande att motiveringen är felaktig. Felaktigheten består i att förstainstansrätten inte har förklarat

⁹⁶ — Punkterna 309–315 i den överklagade domen.

⁹⁷ — Domstolens beslut av den 14 december 1995 i mål C-173/95 P, Hogan mot domstolen (REG 1995, s. I-4905), punkt 20.

varför den i punkt 104 i den överklagade domen har utgått från att de nationella prisregleringarna är ägnade att snedvrیدا konkurrensen, medan det i punkt 276 sägs att konkurrensen är snedvrیدen på grund av dessa regleringar.

183. Denna invändning saknar grund. Förstainstansrättens konstaterande i punkt 104 har gjorts vid prövningen av huruvida förekomsten av nationella prisregleringar innebär att artikel 81.1 EG inte är tillämplig. Enligt vad förstainstansrätten funnit i punkt 105 i den överklagade domen utesluter inte en lagstiftning som leder till att konkurrensen snedvrیدs att artikel 81.1 EG är tillämplig. Något positivt uttalande om huruvida dessa regleringar snedvrیدer konkurrensen har därför inte behövts i detta sammanhang. Det har därmed inte utgjort något fel att förstainstansrätten i punkt 104 endast har uttalat att nationella prisregleringar kan leda till att konkurrensen snedvrیدs medan det i punkt 276 sägs att konkurrensen är snedvrیدen på grund av dessa.⁹⁸

b) Begreppet främjande av tekniskt framåtskridande. Bevisbördan och beviskrav

184. I sin andra grund för överklagandet gör kommissionen gällande att förstainstans-

98 — I den mån som kommissionen i detta sammanhang invänder mot att förstainstansrätten har beaktat effekterna av de statliga prisregleringarna inom ramen för artikel 81.3 EG får jag för att undvika upprepningar, eftersom kommissionen har lämnat substans åt dessa invändningar på andra ställen, hänvisa till punkterna 195–212 nedan.

rätten vid sin tolkning av begreppet främjande av tekniskt framåtskridande har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vad gäller såväl bevisbördan som beviskravet.

i) Tillämpning av bedömningskriterier från kontrollen av företagskoncentrationer

185. Kommissionen har *för det första* invänt att förstainstansrätten särskilt i punkterna 242 och 269 i den överklagade domen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att använda sig av ett bedömningskriterium hämtat från kontrollen av företagskoncentrationer. Kommissionen är vid kontrollen av företagskoncentrationer skyldig att fastställa de omständigheter som talar för och emot att koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden och har bevisbördan för detta. Vid en anmälan om undantag för ett avtal enligt artikel 81.3 EG åligger det däremot det anmälade företaget att visa att villkoren enligt artikel 81.3 EG är uppfyllda. Företaget har bevisbördan för detta.

186. Invändningen saknar grund. Förstainstansrätten har visserligen i punkt 242 i den överklagade domen hänvisat till domar som gäller kontroll av företagskoncentrationer.⁹⁹ Det betyder emellertid inte att förstainstansrätten därmed ålade kommis-

99 — Dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval (REG 2005, s. I-987), punkt 39, förstainstansrättens dom av den 14 december 2005 i mål T-210/01, General Electric mot kommissionen (REG 2005, s. II-5575), punkterna 62 och 63.

sionen en skyldighet att fastställa de omständigheter som talar för och emot att de allmänna försäljningsvillkoren är förenliga med artikel 81.3 EG och att kommissionen hade bevisbördan för detta. Förstainstansrätten klargjorde särskilt i punkt 235 och följande punkter samt punkterna 248 och 269 tydligt att det ankommer på det anmälände företaget att genom övertygande argument och bevisning styrka att villkoren enligt artikel 81.3 EG är uppfyllda. Vidare fann förstainstansrätten i sin slutsats i punkt 303 att det angripna beslutet inte innehöll en fullständig prövning, eftersom kommissionen inte i tillräcklig utsträckning hade beaktat GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och om bevisningen.

själv inte har uttalat sig om huruvida det föreligger betydande objektiva fördelar. I punkt 241 i den överklagade domen har förstainstansrätten helt riktigt hänvisat till att dess behörighet vid prövning av en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut är begränsad, eftersom det är fråga om komplicerade ekonomiska bedömningar. Förstainstansrätten måste därför inskränka sin prövning till att kontrollera huruvida förfarandereglerna följts, huruvida motiveringen är tillräcklig, huruvida de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta samt kontrollera att det inte föreligger någon uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna eller maktmissbruk.¹⁰⁰ Förstainstansrätten gjorde således en riktig bedömning när den begränsade sig till att pröva om kommissionen i sin motivering i tillräcklig utsträckning hade undersökt GSK:s argument och bevisning.

187. Kommissionen har *för det andra* invänt mot att förstainstansrätten ansåg att det var tillräckligt att GSK åberopade argument och bevisning som var relevanta, trovärdiga och sannolika. Enligt fast rättspraxis krävs att det anmälände företaget genom övertygande argument och bevisning styrker att villkoren enligt artikel 81.3 EG är uppfyllda. Förstainstansrättens åtgärd att lägga bevisbördan på kommissionen utgör därför felaktig rätts-tillämpning. Förstainstansrätten krävde i punkterna 269, 277, 281, 286 och 313 att kommissionen skulle anföra övertygande argument och bevisning. Förstainstansrätten tillämpade därmed ett asymmetriskt bedömningskriterium till nackdel för kommissionen.

189. Vid den prövningen fastställs i ett *första steg* förutsättningarna för att det aktuella rekvisitet ska vara uppfyllt. I ett *andra steg* ska förstainstansrätten pröva i vilken mån de faktiska omständigheter som företaget har åberopat är relevanta för att det aktuella rekvisitet ska vara uppfyllt.¹⁰¹ I ett *tredje steg* ska förstainstansrätten undersöka om kommissionen, såvida den inte har anslutit sig till företagets ståndpunkter, tillräckligt har beaktat och vederlagt alla relevanta argument om de faktiska omständigheterna och all relevant bevisning. Frågan om hur omfattande

188. Även denna invändning saknar grund. Först vill jag peka på att förstainstansrätten

100 — Dom av den 2 oktober 2003 i mål C-195/99 P, Krupp Hoesch mot kommissionen (REG 2003, s. I-10937), punkt 55, av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen (REG 1998, s. I-3111), punkt 34, av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 34, och av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 62.

101 — Kommissionen måste nämligen inte behandla argument och bevisning som saknar relevans.

kommissionens motivering måste vara beror på företagens argumentation.¹⁰² Det är alltså fråga om en glidande skala.

190. När förstainstansrätten i punkterna 269, 277, 281, 286 och 313 i den överklagade domen fann att kommissionens motivering i det angripna beslutet saknar övertygande skäl, är det således inte fråga om förstainstansrättens egen bedömning av huruvida kommissionens slutsats att det första villkoret i artikel 81.1 EG inte var materiellt uppfyllt var riktigt eller inte. Det är endast fråga om en prövning av huruvida kommissionen i sin motivering i tillräcklig utsträckning hade beaktat och vederlagt GSK:s relevanta argument och relevanta bevisning.

191. Mot denna bakgrund kan jag i dessa punkter inte finna att förstainstansrätten vare sig har tillämpat asymmetriska bedömningskriterier eller på annat sätt gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning. En helt annan fråga som ska särskiljas från detta är huruvida förstainstansrätten har bedömt innehållet i det angripna beslutet riktigt eller missförstått detta.¹⁰³

ii) Tröskeln för effektivitetsvinster

192. Kommissionen har vidare riktat sig mot förstainstansrättens konstateranden i punkt-

erna 249 och 252 i den överklagade domen. I dess punkter grundade förstainstansrätten en prognos om betydande objektiva fördelar på huruvida det med hänsyn till de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK hade anfört framstår som mer troligt att avtalet i fråga kommer att leda till betydande objektiva fördelar än att så inte kommer att bli fallet. Förstainstansrätten gjorde sig därmed enligt kommissionen skyldig till felaktig rättstillämpning genom att avvika från det materiella bedömningskriterium som innebär att avtalet ska leda till betydande objektiva fördelar.

193. Denna invändning saknar grund. Förstainstansrätten angav det materiella bedömningskriteriet i punkt 247 i den överklagade domen. Detta har av förstainstansrätten helt riktigt angetts som betydande objektiva fördelar.¹⁰⁴ Punkt 249 i den överklagade domen ska enligt min mening förstås på det sättet, att ett undantag enligt förordning nr 17 som beviljas *i förväg* för viss tid innehåller en framtidsorienterad analys om huruvida det kan förutsättas att fördelarna med avtalet kommer att inträda, och att undantaget alltså innehåller ett inslag av prognos.¹⁰⁵ En prognos kan aldrig ställas med hundraprocentig säkerhet.¹⁰⁶ För att kunna dra slutsatsen att betydande objektiva fördelar föreligger är det därför tillräckligt att kommissionen på grund av de argument och den bevisning som anförts och med hänsyn till konkreta erfarenheter finner det tillräckligt sannolikt att betydande objektiva fördelar uppkommer. Förstainstansrättens uttalande i punkt 249 om det

102 — Faull, J., och Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, andra upplagan, 2007, punkt 3.339A.

103 — Se punkterna 226–236 nedan.

104 — Domen i målet Consten och Grundig mot kommissionen (ovan fotnot 26), sidan 396 och följande sidor, förstainstansrättens dom av den 15 juli 1994 i mål T-17/93, Matra Hachette mot kommissionen (REG 1994, s. II-595), punkterna 108–111.

105 — Förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen (REG 2003, s. II-4653), punkt 143.

106 — Schröter, H. (ovan fotnot 79), artikel 81.3, punkt 343, anser att det ska krävas en hög grad av sannolikhet.

troliga i att avtalet kommer att leda till sådana fördelar utgör alltså inte i sig någon felaktig rättstillämpning. I det sammanhanget uppkommer visserligen den principiella frågan om vilken grad av sannolikhet som ska krävas för antagandet om betydande objektiva fördelar. Jag anser att en hög grad av sannolikhet måste krävas. Vid en överträdelse av artikel 81.1 EG är nämligen utgångspunkten att det föreligger effektivitetsförluster i form av en konkurrensbegränsning. Vad som är den erforderliga graden av sannolikhet saknar dock betydelse i detta mål om överklagande. Förstainstansrätten har nämligen inte grundat den överklagade domen på att kommissionen har krävt en alltför hög grad av sannolikhet. Vad förstainstansrätten har uttalat är att kommissionen inte i tillräcklig utsträckning hade underbyggt sin slutsats att betydande objektiva fördelar inte uppkommer, eftersom kommissionen i sin motivering inte i tillräcklig utsträckning hade beaktat och vederlagt GSK:s relevanta argument och bevisning, vilka hade betydelse för bedömningen av huruvida betydande objektiva fördelar föreligger.

194. Vad kommissionen har invänt om att förstainstansrätten i punkt 252 i den överklagade domen har ansett det vara tillräckligt att uppkomsten av betydande objektiva fördelar möjliggörs saknar grund redan därför att förstainstansrätten inte har gjort något sådant uttalande i den punkten. Vad förstainstansrätten gjorde i den punkten var att återge innehållet i det angripna beslutet. Av punkt 252 i den överklagade domen kan därför utläsas endast följande: Enligt förstainstansrättens uppfattning hade kommissionen i det angripna beslutet dragit slutsatsen att GSK:s argument och bevisning inte gjorde det mer troligt att betydande objektiva fördelar uppkommer.

iii) Betydelsen av att prisskillnaderna är strukturella

195. Kommissionen har vidare invänt att den strukturella faktor som de nationella prisregleringarna utgör krävde en särskilt noggrann prövning från förstainstansrättens sida.

196. Kommissionen har *för det första* riktat sig mot förstainstansrättens uttalanden i punkterna 276 och 301 i den överklagade domen, enligt vilka kommissionen vid bedömningen av effektivitetsförluster av parallellhandel och effektivitetsvinster av de allmänna försäljningsvillkoren hade skyldighet att beakta det rättsliga och ekonomiska sammanhang som gäller för läkemedelsbranschen. Kommissionen anser att förstainstansrätten i dessa punkter gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att ålägga kommissionen en strängare bevisbörd på grund av att prisskillnaderna är strukturella.

197. Invändningen ska underkännas. Punkt 301 i den överklagade domen anknyter till punkt 300. Där har förstainstansrätten i första hand pekat på produktutvecklingens centrala roll för konkurrensen mellan läkemedelstillverkarna samt betydelsen av forskning och utveckling på området. Effekterna av de nationella prisregleringarna i de olika medlemsstaterna har förstainstansrätten i punkt 300 berört endast kompletteringsvis ("har vidare hävdad"). Vad förstainstansrätten i den anslutande punkt 301 har uttalat om att kommissionen skulle ha gjort en så konkretiserad prognos som möjligt angående sannolikheten av att de fördelar som GSK hade

beskrivit skulle uppstå syftar därför enligt min mening i första hand på att produktutvecklingens roll för konkurrensen mellan läkemedelstillverkarna skulle beaktas. Jag kan därför inte se att kommissionen i punkt 300 skulle ha pålagts en mer omfattande omsorgsplikt på grund av de nationella prisregleringarna, vilket har hävdats av kommissionen.

198. Det förhåller sig annorlunda med punkt 276. I den punkten ansåg förstainstansrätten att det var särskilt allvarligt att underlåta att göra en ordentlig prövning av frågan om huruvida de nämnda fördelarna uppstår mot bakgrund av det rättsliga och ekonomiska sammanhang som gäller för läkemedelsbranschen, i vilken konkurrensen är snedvriden på grund av statliga interventioner. Förstainstansrätten gjorde således här en tydlig hänvisning till de nationella prisregleringarna.

199. Kommissionen har i och för sig rätt i att snedvridningen av konkurrensen på grund av de nationella prisregleringarna inte har ett direkt samband med de fördelar som de allmänna försäljningsvillkoren kan föra med sig. De nationella prisregleringarna har ett direkt samband med den konkurrensbegränsning som de allmänna försäljningsvillkoren för med sig.

200. Jag anser dock inte att förstainstansrättens huvudtanke med punkt 276 utgör felaktig

rättstillämpning. I förevarande fall finns de effektivitetsnackdelar som begränsningen av parallellhandeln för med sig på minussidan i den konkurrensrättsliga helhetsbedömning som ska göras enligt artikel 81.3 EG, medan plussidan framför allt omfattar de effektivitetsvinster som följer av att det tekniska framåtskridandet främjas. Inom ramen för kommissionens behörighet enligt artikel 81.3 EG att bevilja undantag från förbudet i artikel 81.1 EG ankommer det vidare på kommissionen att ta hänsyn till olika branschens särskilda karaktär och speciella problem.¹⁰⁷ Kommissionen måste därmed vid den avvägning som ska göras enligt artikel 81.3 EG beakta sådana omständigheter som mildrar effekterna av att parallellhandeln begränsas. Eftersom en lättare minussida kan påverka den konkurrensrättsliga helhetsbedömningen måste i sådana fall särskild omsorg visas vid fastställandet av de effektivitetsvinster som utgör plussidan vid den bedömningen. Redan på grund av det nu anförda anser jag att förstainstansrättens uttalanden i punkt 276 inte är felaktiga.

201. Kommissionen har *för det andra* invänt mot punkt 284 i den överklagade domen. Enligt kommissionen har förstainstansrätten i den punkten missförstått innehållet i det angripna beslutet när den påstod att kommissionen skulle ha angett att valutafluktuationer som till sin art har konjunkturell inverkan på parallellhandeln endast utgör en viktig komplicerande faktor för en företeelse som har sin strukturella förklaring i att medlems-

107 — Domstolens dom av den 27 januari 1987 i mål 45/85, Verband der Sachversicherer mot kommissionen (REG 1987, s. 405; svensk specialutgåva, volym 9, s. 9), punkt 15, och förstainstansrättens dom av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, SPO m.fl. mot kommissionen (REG 1995, s. II-289), punkt 253.

staterna tillämpar olika priser för ett och samma läkemedel. Kommissionen har i det angripna beslutet endast konstaterat att två separata faktorer har betydelse för parallellhandeln.

terat att denna argumentation var relevant för bedömningen av huruvida betydande objektiva fördelar uppstår och att den hade bekräftats i skälen 31, 32 och 53 i det angripna beslutet.

202. Denna invändning kan tas upp till sakprövning, eftersom invändningar om förvanskning av det angripna beslutet får framställas i samband med ett överklagande.¹⁰⁸

203. Invändningen saknar dock grund. Punkt 284 i den överklagade domen är en del av förstainstansrättens domskäl i punkterna 281–293. I dessa punkter prövade förstainstansrätten huruvida det fanns en tillräcklig motivering för kommissionens andrahands-lutsats att parallellhandeln med GSK:s läkemedel åtminstone inte märkbart påverkar GSK:s kostnader för forskning och utveckling. Förstainstansrätten har därmed prövat huruvida GSK:s argument och bevisning i frågan var relevanta, huruvida dessa hade beaktats i tillräcklig utsträckning och huruvida de hade vederlagts av kommissionen.¹⁰⁹ I punkt 283 har förstainstansrätten därvid i huvudsak återgett GSK:s argument att valutafluktuationer visserligen har påverkat parallellhandeln ekonomiska omfattning men att förekomsten av parallellhandel mellan Spanien och Förenade kungariket inte endast beror på valutafluktuationer utan också på att priserna i medlemsstaterna är strukturellt olika. I punkt 284 har förstainstansrätten konsta-

204. I konstaterandet att GSK:s argumentation bekräftas av det angripna beslutet ligger enligt min mening ingen missuppfattning av beslutets innehåll. I skälen 31 och 32 i det angripna beslutet har kommissionen nämligen angett att parallellhandeln uppstår genom ett samspel mellan två faktorer. Som anges i skäl 31 är den första faktorn strukturell genom att medlemsstaterna i avsaknad av harmonisering på gemenskapsnivå inför och tillämpar bestämmelser som syftar till att direkt eller indirekt kontrollera läkemedels-tillverkarnas försäljningspriser och fastställa hur stor del av inköpspriset som ska betalas av slutanvändaren och hur stor del som ska betalas med statliga medel. I skäl 32 hänvisas till den cykliska faktorn valutafluktuationer. Att det görs en distinktion mellan en strukturell och en cyklisk faktor pekar som jag förstår saken på att den strukturella faktorn ständigt är för handen. Jag anser inte att förstainstansrätten har gett uttryck för något annat i punkt 284 i den överklagade domen. Jag kan därför inte finna någon väsentlig skillnad mellan innehållet i det angripna beslutet och förstainstansrättens konstateranden i punkt 284.

205. Invändningen torde för övrigt falla därför att förstainstansrätten har grundat sin bedömning att GSK:s argumentation var

108 — Domen i målet DIR International Film m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 69), punkterna 44–48.

109 — Se punkt 188 och följande punkt ovan.

relevant på att denna faktor hade bekräftats av kommissionen i dess meddelande om den inre marknaden för läkemedel.¹¹⁰

206. I motsats till kommissionen anser jag att inte heller konstaterandet i punkt 284 i den överklagade domen utgör någon missuppfattning av skäl 164 i det angripna beslutet, i vilket kommissionen uttalade att parallellhandelsvariationer mellan 1996 och 1998 tycks ha mer att göra med växelkursfluktuationer än med prisnivåerna i Spanien. I punkt 285 och följande punkter i den överklagade domen har förstainstansrätten nämligen i princip sett parallellhandeln mellan Spanien och Förenta kungariket under åren 1996–1998 som ett särfall på grund av valutafluktuationer, men ändå klargjort att mot GSK:s argument och bevisning gav kommissionens uppgifter inte klart och övertygande stöd för dess slutsatser.

207. Invändningen att förstainstansrätten har missförstått det angripna beslutet i punkt 284 i den överklagade domen ska därför underkännas.

208. I detta sammanhang har kommissionen också invänt att förstainstansrättens moti-

vering i punkt 292 i den överklagade domen är felaktig, eftersom förstainstansrätten har hänvisat till kommissionens meddelande om den inre marknaden för läkemedel¹¹¹ utan att konkret ange vilken punkt som avsågs. Detta påstående är inte riktigt. Punkt 292 ska nämligen läsas i anslutning till punkt 264. Där har förstainstansrätten sammanfattat de väsentliga punkterna i kommissionens meddelande tillsammans med sidangivelser. De berörda hänvisningarna framgår av sjätte och sjunde strecksatserna i punkt 264.

209. Kommissionen har *för det tredje* invänt mot att förstainstansrätten i punkterna 281–293 i den överklagade domen fann att det inte nödvändigtvis råder någon motsägelser mellan omfattningen av de effektivitetsförluster som parallellhandeln ger upphov till och de av förstainstansrätten presumerade strukturella orsakerna till parallellhandeln. Även detta utgör enligt kommissionen en felaktig rättstillämpning vid tolkningen av det tillämpliga bedömningskriteriet, enligt vilket *betydande* fördelar måste styrkas.

210. Även denna invändning saknar grund. Förstainstansrätten har i punkterna 281–293 inte ifrågasatt att en betydande fördel måste föreligga utan endast konstaterat att kommissionen hade grundat sin slutsats att parallellhandeln inte kan antas märkbart påverka

110 — KOM(1998) 588 slutlig.

111 — KOM(1998) 588 slutlig.

forskning och utveckling på en motivering som inte var tillräckligt underbyggd därför att kommissionen inte i tillräcklig utsträckning hade beaktat och vederlagt GSK:s argument och bevisning.¹¹²

211. Kommissionen har *för det fjärde* invänt att frågan om huruvida det föreligger eller inte föreligger ett orsakssamband mellan parallellhandeln och utvecklingen av det tekniska framåtskridandet inte har samband med huruvida parallellimporten orsakas av en strukturell faktor. Här vill jag först påpeka att detta inte är huvudpunkten i förstainstansrättens motivering. Huvudpunkten är snarare att kommissionens slutsats att det inte uppkommer några betydande objektiva fördelar grundar sig på dels ett otillräckligt underbyggt konstaterande att det inte finns något orsakssamband eller märkbart orsakssamband mellan parallellhandel och forskning och utveckling, dels att kommissionen inte i tillräcklig utsträckning hade undersökt sannolikheten för att de allmänna försäljningsvillkoren kan ge effektivitetsvinster i form av att det ekonomiska framåtskridandet främjas. Vidare vill jag med hänvisning till punkterna 199 och 200 ovan betona att, i ett fall där det finns omständigheter som kan göra minussidan lättare vid den konkurrensrättsliga helhetsbedömning som ska göras enligt artikel 81.3 EG, måste särskild omsorg visas vid prövningen av huruvida det sannolikt uppkommer betydande objektiva fördelar på plussidan.

112 — När det gäller detaljerna, se punkt 239 nedan.

212. I den mån som kommissionen har invänt att det inte kan försvaras att företag genomför ensidiga konkurrensbegränsningar för att begränsa negativa effekter av nationella regleringar ska invändningen underkännas, eftersom GSK även har åberopat att de allmänna försäljningsvillkoren bidrar till betydande objektiva fördelar genom att främja tekniskt framåtskridande i den mening som avses i artikel 81.3 EG. I motsats till kommissionen anser jag slutligen inte att det utgör en motsägelse att förstainstansrätten å ena sidan i punkt 192, det vill säga inom ramen för prövningen enligt artikel 81.1 EG, har konstaterat att läkemedelsbranschens särdrag i form av främst nationella prisregleringar inte utsluter att ett avtal är konkurrensbegränsande, men å andra sidan har konstaterat att kommissionen inom ramen för beviljande av undantag enligt artikel 81.3 EG från förbudet i artikel 81.1 EG är skyldig att beakta läkemedelsbranschens särdrag.

iv) Valutafluktuationerna

213. Kommissionen har vidare klandrat förstainstansrätten för att den särskilt i punkterna 292 och 293 i den överklagade domen grundade sin bedömning på att valutafluktuationer i sig eller i samverkan med den strukturella faktor som nationella prisregleringar utgör kan motivera en konkurrensbegränsning. Detta utgör enligt kommissionen en felaktig rättstillämpning.

214. Även denna invändning saknar grund. Förstainstansrätten har inte i punkterna 292 och 293 konstaterat att ett konkurrensbegränsande avtal som endast syftar till att utjämna valutafluktuationer är berättigat enligt artikel 81.3 EG. För det första har förstainstansrätten i punkt 286 funnit att kommissionen inte hade förklarat det förhållandet att den andel av parallellimporten av läkemedel till Förenade kungariket som kom från Spanien hade varit oförändrad även vid valutafluktuationer. Kommissionens slutsats i skäl 165 och följande skäl i det angräpnade beslutet, enligt vilken parallellhandeln mellan Förenade kungariket och Spanien i huvudsak orsakades av valutafluktuationer var därför inte övertygande motiverad. För det andra var GSK:s argumentation inte begränsad till att de allmänna försäljningsvillkoren syftade till att utjämna valutafluktuationer. GSK åberopade även att de allmänna försäljningsvillkoren syftade till effektivitetsvinster genom att främja tekniskt framåtskridande enligt artikel 81.3 EG.

v) Sambandet mellan GSK:s ytterligare finansiella medel och främjandet av tekniskt framåtskridande

215. Kommissionen har som nästa punkt invänt att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning av artikel 81.3 EG genom att ställa upp mindre stränga kriterier än de kriterier som följer av rättspraxis för bedömningen av huruvida tekniskt framåtskridande främjas i den mening som avses i artikel 81.3 EG.

216. Därvid har kommissionen *för det första* klandrat förstainstansrätten för att den

i punkterna 255, 269, 281 och 300 i den överklagade domen som rättsligt bedömningskriterium tillämpade påståendet att en högre vinst stärker innovationsförmågan. Detta utgör enligt kommissionen en felaktig rättstillämpning. Företag kan nämligen använda ytterligare finansiella medel även för andra ändamål, framför allt för vinstutdelning till ägarerna.

217. Invändningen ska underkännas. Som framgår av punkt 247 i den överklagade domen har förstainstansrätten inte använt sig av något sådant bedömningskriterium, utan förutsättningen har varit att det uppkommer betydande objektiva fördelar i form av att tekniskt framåtskridande främjas. Det tekniska framåtskridandet avser inte varje fördel som uppstår för verksamhet för de företag som är parter i avtalet, utan alla betydande objektiva fördelar som är ägnade att väga upp de nackdelar som avtalet medför för konkurrensen. Förstainstansrätten konstaterade endast att det inte fanns stöd för kommissionens slutsats att det inte uppkommer betydande objektiva fördelar. Det framgår även tydligt av de kritiserade punkterna 269, 281 och 300 i den överklagade domen att förstainstansrätten grundade sig på att kommissionens slutsats i fråga om effekterna på GSK:s innovationsförmåga var otillräckligt underbyggd.

218. Kommissionen har *för det andra* hävdade att förstainstansrättens antagande att det är tillräckligt om endast en del av de ytterligare finansiella medlen investeras i forskning och utveckling innebär felaktig rättstillämpning.

219. Invändningen saknar grund. Kommissionen har inte grundat det angräpnade beslutet

på ett sådant påstående. Det är dock inte ensamt avgörande. Om det enligt artikel 81.3 EG faktiskt krävdes att betydande objektiva fördelar i den mening som avses i bestämmelsen skulle anses uppkomma endast om alla de finansiella medel som GSK erhöll som en följd av att parallellhandeln begränsades investerades i forskning och utveckling skulle nämligen GSK:s argumentation sakna relevans. GSK har nämligen åberopat att effektivitetsvinster uppstår även om läkemedelstillverkaren endast investerar en del av de ytterligare finansiella medlen i forskning och utveckling.

220. Uppkomsten av betydande objektiva fördelar i den mening som avses i artikel 81.3 EG förutsätter emellertid inte att samtliga ytterligare finansiella medel måste investeras i forskning och utveckling. Tvärt emot vad kommissionen har påstått framgår det inte av domen i målet *Verband der Sachversicherer* mot kommissionen att ett sådant krav finns.¹¹³ Enligt det första villkoret i artikel 81.3 EG ska det endast prövas huruvida det uppkommer effektivitetsvinster som är till fördel för kretsen av direkt berörda och som åtminstone uppväger den nackdel som konkurrensbegränsningen medför. Vid bedömningen av huruvida sådana effektivitetsvinster finns får visserligen andelens storlek väsentlig betydelse. Den är nämligen avgörande för huruvida investeringarna i forskning och utveckling, om det med en hög grad av sannolikhet kan antas att sådana kommer att göras, uppväger de nackdelar som följer av begränsningen av parallellhandeln. Detsamma gäller för prövningen av det andra och det tredje villkoret i artikel 81.3 EG, det vill säga för frågan om konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av vinsten och frågan

om begränsningen av parallellhandeln kan anses nödvändig. Den omständigheten att endast en viss andel investeras i forskning och utveckling kan kommissionen alltså mycket väl beakta vid sin prövning. Det finns emellertid inte fog för att underlåta att göra prövningen eller för att vid prövningen underlåta att i tillräcklig utsträckning beakta argumenten och bevisningen.

221. Kommissionen har *för det tredje* klandrat förstainstansrätten för att den i punkterna 274 och 300 i den överklagade domen har tagit hänsyn till frågan om huruvida det kan förväntas att läkemedelstillverkare eller parallellhandlare och slutkonsumenter genomför forskning och utveckling. Detta utgör enligt kommissionen en felaktig rättstillämpning, eftersom det första villkoret i artikel 81.3 EG utifrån den tankegången alltid skulle vara uppfyllt så snart finansiella medel på grund av ett avtal omfördelas från mellanhänder och konsumenter till läkemedelstillverkare.

222. Även den invändningen saknar grund. Först vill jag än en gång påpeka att förstainstansrätten endast har kontrollerat kommissionens motivering att det inte uppkommer betydande objektiva fördelar i form av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, men att förstainstansrätten inte har fattat något eget beslut. Som framgår av punkt 270 i den överklagade domen har den i punkterna 274 och 300 redogjort för GSK:s argumentation.

¹¹³ — Domen i målet *Verband der Sachversicherer* mot kommissionen (ovan fotnot 107).

223. I punkterna 274 och 300 i den överklagade domen görs ingen jämförelse mellan läkemedelstillverkarnas forskning och utveckling och den forskning och utveckling som genomförs av de spanska mellanhanderna eller konsumenterna. GSK har endast åberopat att det vid den konkurrensrättsliga helhetsbedömningen av de allmänna försäljningsvillkoren och den ekonomiska omfördelning som dessa villkor ger upphov till måste göras en jämförelse mellan å ena sidan, på plussidan, effektivitetsvinster som uppkommer genom främjandet av sådan teknisk utveckling som kan förväntas på grund av konkurrensen mellan läkemedelstillverkarna i fråga om produktutveckling, och å andra sidan, på minussidan, effektivitetsnackdelar som är att förvänta på grund av att parallellhandeln begränsas. GSK har i det sammanhanget anfört att kommissionen, när den gör en uppskattning av storleken på de effektivitetsnackdelar som är att förvänta på grund av att parallellhandeln begränsas, måste beakta att parallellhandlarna på grund av marknadsstrukturen i läkemedelsbranschen behåller den största delen av intäkterna från parallellhandeln för egen del.¹¹⁴

vi) Slutsats

224. Även den andra grunden för kommissionens överklagande ska därmed ogillas.

c) Missuppfattning av det angripna beslutet och underlåtenhet att i framtidsprognosen beakta händelser i det förflutna

225. I denna överklagandegrund invänder kommissionen att förstainstansrätten för det första har missförstått innehållet i det angripna beslutet (i), för det andra inte har tillåtit att händelser i det förflutna beaktas (ii) och för det tredje inte har tillåtit att omständigheter som inte förelåg när beslutet meddelades beaktas (iii).

i) Missuppfattning av det angripna beslutet

226. Kommissionen har till att börja med riktat sig mot förstainstansrättens domskäl i punkt 261 i den överklagade domen. I den punkten har förstainstansrätten uttalat att kommissionen endast hade gjort en begränsad prövning i skäl 156 i det angripna beslutet av frågan om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren leder till effektivitetsvinster. Kommissionens kritik på denna punkt går ut på att förstainstansrätten har missförstått det angripna beslutet.

227. Denna invändning har stor betydelse. Förstainstansrätten har grundat sina domskäl på att kommissionens motivering var otillräcklig. Skulle förstainstansrätten ha återgett innehållet i det angripna beslutet på ett felaktigt sätt skulle förstainstansrättens slutsats om en otillräcklig motivering kunna sättas i fråga.

¹¹⁴ — Angående denna aspekt, se punkt 200 ovan.

228. Invändningen kan tas upp till sakprövning, eftersom det i ett mål om överklagande är tillåtet att göra invändningar om förvanskning av innehållet i det överklagade beslutet.¹¹⁵ Invändningen om förvanskning har också enligt min mening fog för sig, eftersom förstainstansrätten i punkt 261 och följande punkter i den överklagade domen har missförstått innehållet i det angripna beslutet. Eftersom förstainstansrättens slutsats att kommissionens motivering var otillräcklig dock är riktig ska slutsatsen bekräftas med ändring av domskälen i den överklagade domen.

— Missuppfattning av innehållet i det angripna beslutet

229. Kommissionen och förstainstansrätten har uppenbarligen förespråkade olika uppfattningar om vilket bedömningssätt som ska tillämpas.

230. Kommissionen prövade i skälen 154–169 i det angripna beslutet huruvida betydande objektiva fördelar uppkommer. Den påpekade därvid att det är läkemedelsföretagen själva som bestämmer hur mycket de vill investera i forskning och utveckling. Kommissionen tillbakavisade förekomsten av betydande objektiva fördelar, eftersom det enligt dess uppfattning saknades direkt orsakssamband eller märkbart direkt orsaks-

samband mellan de ytterligare finansiella medel som GSK skulle få genom att parallellhandeln begränsades och investeringar i forskning och utveckling gjordes. Denna slutsats grundade kommissionen särskilt på en undersökning av historiska uppgifter om GSK.

231. Förstainstansrätten däremot har, som framgår särskilt av konstaterandena i punkt 295 i den överklagade domen och mellanrubrikerna före punkterna 269, 281, 294 och 304, gjort prövningen på följande sätt. *För det första* ankom det på kommissionen att pröva huruvida parallellhandeln medför effektivitetsförluster för läkemedelsindustrin i allmänhet och för GSK i synnerhet. I det sammanhanget fann förstainstansrätten att kommissionen hade grundat sin slutsats att parallellhandeln leder till effektivitetsförluster genom att GSK:s utvecklingsresurser minskas på ett otillräckligt underlag.¹¹⁶ *För det andra* ankom det på kommissionen att pröva omfattningen av de effektivitetsvinster som parallellhandeln kan leda till. Förstainstansrätten fann härvid att det inte heller fanns övertygande stöd för kommissionens andrahands slutsats att GSK inte hade styrkt att parallellhandeln medför betydande effektivitetsförluster genom att minska bolagets utvecklingsresurser.¹¹⁷ *För det tredje* ankom det på kommissionen att pröva huruvida de allmänna försäljningvillkoren leder till effektivitetsvinster. Detta hade kommissionen emellertid gjort endast genom att i skäl 156 i det angripna beslutet i huvudsak konstatera att ytterligare finansiella medel inte automatiskt skulle leda till större investeringar i forskning och utveckling, eftersom läkemedelsproducenterna själva bestämmer hur

115 — Domen i målet DIR International Film m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 69), punkterna 44–48.

116 — Punkterna 269–280 i den överklagade domen.

117 — Punkterna 281–293 i den överklagade domen.

mycket de vill investera i sådan. Den motiveringen ansåg förstainstansrätten med hänsyn till GSK:s argument och bevisning vara otillräcklig.¹¹⁸ För det fjärde ankom det på kommissionen att göra en avvägning mellan de för- och nackdelar för konkurrensen som de allmänna försäljningsvillkoren medför enligt vad som angavs i beslutet om tillämpning av artikel 81.1 EG. Detta hade inte kommissionen gjort.¹¹⁹

232. I punkt 295 i den överklagade domen fann förstainstansrätten att kommissionen, med hänsyn till hur GSK hade strukturerat sina argument och de diskussioner som fördes under det administrativa förfarandet, *inte hade rätt att låta bli* att göra prövningen på det beskrivna sättet.

233. Förstainstansrättens utgångspunkt är inte riktig. Frågan om huruvida kommissionens prövning och motivering är tillräcklig eller otillräcklig beror nämligen *i första hand* på det aktuella rekvisitet och *först i andra hand* på om kommissionen i tillräcklig utsträckning har behandlat all relevant argumentation och bevisning gällande sakomständigheterna.¹²⁰

234. Med hänsyn till hur artikel 81.3 EG är uppbyggd skulle det därmed först prövas huruvida det med tillräcklig sannolikhet

kunde antas att de allmänna försäljningsvillkoren bidrar till att främja det tekniska framåtskridandet. Det första steget i prövningen kan alltså inte beskrivas på det sätt som förstainstansrätten har gjort i punkt 295 i den överklagade domen, nämligen att kommissionen *inte hade rätt att låta bli* att pröva huruvida parallellhandeln medför effektivitetsförluster för läkemedelsindustrin i allmänhet och för GSK i synnerhet.

235. De redovisade uttalandena kan visserligen inte förstås på det sättet att det förfaringssätt som förstainstansrätten har föreslagit skulle leda till felaktiga slutsatser.¹²¹ Förstainstansrätten kan dock inte kritisera kommissionen för fel i motiveringen endast därför att kommissionen följde det förfaringssätt vid prövningen som föreskrivs i artikel 81.3 EG. Uttalandena om ett förfaringssätt som felaktigt beskrivits som nödvändigt måste inte betyda att förstainstansrätten ska anses ha missförstått innehållet i det angripna beslutet genom att ha betraktat beslutet "genom glasögon" som färgats av tanken på ett sådant förfaringssätt. Förstainstansrätten gjorde emellertid detta genom att i punkt 261 i den överklagade domen finna att kommissionen endast i skäl 156 i det angripna beslutet hade prövat frågan om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren leder till effektivitetsvinster, och där endast hade gjort en begränsad prövning. Förstainstansrätten har därmed förbisett att kommissionen inte endast i skäl 156 utan även i skäl 154 samt i skälen 157–169 i det angripna beslutet hade prövat om det med tillräcklig sannolikhet kan antas att de allmänna försäljningsvillkoren leder till effektivitetsvinster.

118 — Punkterna 294–303 i den överklagade domen.

119 — Punkterna 304–307 i den överklagade domen.

120 — Se punkt 189 ovan.

121 — Av punkterna 295 och 296 i den överklagade domen kan det förefalla som om förstainstansrätten har uppfattat effektivitetsförluster för läkemedelsindustrin av parallellhandeln som ett marknadsfenomen, såsom i meddelandet om den inre marknaden för läkemedel (KOM(1998) 588 slutlig).

236. Kommissionen har sålunda med rätta invänt att förstainstansrätten med sitt konstaterande i punkt 261 i den överklagade domen har missförstått innehållet i det angripna beslutet.

— Ändring av domskälen

237. Detta utgör dock inte skäl för att ifrågasätta förstainstansrättens slutsats att kommissionens motivering av beslutet var otillräcklig. En rättslig bedömning av de faktiska omständigheterna utifrån förstainstansrättens konstateranden utan nämnda förvanskning och andra påtalade felaktigheter leder nämligen till att motiveringen av kommissionens slutsats att betydande objektiva fördelar inte uppkommer var otillräcklig.

238. I punkterna 275–280 i den överklagade domen slog förstainstansrätten fast, att motiveringen för kommissionens slutsats att det saknades belägg för ett orsakssamband mellan de ytterligare finansiella medel som GSK skulle erhålla genom parallellhandeln och ytterligare investeringar i forskning och utveckling. Förstainstansrättens slutsats att kommissionen i skäl 157 i det angripna beslutet inte hade tillräckligt vederlagt det av GSK åberopade sambandet mellan å ena sidan de löpande intäkternas storlek eller den förväntade lönsamheten för berörda produkter och å andra sidan investeringar i forskning

och utveckling framgår särskilt av punkt 277 i den överklagade domen. Eftersom GSK hade åberopat bevisning för att dessa faktorer (de löpande intäkternas storlek eller den förväntade lönsamheten för berörda produkter) påverkas negativt av parallellhandeln hade kommissionen inte rätt att underlåta att pröva denna bevisning.¹²² I punkt 278 och följande punkt i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten bland annat att kommissionen inte hade besvarat GSK:s argument att bolaget har ett stort intresse av att investera i forskning och utveckling på grund av den starka konkurrens mellan läkemedelsbolagen som grundas på produktutveckling, men att bolaget på grund av parallellhandeln inte ges möjlighet att få full avkastning på denna investering för att återinvestera i forskning och utveckling.

239. Förstainstansrätten förklarade vidare i punkterna 281–293 i den överklagade domen att motiveringen för kommissionens slutsats att ytterligare finansiella medel i vart fall inte har någon märkbar effekt för forskning och utveckling också var otillräcklig. Förstainstansrätten fann därvid i punkt 286 att kommissionen inte hade vederlagt GSK:s argument att parallellimporten från Spanien på grund av valutafluktuationer visserligen ökade i värde men till andelen förblev oförändrad. I punkt 291 fann förstainstansrätten vidare att kommissionen i samband med prövningen av huruvida de allmänna försäljningsvillkoren kan medföra betydande fördelar endast hade beaktat parallellhandeln mellan Spanien och Förenade kungariket, medan den i samband med prövningen av

122 — Då EAEPC i fråga om punkt 277 i den överklagade domen gör invändning om en felaktig rättstillämpning i form av missuppfattning av bevisningen kan jag redan nu påpeka att invändningen ska underkännas, se punkt 279 nedan.

huruvida de allmänna försäljningsvillkoren innebar en betydande konkurrensbegränsning lade större vikt vid effekterna i andra medlemsstater. I punkt 292 pekade förstainstansrätten slutligen på att det även i framtiden kan komma att inträffa valutafluktuationer som påverkar GSK:s förluster på grund av parallellhandeln.

240. Som framgår av skäl 160 i det angripna beslutet hänvisade kommissionen visserligen till att de uppgifter som GSK tillhandahållit inte gjorde det möjligt att säkert fastställa ett direkt samband i det förflutna mellan å ena sidan ekonomiska förluster för GSK på grund av parallellhandeln och å andra sidan nedläggningen av forsknings- och utvecklingsprojekt. I beslutet fastslog kommissionen också att GSK:s investeringar i forskning och utveckling relativt sett fortsatte att stiga även under de år då GSK hade drabbats av intäktsförluster.

241. Av artikel 81.3 EG framgår emellertid inte att förekomsten av betydande objektiva fördelar endast kan visas genom att företaget styrker att det finns ett direkt samband mellan parallellhandel och investeringar i forskning och utveckling. Det är tvärtom möjligt för företaget att bevisa detta på annat sätt.¹²³

123 — I sammanhanget vill jag hänvisa till punkt 54 i kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 EG (EUT C 101, 2004, s. 97), enligt vilken effektivitetsvinster genom indirekta effekter inte utesluts *per se* utan som en *allmän regel* anses alltför osäkra och avlägsna.

242. Kommissionen kan alltså inte underlåta att beakta ett företags argument som grundas på ekonomisk sakkunskap och stöds av relevant ekonomisk och ekonometrisk bevisning endast därför att något direkt samband inte är styrkt.¹²⁴ Om företagets påståenden är allmänt hållna kan de vederläggas med en allmänt hållen motivering. Men om företagets argumentation är relevant och utförlig måste kommissionen bemöta den på motsvarande sätt. Då räcker det inte med ett enkelt påstående om att ytterligare finansiella medel kan läggas till företagets vinster, eftersom det är företagen själva som bestämmer hur mycket de vill investera i forskning och utveckling. Med ett sådant generellt konstaterande beaktas nämligen inte att företagets uppträdande på marknaden i väsentlig mån påverkas av konkurrensen med andra företag och att företagets handelsfrihet därigenom kan begränsas.

243. När det gäller sakomständigheterna vill jag först peka på att GSK enligt förstainstansrättens redovisning i punkt 256 i den överklagade domen hade åberopat ekonomisk och ekonometrisk bevisning. Vidare vill jag peka på förstainstansrättens uttalande i punkt 264 att kommissionen själv i sitt meddelande om den inre marknaden för läkemedel¹²⁵ har framhållit produktutvecklingens betydelse för konkurrensen i läkemedelsbranschen, att det hela tiden kommer ut nya varor på marknaden, de särskilda förhållanden som gäller för investeringar i forskning

124 — Se förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen (REG 2003, s. II-4653), punkt 143, där kommissionen åberopade en marknadsanalys. Den möjligheten måste finnas även för företaget.

125 — KOM(1998) 588 slutlig.

och utveckling i läkemedelsbranschen och sambandet med företagens lönsamhet.

derkännas, dock med ändring av domskäl-
en i den överklagade domen.

244. På grundval av dessa faktiska omständigheter, som förstainstansrätten är ensam behörig att fastställa och som i princip inte längre kan ifrågasättas i ett mål om överklagande, anser jag med hänsyn till mina rättsliga överväganden ovan att förstainstansrätten i punkt 301 i den överklagade domen med rätta har konstaterat att kommissionen inte hade rätt att utan närmare motivering avfärda GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och bevisningen. Här vill jag än en gång påpeka att förstainstansrätten inte har uttalat att kommissionen på grundval av GSK:s argument och bevisning borde ha funnit att betydande objektiva fördelar uppkommer. Förstainstansrätten har endast konstaterat att kommissionen inte hade gjort en fullständig prövning, eftersom den inte i tillräcklig utsträckning hade beaktat de argument och den bevisning som hade åberopats av GSK till styrkande av att betydande objektiva fördelar uppkommer, och att kommissionen skulle ha varit skyldig att vederlägga argumenten och bevisningen om de var otillräckliga.

— Slutsats

245. Förstainstansrätten har alltså med rätta konstaterat att motiveringen av kommissionens slutsats att inga betydande objektiva fördelar uppkommer var otillräcklig. Kommissionens invändning ska därmed un-

ii) Beaktande av händelser i det förflutna

246. Kommissionen har vidare invänt att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte ge kommissionen möjlighet att beakta händelser i det förflutna vid genomförandet av framtidsprognosen.

247. Även denna invändning saknar grund. Förstainstansrätten fann inte att det var utslutet att kommissionen kan beakta händelser i det förflutna. Som jag har anfört ovan har förstainstansrätten endast konstaterat att kommissionens motivering var otillräcklig, eftersom den inte i tillräcklig utsträckning hade beaktat all relevant argumentation och bevisning som åberopats av GSK.

iii) Beaktande av uppgifter som inte förelåg när det angripna beslutet meddelades

248. Kommissionen har slutligen gjort gällande att förstainstansrätten i punkterna 58 och 59 i den överklagade domen inte tillät att kommissionen i förfarandet vid förstainstans-

rätten åberopar uppgifter som inte förelåg när det angripna beslutet meddelades. Jag kan inte finna att detta utgör felaktig rättstillämpning. Som förstainstansrätten helt riktigt har uttalat i de nämnda punkterna ska prövningen av det angripna beslutet endast ske i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som rådde den dag då beslutet meddelades.¹²⁶ Jag har därför svårt att förstå hur kommissionen för att avhjälpa den bristande motiveringen av den framtidsprognos som ska göras vid den tidpunkt då det angripna beslutet meddelas genom att åberopa uppgifter som har tagits fram först efter denna tidpunkt och därför med nödvändighet inte har kunnat åberopas av kommissionen i dess motivering.

iv) Slutsats

249. Även denna grund för överklagandet ska därmed helt ogillas.

d) Felaktig tillämpning av bedömningskriterierna

250. Kommissionen har också invänt mot att bedömningskriterierna har tillämpats på ett sätt som innebär felaktig rättstillämpning. Kommissionen har påstått att förstainstansrätten dels har skapat en ny grund för ogiltigförklaring (i), dels har överskridit sina befogenheter (ii).

126 — Domstolens dom av den 7 februari 1979 i de förenade målen 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen (REG 1979, s. 321; svensk specialutgåva, volym 4, s. 287), punkt 7, och förstainstansrättens dom av den 8 mars 2007 i mål T-340/04, France Télécom mot kommissionen (REG 2007, s. II-573), punkt 126.

i) En ny grund för ogiltigförklaring

251. Kommissionen har hävdats att förstainstansrätten i punkterna 269, 277, 281, 286 och 313 i den överklagade domen skapade en ny grund för ogiltigförklaring av beslut, nämligen att kommissionen har gjort en otillräcklig undersökning eller inte på ett övertygande sätt har vederlagt företagets argument. För detta finns inget rättsligt stöd.

252. Denna invändning saknar grund. Som framgår av punkt 188 ovan är förstainstansrättens prövning av en talan om ogiltigförklaring när kommissionen har ett fritt skön att göra komplicerade ekonomiska bedömningar begränsad till att undersöka huruvida förfarandereglerna följts, huruvida motiveringen är tillräcklig, huruvida de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta samt undersöka att det inte föreligger något uppenbart misstag i bedömningen av de faktiska omständigheterna och att det inte föreligger maktmissbruk. Sådillvida motsvarar en prövning av huruvida kommissionens motivering är tillräcklig den fasta rättspraxis som anges i fotnot 100 till punkt 188 ovan.

ii) Överskridande av befogenheter

253. Kommissionen har klandrat förstainstansrätten för att den i punkterna 274 och

278 i den överklagade domen har ersatt motiveringen i beslutet med sin egen motivering. Denna invändning saknar grund. Förstainstansrätten har, som framgår särskilt av punkt 270 i den överklagade domen, i punkt 274 främst redovisat GSK:s argument att varje läkemedelstillverkare på grund av den starka konkurrens genom produktutveckling som råder i branschen har intresse av att återinvestera åtminstone en del av sin vinst i forskning och utveckling. I punkt 278 har förstainstansrätten konstaterat att kommissionen inte har behandlat denna aspekt tillräckligt och inte besvarat GSK:s argument i frågan. Även av det framgår att förstainstansrätten inte har ersatt kommissionens motivering med sin egen.

e) Bristfällig prövning på grund av förstainstansrättens kortfattade bevisvärdering och icke närmare förklarade antagande

254. Kommissionen har slutligen påtalat fel i förstainstansrättens domskäl vad gäller värderingen av den bevisning som åberopats av GSK (i) och vad gäller frågan om varför forskning och utveckling inte är möjlig utan de allmänna försäljningsvillkoren (ii).

i) Värderingen av den bevisning som åberopats av GSK

255. Kommissionen har *för det första* invänt mot förstainstansrättens uttalanden i punkterna 262 och 263 i den överklagade domen. Enligt kommissionen är förstainstansrättens slutsats i dessa punkter att GSK hade fullgjort sin del av bevisbördan med den bevisning som förstainstansrätten har angett i punkterna 256–259 felaktig. En del av de argument och den bevisning som redovisas i punkt 258 har nämligen bestritts.

256. Invändningen saknar grund. Jag påpekar på nytt att förstainstansrätten inte har prövat huruvida betydande objektiva fördelar föreligger utan endast kommissionens motivering i denna fråga. Vidare framgår särskilt av mellanrubriken före punkt 263 att förstainstansrätten i de därpå följande punkterna endast har prövat huruvida GSK:s bevisning var relevant och kommissionen på grund härav var skyldig att pröva den och i förekommande fall vederlägga den. Som framgått ovan har förstainstansrätten också prövat kommissionens motivering och konstaterat att kommissionen inte i tillräcklig utsträckning hade behandlat den argumentation och den bevisning som åberopats av GSK. Förstainstansrätten har inte grundat sin motivering på att GSK hade bevisat vissa punkter, utan på att kommissionen inte alls eller inte i tillräcklig utsträckning hade behandlat de argument och den bevisning som åberopats av GSK.

257. Kommissionen har *för det andra* invänt att förstainstansrättens motivering är motsägelsefull.

258. Kommissionen har påstått att förstainstansrätten i punkt 273 har funnit att parallellhandeln inte leder till några betydande fördelar för slutkonsumenterna, men i punkt 190 har funnit att en begränsning av parallellhandeln medför nackdelar för konsumenterna. Denna invändning saknar grund. Som framgår särskilt av punkt 270 i den överklagade domen har förstainstansrätten i punkt 273 främst redovisat de argument och den bevisning som åberopats av GSK.

259. Kommissionen har vidare invänt att förstainstansrätten i punkterna 133, 143 och 144 slog fast att läkemedelsbranschen är avskärmd från samspelet mellan utbud och efterfrågan, medan den i punkterna 271 och 272 beskrev detta samspel på ett riktigt sätt. Eftersom kommissionens invändning därmed innehållsmässigt inte riktas mot motiveringen i punkterna 271 och 272 utan motiveringen i punkterna 133, 143 och 144 ska invändningen avvisas på de grunder som anges i punkterna 42–47 i detta förslag till avgörande. För övrigt vill jag påpeka att första-

instansrätten, som framgår av punkt 270 i den överklagade domen, i punkterna 271 och 272 främst har redovisat GSK:s argumentation.

260. *För det tredje* har kommissionen invänt att motiveringen i punkt 265 i den överklagade domen är bristfällig. Förstainstansrätten har i den punkten funnit att kommissionens meddelande om den inre marknaden för läkemedel¹²⁷ ger stöd åt en del av GSK:s argument. Kommissionen har påstått att uttalandet inte är möjligt att förstå, eftersom det inte står klart vilka av GSK:s argument som avses. Även denna invändning saknar grund. Vid en jämförelse mellan GSK:s argument i punkterna 258 och 259 och sammanfattningen i punkt 264 av de väsentliga punkterna i kommissionens meddelande om den inre marknaden för läkemedel framgår tillräckligt tydligt vilka argument som bekräftas av meddelandet. Det gäller särskilt produktutvecklingens betydelse, att det hela tiden kommer ut nya varor på marknaden, finansieringen av investeringar i forskning och utveckling och det samband som råder med företagets lönsamhet samt den strukturella faktor som de nationella prisregleringarna i medlemsstaterna utgör. Förstainstansrätten har hänvisat till meddelandet även i punkt 284 för att bekräfta att argumentet om den strukturella faktor som de nationella prisregleringarna utgör är relevant. För övrigt skulle ett fel i motiveringen inte vara av väsentlig betydelse. Om ett företag åberopar argument och bevisning till stöd för

127 — KOM(1998) 588 slutlig.

sin talan måste kommissionen ta tillräcklig hänsyn till detta. I detta fall har relevansen hos GSK:s argument endast förstärkts av innehållet i kommissionens meddelande.

ii) Förklaring saknas till varför forskning och utveckling inte är möjlig utan de allmänna försäljningsvillkoren

261. Kommissionen har till sist riktat sig mot punkterna 278 och 297 i den överklagade domen. Förstainstansrätten har lämnat en felaktig motivering, eftersom den inte har förklarat varför GSK inte kan investera tillräckligt i forskning och utveckling utan de ytterligare finansiella medlen.

262. Även denna invändning saknar grund. Jag vill på nytt påpeka att förstainstansrätten i punkterna 253–308 i den överklagade domen har begränsat sig till att pröva kommissionens motivering i frågan om huruvida det första villkoret i artikel 81.3 EG är uppfyllt, det vill säga huruvida betydande objektiva fördelar uppkommer. I punkt 278 har förstainstansrätten funnit att kommissionen med sin motivering att GSK kan finansiera sina investeringar i forskning och utveckling från andra budgetposter inte är tillräcklig som svar på GSK:s argument att GSK har ett starkt intresse av att investera i forskning och utveckling på grund av den konkurrens mellan läkemedelsbolagen som produktutvecklingen utgör. I motsats till vad kommissionen har gjort gällande ankommer det inte på förstainstansrätten att ersätta kommissionens motivering med sin egen

motivering. Frågan om huruvida en läkemedelstillverkare kan bemöta en vinstnedgång med att minska sina kostnader hänförliga till andra budgetposter än forskning och utveckling har för övrigt inget samband med frågan om huruvida betydande objektiva fördelar uppkommer utan med frågan om huruvida en konkurrensbegränsning är nödvändig för att uppnå fördelarna. Den rör alltså det tredje villkoret i artikel 81.3 EG.

2. De övriga villkoren i artikel 81.3 EG

263. Kommissionen har slutligen invänt att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i punkt 309 i den överklagade domen, i vilken den beaktade kommissionens motivering angående de övriga villkoren i artikel 81.3 EG.

264. I den mån som kommissionen *för det första* har invänt att förstainstansrätten inte själv har lämnat någon motivering när det gäller frågan om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren är nödvändiga vill jag peka på vad jag sagt ovan i punkt 188, nämligen att förstainstansrätten inte får ersätta kommissionens bedömning med sin egen. Förstainstansrätten gjorde således en riktig bedömning när den begränsade sig till en kontroll av kommissionens motivering.

265. I motsats till kommissionen anser jag inte att förstainstansrätten har missförstått skäl 187 i det angripna beslutet när den i punkt 309, vilken rör frågan om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren var nödvändiga, fann att kommissionens slutsatser var otillräckliga, eftersom de avsåg kommissionens slutsats att det inte förelåg några betydande fördelar.

266. Av skäl 187 i det angripna beslutet framgår nämligen att kommissionen hade motiverat sin slutsats med att de allmänna försäljningsvillkoren inte var nödvändiga med att det inte var styrkt att det förelåg någon fördel och att det därför inte fanns anledning att pröva huruvida villkoren var nödvändiga. Detta talar mot antagandet att kommissionen gjorde en faktisk prövning av frågan om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren är nödvändiga.

267. Om kommissionens konstaterande i skäl 157 i det angripna beslutet att GSK kan finansiera sin forskning och utveckling även från andra budgetposter trots denna motivering ska lyftas fram, vill jag peka på följande. Att ett konkurrensbegränsande avtal är nödvändigt innebär visserligen mer än att avtalet bidrar till de positiva målen.¹²⁸ Ett avtal

är emellertid inte endast nödvändigt när de eftersträlvade fördelarna annars inte kan uppnås, utan även när detta inte är möjligt i samma omfattning, inom samma tidsrymd eller med samma säkerhet. Vid den bedömningen ska hänsyn tas till sådana marknadsförhållanden och ekonomiska förutsättningar som avtalsparterna konfronteras med.

268. Av kommissionens motivering i skäl 157 i det angripna beslutet framgår visserligen att det inte är uteslutet att en ökning av investeringarna i forskning och utveckling kan finansieras på andra sätt. Det framgår dock inte om en ökning av investeringarna i forskning och utveckling kommer att ske i samma omfattning eller med samma säkerhet. I sammanhanget ska beaktas att GSK påstod att läkemedelsbolagen skulle göra större investeringar i forskning och utveckling i absoluta tal om deras intäkter var större i absoluta tal. Även med beaktande av motiveringen i skäl 157 i det angripna beslutet går det således inte att ifrågasätta förstainstansrättens slutsats i punkt 309 i den överklagade domen att kommissionens motivering av sin slutsats att villkoret inte var uppfyllt är ofullständig.

269. Därmed ska även denna grund för överklagandet ogillas.

128 — Domen i målet Consten och Grundig (ovan fotnot 26), s. 397.

3. Sammanfattande slutsats

270. Kommissionens överklagande och anslutningsöverklagande i målen C-513/06 P och C-501/06 P ska ogillas i sin helhet.

273. Som jag har redovisat i punkterna 226–236 ovan grundar sig punkt 261 i den överklagade domen visserligen på en felaktig rättstillämpning, men invändningen ska ändå underkännas, eftersom förstainstansrättens slutsats att kommissionens motivering var otillräcklig är riktig, se punkterna 237–245 ovan.

2. Bevisbördan

C — EAEP:s överklagande i mål C-515/06 P

271. EAEP har åberopat tre grunder till stöd för sitt överklagande i mål C-515/06 P.

274. I samband med sin andra grund för överklagandet har EAEP, för det första invänt mot att förstainstansrätten i punkt 258 i den överklagade domen ansåg att GSK:s argument var relevanta fastän GSK inte hade visat att de ytterligare finansiella medel som GSK erhåller på grund av att parallellhandeln begränsas också direkt leder till ökade investeringar i forskning och utveckling. Denna invändning ska underkännas.

1. Artikel 81.3 EG – dess roll och funktion

272. EAEP:s första grund för överklagandet riktas i huvudsak mot förstainstansrättens slutsats i punkt 261 i den överklagade domen att kommissionen endast hade gjort en begränsad prövning i skäl 156 i det angripna beslutet av frågan om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren leder till effektivitetsvinster. EAEP har anfört att förstainstansrättens slutsats innebär felaktig rättstillämpning, eftersom den beror på en missuppfattning av GSK:s argumentation och det angripna beslutet.

275. Det ska först påpekas att förstainstansrätten endast har prövat kommissionens motivering. Som framgår av punkt 186 ovan har förstainstansrätten riktigt klargjort att det ankom på GSK att genom argument och bevis styrka att betydande objektiva fördelar med tillräcklig grad av sannolikhet uppkommer. Förstainstansrätten har inte funnit att GSK genom sina argument och sin bevisning förmått styrka att betydande objektiva fördelar uppkommer utan endast funnit att kommissionens prövning var ofullständig, eftersom kommissionen inte, eller inte i tillräcklig utsträckning, hade beaktat och vederlagt all relevant argumentation och bevisning

som GSK hade åberopat, bland annat den ekonometriska utredning som anges i punkt 256 i den överklagade domen och att kommissionens motivering i denna del var otillräcklig.

276. EAEPC har *för det andra* invänt mot förstainstansrättens uttalande i punkt 274 i den överklagade domen att det förhållandet att de ytterligare finansiella medlen stannar hos läkemedelstillverkarna sannolikt leder till effektivitetsvinster jämfört med vad som sker om vinsten delas med mellanhänderna. Denna invändning ska underkännas redan av det skälet att förstainstansrätten, som framgår av punkt 270 i den överklagade domen, i punkterna 271–274 främst har redovisat GSK:s argumentation.

3. Felaktig bevisvärdering eller underlåtenhet att beakta bevisning

277. I sin tredje grund för överklagandet har EAEPC gjort en invändning om felaktig rättstillämpning i fråga om bevisbördans övergång samt en invändning om felaktig bedömning och förvanskning av sakomständigheter.

a) Bevisbördans övergång

278. I den mån som EAEPC *för det första* har invänt att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom

att förutsätta att bevisbördan har gått över på kommissionen, ska den invändningen med hänvisning till vad jag har anfört i punkterna 187–191 ovan underkännas. Förstainstansrätten konstaterade endast att kommissionen i sin motivering inte i tillräcklig utsträckning hade beaktat och vederlagt all relevant argumentation och bevisning som GSK åberopat. I det sammanhanget måste jag underkänna även EAEPC:s argument att bevisbördan i detta fall kan övergå på kommissionen endast om det på grund av GSK:s argumentation kan antas att effektivitetsvinster uppkommer. Eftersom förstainstansrätten utövar en begränsad kontroll vid bedömningen av komplicerade ekonomiska förhållanden skulle det vara fel att tillämpa en sådan presumtion. Det skulle nämligen innebära att förstainstansrätten överskred sina begränsade befogenheter och gjorde en egen bedömning.

279. EAEPC har *för det andra* invänt att det förekommer en missuppfattning av bevisningen i punkt 277 i den överklagade domen. I punkt 277 har förstainstansrätten hänvisat till att studien *Frontier Economics II* visserligen visar att parallellhandeln inte är den viktigaste faktorn som påverkar beslut om forskning och utveckling, men att det i studien också anges att dessa beslut även påverkas av bland annat de löpande intäkternas storlek eller den förväntade lönsamheten för de produkter som håller på att tas fram genom forskning och utveckling. Eftersom GSK åberopade att dessa faktorer påverkas negativt av parallellhandeln hade kommissionen inte rätt att låta bli att fördjupa sin undersökning på denna punkt med beaktande av GSK:s bevisning.

280. EAEPC har gjort gällande att förstainstansrätten har tolkat studien så, att det finns ett direkt samband mellan parallellhandel och investeringar i forskning och utveckling. Invändningen saknar grund. Av punkt 277 i den överklagade domen framgår snarare en underindelning av detta samband i två led, varav GSK har hämtat stöd från studien endast för det första. GSK har visserligen åberopat studien i ett första steg för att visa sambandet mellan å ena sidan de löpande intäkternas storlek eller den förväntade lönsamheten för berörda produkter och å andra sidan investeringar i forskning och utveckling. I ett andra steg har GSK med åberopande av ytterligare bevisning gjort gällande att dessa faktorer (de löpande intäkternas storlek, den förväntade lönsamheten för berörda produkter) påverkas negativt av parallellhandeln. I motsats till EAEPC kan jag därför inte finna att det av punkt 277 i den överklagade domen framgår att förstainstansrätten av studien har utläst att det föreligger ett direkt samband mellan parallellhandel och investeringar i forskning och utveckling.

b) Felaktig bedömning eller underlåtenhet att beakta faktiska omständigheter som framgår av handlingarna

281. EAEPC har också riktat sig mot punkt 275 i den överklagade domen. Förstainstansrätten har missförstått det angripna beslutet genom att finna att kommissionen hade underlåtit att göra en ordentlig prövning

av GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och bevisning och genom att endast göra vissa anmärkningar som var ofullständiga samt föga relevanta eller övertygande. Den felaktiga rättstillämpning som har behandlats i punkterna 226–236 ovan berör visserligen även uttalandet i punkt 275. Invändningen ska emellertid underkännas på de skäl som anges i punkterna 237–244 ovan, eftersom förstainstansrätten ändå drog den riktiga slutsatsen att kommissionens motivering var otillräcklig.

282. EAEPC har också invänt mot att förstainstansrätten inte har beaktat kommissionens uttalande i skäl 157 i det angripna beslutet att GSK:s investeringar i forskning och utveckling kunde finansieras även av andra medel, och att nödvändighetskriteriet enligt artikel 81.3 EG därför inte är uppfyllt. Invändningen ska underkännas i den mån den riktas mot skäl 275 i den överklagade domen, eftersom den inte är relevant vid prövningen av huruvida betydande objektiva fördelar uppkommer. EAEPC:s invändning kan inte heller vinna framgång som en invändning mot punkt 309 och följande punkter i den överklagade domen, i vilka förstainstansrätten fann att motiveringen av kommissionens slutsats att de allmänna försäljningsvillkoren inte uppfyller kravet på nödvändighet är otillräcklig. För det första skulle invändningen inte kunna upptas till sakprövning, eftersom EAEPC i ett sådant fall inte tydligt har angett vilken del av den överklagade domen som avses.¹²⁹ För det andra skulle invändningen under alla omständigheter underkännas på de skäl som anges i punkterna 265–268 ovan.

129 — Se den rättspraxis som anges i fotnot 97.

c) Faktiska omständigheter som är felaktiga har tagits i beaktande

D — *Aseprofars*
i mål C-519/06 P

överklagande

283. Slutligen ska även EAEPC:s invändning mot punkt 273 i den överklagade domen om att förstainstansrätten har gjort en felaktig tolkning av begreppet slutkonsument underkännas. Av punkt 270 i den överklagade domen framgår att förstainstansrätten i punkterna 271–274 främst har redovisat GSK:s argumentation.

286. Aseprofar har till stöd för sitt överklagande i mål C-519/06 P åberopat två grunder, av vilka den första riktas mot förstainstansrättens domskäl i fråga om det första villkoret i artikel 81.3 EG (1) och det andra riktas mot domskälen i fråga om övriga villkor i artikel 81.3 EG (2).

284. I den mån som EAEPC slutligen har gjort gällande att förstainstansrättens domskäl i fråga om de allmänna försäljningsvillkorens konkurrensbegränsande syfte utgör felaktig rättstillämpning, ska denna invändning avvisas på de grunder som anges i punkterna 42–47 ovan.

1. Det första villkoret i artikel 81.3 EG

287. Aseprofars första grund för överklagandet riktas mot förstainstansrättens slutsatser i punkt 301 i den överklagade domen. I den punkten har förstainstansrätten funnit att kommissionen inte hade kunnat nöja sig med att i skäl 156 i det angripna beslutet avfärda GSK:s argument med motiveringen att den fördel som GSK hade beskrivit inte med nödvändighet skulle komma att realiseras.

4. Slutsats

285. EAEPC:s överklagande i mål C-515/06 P ska således ogillas i sin helhet.

288. I sammanhanget har Aseprofar främst anført att skälen 156–161 i det angripna beslutet inte innehåller någon uppenbart

oriktig bedömning. I förevarande fall hade kommissionen fog för att fastslå att det inte hade styrkts något orsakssamband mellan parallellhandel och forskning och utveckling. Förstainstansrättens slutsats i punkt 301 i den överklagade domen utgör därför felaktig rättstillämpning.

289. Denna invändning ska underkännas med hänvisning till uttalandena i punkt 252 och följande punkt samt punkterna 237–241 ovan. Förstainstansrätten har visserligen missförstått innehållet i det angripna beslutet men har riktigt funnit att motiveringen av kommissionens beslut var otillräcklig, eftersom kommissionen inte i tillräcklig utsträckning hade beaktat och vederlagt all relevant argumentation och bevisning som åberopats av GSK.

290. I den mån som Aseprofar i detta sammanhang *vidare* har invänt att förstainstansrätten inte har beaktat att GSK till nöds har kunnat finansiera sin forskning och utveckling genom att uppta lån, ska invändningen underkännas med hänvisning till uttalandena i punkterna 265–269 ovan. Jag vill dessutom påpeka att GSK hade lämnat förklaringar till varför dessa investeringskostnader vanligen och i GSK:s fall uteslutande finansieras med eget kapital, vilket kommissionen inte gick närmare in på.

291. Underkännas ska *också* invändningen om att förstainstansrätten felaktigt har ansett att det förekommit fel vad avser motiveringen

i strid med artikel 253 EG. Som tydligt framgår av punkterna 210–213 i den överklagade domen gäller förstainstansrättens slutsatser i punkt 301 inte något åsidosättande av formföreskriften i artikel 253 EG, utan den felaktighet i sak i motiveringen som följer av att de argument och den bevisning som åberopats av GSK inte hade prövats i tillräcklig utsträckning.

292. *Slutligen* ska invändningen att förstainstansrätten har infört en ny grund för ogiltigförklaring underkännas med hänvisning till punkt 251 och följande punkter ovan, och invändningen att förstainstansrätten otillbörligt har ersatt kommissionens bedömning med sin egen ska underkännas med hänvisning till punkt 188 ovan.

2. De övriga villkoren i artikel 81.3 EG

293. I sin andra överklagandegrund har Aseprofar riktat sig mot punkterna 309–315 i den överklagade domen. I dessa punkter har förstainstansrätten funnit att kommissionens motivering i fråga om de övriga villkoren var otillräcklig. Aseprofar har invänt att förstainstansrätten inte har tagit hänsyn till att företaget har bevisbördan för att villkoren i artikel 81.3 EG är uppfyllda. Förstainstansrätten borde därför inte ha behandlat kommissionens motivering såsom alltför summarisk utan att dessförinnan ha prövat huruvida GSK hade åberopat relevanta argument och bevis i fråga om de övriga villkoren.

a) Skälig andel till konsumenterna

294. Aseprofar har som första punkt invänt att förstainstansrätten felaktigt har ansett att kommissionens motivering i fråga om skälig andel till konsumenterna var otillräcklig. Det enda som GSK åberopade var att parallellhandeln inte medför några fördelar för konsumenterna. GSK hade heller inte visat att konsumenterna skulle komma i åtnjutande av en väsentlig del av effektivitetsvinsterna. Dessutom angav kommissionen i det angripna beslutet vilka nackdelar som en begränsning av parallellhandeln leder till.

295. Invändningen är ogrundad. Förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den konstaterade att kommissionens motivering i fråga om en skälig andel till konsumenterna var otillräcklig. GSK hade åberopat att parallellhandeln leder till effektivitetsförluster. Detta innefattade att effektivitetsvinster i form av tekniskt framåtskridande överväger effektivitetsförluster som följer av en begränsning av parallellhandeln.¹³⁰ Detta har kommissionen inte prövat tillräckligt ingående. Som förstainstansrätten riktigt konstaterade hade kommissionen i skäl 179 i det angripna beslutet främst grundat sin bedömning på att GSK inte hade visat att betydande objektiva fördelar uppkommer. Kommissionen skulle dessutom ha kunnat grunda sitt beslut på att GSK inte hade visat att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av vinsten. En självständig motivering som är fristående från bedömningen av huruvida det första villkoret är uppfyllt skulle emellertid ha förutsatt att kommissionen hade prövat det andra villkoret i andra

hand när det första villkoret var uppfyllt. En sådan prövning kunde ha utmynnat i att kommissionen med hänsyn till de fördelar som GSK hade åberopat konstaterade att nackdelarna som följer av att parallellhandeln begränsas även i detta fall överväger fördelarna. Något sådant har kommissionen emellertid inte gjort. Med sin beskrivning i skälen 183–186 i det angripna beslutet av de effektivitetsförluster som följer av begränsningen av parallellhandeln vederlade kommissionen i första hand GSK:s argument att parallellhandeln inte leder till några fördelar för slutkonsumenterna. Någon avvägning mellan effektivitetsvinster och effektivitetsförluster har kommissionen emellertid inte gjort.

b) Kravet på nödvändighet

296. Aseprofar har vidare invänt att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att finna att kommissionens motivering i fråga om villkoret att konkurrensbegränsningen ska vara nödvändig för att uppnå effektivitetsmålen är felaktig. Om detta anförde GSK endast att de allmänna försäljningsvillkoren behövs för att utjämna den av Spanien förorsakade snedvridningen av konkurrensen. GSK åberopade inte att det saknas andra möjligheter att främja det tekniska framåtskridandet.

130 — Se ovan fotnot 121.

297. Även denna invändning saknar grund. Det är visserligen riktigt att företagen har bevisbördan för att villkoren i artikel 81.3 EG är uppfyllda. Förfarandet enligt artikel 4 i förordning nr 17 är emellertid ett administrativt förfarande i vilket principen om officialprövning gäller.¹³¹ Ett företag kan kräva att kommissionen gör en ordentlig prövning av dess begäran om undantag för ett avtal enligt artikel 81.3 EG. Kommissionen får därvid inte begränsa sig till att begära att företaget visar att förutsättningarna för undantag föreligger, utan måste även enligt principen om god förvaltningssed med de medel som står till buds bidra till att utreda vilka faktiska omständigheter som är rättsligt relevanta.¹³² Detta betyder inte att kommissionen måste visa att villkoren i artikel 81.3 EG inte är uppfyllda. Det följer emellertid av principen om god förvaltningssed och av allmänna förvaltningsrättsliga principer att kommissionens motivering om att ett villkor i artikel 81.3 EG inte är uppfyllt måste ha ett grundat innehåll för att kommissionen ska kunna grunda ett avslagsbeslut på motiveringen. I detta minimikrav ingår främst konstaterandet att villkoret i fråga inte är uppfyllt. Av motiveringen måste också åtminstone framgå att kommissionen har gjort en prövning av villkoret i fråga.

298. Kommissionens motivering i skäl 187 består emellertid endast av konstaterandet att villkoret om nödvändighet inte ska prövas eftersom det första villkoret inte är uppfyllt.

131 — Schröter, H. (ovan fotnot 106), artikel 81.3 EG, punkt 307.

132 — Domen i målet Consten och Grundig mot kommissionen (ovan fotnot 26), sidan 395 och följande sida.

Kommissionen har alltså klargjort att den inte har prövat detta villkor. Förstainstansrätten har därför i punkt 309 och följande punkter i den överklagade domen korrekt konstaterat att kommissionens motivering inte var tillräcklig.

c) Möjlighet att sätta konkurrensen ur spel

299. Aseprofar har till sist invänt att förstainstansrätten felaktigt har funnit att kommissionens motivering är otillräcklig när det gäller det fjärde villkoret i artikel 81.3 EG, det vill säga när det gäller möjligheten att sätta konkurrensen ur spel. Kommissionen hade i skäl 188 i det angripna beslutet funnit att GSK inte hade åberopat någon bevisning om detta. Kommissionen slog även fast att GSK hade betydande marknadsandelar på vissa produkter i några medlemsstater. Förstainstansrätten har vidare i punkt 315 i den överklagade domen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom uttalandet att kommissionen borde ha gjort en avvägning mellan begränsningen av priskonkurrensen och konkurrensen i form av produktutveckling. Kommissionen var inte skyldig att vederlägga argument som inte hade åberopats av GSK under det administrativa förfarandet. För övrigt hade en sådan avvägning fått till resultat att priskonkurrensen skulle ges företräde. Slutligen har förstainstansrätten inte varit

övertygande när den i punkt 314 hänvisade till att marknadsdefinitionen inte varit tillräckligt klargörande. Oberoende av marknadsdefinitionen måste GSK anses ha en stark marknads-makt.

därmed en riktig bedömning när den konstaterade att kommissionen inom dessa ramar åtminstone borde ha beaktat att GSK i fråga om patentskyddade läkemedel var utsatt för potentiell konkurrens från tillverkare av generiska läkemedel när patenten löpte ut.

300. Dessa invändningar ska underkännas redan därför att de saknar betydelse för utgången i målet. Förstainstansrätten har grundat sin slutsats främst på motiveringen i punkt 312 i den överklagade domen, i vilken den har hänvisat till att kommissionen i realiteten inte har tagit ställning i frågan om GSK:s marknadsandel. Eftersom Aseprofars inte har invänt mot den delen av domskälen, saknar den invändning som riktats mot punkterna 314 och 315 i den överklagade domen betydelse.

3. Slutsats

302. Även Aseprofars överklagande ska ogillas i sin helhet.

301. Invändningen skulle för övrigt ändå anses sakna grund. Först vill jag påpeka att kommissionen mot Aseprofars uppfattning i skäl 188 i det angripna beslutet inte har uttalat att GSK inte hade åberopat något beträffande det fjärde villkoret. Förstainstansrätten har endast uttalat att GSK i det sammanhanget inte hade framfört några argument som inte redan hade framförts i något annat sammanhang. Dessutom kan kommissionen enligt principen om god förvaltningssed¹³³ inte låta bli att pröva vissa frågor som är uppenbara eller som framgår av vad parterna har anfört, endast av det skälet att parterna inte uttryckligen har åberopat dem i samband med något av villkoren i artikel 81.3 EG. Förstainstansrätten gjorde

E — *Slutsats*

303. Jag föreslår därmed att kommissionens överklagande i mål C-513/06 P, EAEPC:s överklagande i mål C-515/06 P, Aseprofars överklagande i mål C-519/06 P samt kommissionens och Aseprofars anslutningsöverklaganden i mål C-501/06 P helt ska ogillas.

304. I detta sammanhang vill jag dock peka på att artikel 2 i det angripna beslutet upphävs eftersom kommissionens motivering var otillräcklig. Det har därmed inte fattats något beslut om huruvida de allmänna försäljningsvillkoren ska medges undantag enligt artikel 81.3 EG.

133 — Domen i målet Consten och Grundig mot kommissionen (ovan fotnot 26), sidan 395 och följande sida.

VII — Sammanfattning

305. Överklagandena ska således ogillas. GSK:s överklagande i mål C-501/06 P ska dock ogillas med ändring av domskälen i fråga

om de allmänna försäljningsvilkorens konkurrensbegränsande syfte. Kommissionens, EAEP:s och Aseprofars överklaganden i målen C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P liksom kommissionens och Aseprofars anslutningsöverklaganden i mål C-501/06 P, ska ogillas med ändring av den del av domskälen i vilken förstainstansrätten har missförstått det angripna beslutet.

VIII — Förslag till avgörande

På grund av det anförda föreslår jag att domstolen

1) ogillar GSK:s överklagande i mål C-501/06 P samt kommissionens, EAEP:s och Aseprofars anslutningsöverklaganden i det målet,

2) ogillar kommissionens överklagande i mål C-513/06,

- 3) ogillar EAEP:s överklagande i mål C-515/06 P, och

- 4) ogillar Aseprofars överklagande i mål C-519/06 P.