ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer — uitgebreid)

27 september 2006 *

In zaak T-168/01,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, voorheen Glaxo Wellcome plc, gevestigd te Brentford, Middlesex (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door I. Forrester, QC, F. Depoortere, T. Louko, S. Martínez Lage, A. Schulz en I. Vandenborre, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door P. Oliver, vervolgens door É. Gippini Fournier, als gemachtigden,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

ondersteund door

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), gevestigd te Brussel (België), aanvankelijk vertegenwoordigd door U. Zinsmeister en M. Lienemeyer, vervolgens door A. Martin-Ehlers en ten slotte door M. Hartmann-Rüppel, advocaten,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, gevestigd te Mülheim an der Ruhr (Duitsland), aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Epping en W. Rehmann, vervolgens door Rehmann, advocaten,

Spain Pharma, SA, gevestigd te Madrid, vertegenwoordigd door P. Muñoz Carpena, B. Ortúzar Somoza en R. Gutiérrez Sánchez, advocaten,

en

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), gevestigd te Madrid (Spanje), aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Araujo Boyd en R. Sanz, vervolgens door Araujo Boyd en J. L. Buendia Sierra, advocaten,

interveniënten,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van beschikking 2001/791/EG van de Commissie van 8 mei 2001 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag [Zaken IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (aanmelding), IV/36.997/F3 — Aseprofar en Fedifar (klacht), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (klacht), IV/37.138/F3 — BAI (klacht) en IV/37.380/F3 — EAEPC (klacht)] (PB L 302, blz. 1),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: H. Legal, kamerpresident, P. Lindh en I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas en E. Moavero Milanesi, rechters,

griffier: C. Kristensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 juni 2006,

het navolgende

Arrest

Het rechtskader en de feiten

Gemeenschapsrecht

1 Volgens artikel 3, lid 1, sub g, EG omvat het optreden van de Gemeenschap een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst.

2 Artikel 81, lid 1, EG bepaalt onder andere dat elke overeenkomst tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden is.

3 Artikel 81, lid 3, EG bepaalt dat de bepalingen van artikel 81, lid 1, EG buiten toepassing kunnen worden verklaard, onder andere voor elke overeenkomst tussen ondernemingen die bijdraagt tot een verbetering van de distributie van producten of de technische of economische vooruitgang bevordert, mits een billijk aandeel van de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de ondernemingen de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

4 Op 21 december 1988 heeft de Raad op basis van artikel 100 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG) richtlijn 89/105/EEG betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van de prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opneming daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg (PB 1989, L 40, blz. 8) vastgesteld. Deze heeft tot doel, een overzicht te krijgen van de maatregelen die de lidstaten hebben vastgesteld betreffende de prijsstelling van geneesmiddelen en de directe en indirecte controles van de geneesmiddelenprijzen teneinde de uitgaven in de sector gezondheidszorg voor die producten in de hand te houden, en de dispariteiten tussen deze maatregelen, die het intracommunautaire handelsverkeer in geneesmiddelen kunnen belemmeren of verstoren en daardoor de werking van de gemeenschappelijke geneesmiddelenmarkt rechtstreeks kunnen beïnvloeden, op te heffen. Daartoe stelt zij als eerste stap een reeks eisen die als doel hebben, de betrokkenen in staat te stellen om na te gaan of de nationale maatregelen geen kwantitatieve beperkingen van de in- of uitvoer of maatregelen van gelijke werking vormen. Deze eisen laten echter het beleid van de lidstaten en het nationale beleid inzake prijsstelling en de vaststelling van socialezekerheidsstelsels ongemoeid, behoudens voor zover dat noodzakelijk is ter wille van de doorzichtigheid. De aan de lidstaten gestelde termijn om aan deze richtlijn te voldoen is op 31 december 1989 verstreken.

Spaans recht

5 Op 20 december 1990 heeft het Koninkrijk Spanje de Ley 25/1990 del Medicamento (wet nr. 25/1990 betreffende geneesmiddelen, BOE nr. 306 van 22 december 1990, blz. 2643; hierna: „wet nr. 25/1990") vastgesteld. Deze wet is gewijzigd bij onder andere Ley 66/1997 van 30 december 1997 (BOE nr. 313 van 31 december 1997, blz. 38517) en tijdens de administratieve procedure die tot de vaststelling van de in de onderhavige zaak bestreden beschikking heeft geleid, bij Ley 55/1999 van 30 december 1999 (BOE nr. 312 van 30 december 1999, blz. 46095).

6 Op 23 februari 1990 heeft het Koninkrijk Spanje Real Decreto 271/1990 de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas

de uso humano (koninklijk besluit nr. 271/1990 inzake de reorganisatie van de interventies in de prijzen van farmaceutische specialiteiten voor menselijk gebruik, BOE nr. 53 van 2 maart 1990, blz. 6086; hierna: „besluit nr. 271/1990") vastgesteld. Dit besluit heeft met name tot doel, het Koninkrijk Spanje in staat te stellen om te voldoen aan richtlijn 89/105.

7 De bepalingen van titel VIII van wet nr. 25/1990 en van besluit nr. 271/1990 bevatten in het bijzonder een regeling voor interventies door het Spaanse ministerie van Volksgezondheid en Consumptie en de daaronder ressorterende Comisión interministerial de precios de los medicamentos (interministerieel comité voor geneesmiddelenprijzen) (hierna gezamenlijk: „Spaanse autoriteiten") in de maximale groothandelsprijzen van de geneesmiddelen die door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg worden betaald.

Voorgeschiedenis van het geding

8 Verzoekster, GlaxoSmithKline Services Unlimited, voorheen Glaxo Wellcome plc (hierna: „GSK"), is een vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Brentford (Verenigd Koninkrijk). De groep GlaxoSmithKline, waartoe zij behoort, is een van de belangrijkste producenten van farmaceutische producten ter wereld. Deze is tot stand gekomen door de fusie van Glaxo Wellcome plc en Smithkline Beecham plc, een fusie die de Commissie bij beschikking van 8 mei 2000 (Zaak nr. IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham) heeft goedgekeurd.

9 Glaxo Wellcome, SA (hierna: „GW"), een vennootschap naar Spaans recht, gevestigd te Madrid (Spanje), is een van de Spaanse dochterondernemingen van de groep GlaxoSmithKline. Haar belangrijkste activiteit is de ontwikkeling, vervaardiging en verkoop van geneesmiddelen in Spanje, zowel rechtstreeks als via haar dochterondernemingen.

10 Bij brief van 6 maart 1998 heeft GW een document, getiteld „Algemene voorwaarden voor de verkoop van farmaceutische specialiteiten van [GW] en haar dochterondernemingen aan erkende groothandels" (hierna: „algemene verkoopvoorwaarden"), bij de Commissie aangemeld om een negatieve verklaring of een vrijstelling krachtens verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204) te verkrijgen. Bij brief van 28 juli 1998 heeft GSK de Commissie een aanvullende aanmelding gestuurd.

11 De algemene verkoopvoorwaarden zijn van toepassing op 82 geneesmiddelen die bestemd zijn voor de verkoop aan de Spaanse groothandelaars waarmee GW, buiten elk distributienetwerk om, zakelijke relaties onderhoudt. Deze groothandelaars kunnen ze verkopen aan Spaanse ziekenhuizen of apotheken, die ze op doktersrecept aan patiënten afleveren. Zij kunnen ze ook verkopen naar andere lidstaten via de parallelhandel, die zij bedrijven wegens het bestaan van prijsverschillen. Onder de 82 geneesmiddelen waarop de algemene verkoopvoorwaarden van toepassing zijn, bevinden zich acht geneesmiddelen die volgens GSK bij uitstek in aanmerking komen voor parallelhandel, voornamelijk tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk. Die geneesmiddelen zijn de volgende:

— een middel tegen allergieën, genaamd Beconase;

— vijf middelen tegen astma, te weten Becloforte, Becotide, Flixotide, Serevent en Ventolín;

— een middel tegen epilepsie, genaamd Lamictal;

— een middel tegen migraine, genaamd Imigran.

12 Voor alle 82 geneesmiddelen voorziet artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden in twee verschillende prijzen (hierna: „prijs 4A" en „prijs 4B"). Dit artikel luidt als volgt:

„A. Overeenkomstig artikel 100, lid 1, eerste alinea, en lid 2, van [wet nr. 25/1990] mag de prijs van de farmaceutische producten van [GW] en haar dochterondernemingen in geen geval hoger zijn dan de maximale industriële prijs die door de Spaanse bevoegde autoriteiten op gezondheidsgebied is vastgesteld, wanneer de twee voorwaarden voor de toepassing van deze wettelijke regels zijn vervuld, namelijk:

— dat voornoemde farmaceutische producten ten laste van de middelen van de Spaanse sociale zekerheid of van Spaanse openbare middelen worden gefinancierd;

— dat de aangekochte farmaceutische producten vervolgens nationaal worden verkocht, dat wil zeggen via Spaanse apotheken of ziekenhuizen.

B. Indien een van de twee genoemde voorwaarden niet is vervuld (dat wil zeggen in alle gevallen waarin de Spaanse wetgeving de laboratoria volledig vrij laat om de prijs van hun farmaceutische producten zelf vast te stellen), stellen [GW] en haar dochterondernemingen de prijs van hun farmaceutische producten vast op basis van reële, objectieve en niet-discriminerende economische criteria en volledig onafhankelijk van de bestemming die de aankopende groothandelaar aan het product geeft. In het bijzonder passen [GW] en haar dochterondernemingen voor hun farmaceutische producten de prijs toe die, op basis van hun interne economische onderzoeken, oorspronkelijk was voorgesteld aan de Spaanse bevoegde autoriteiten op gezondheidsgebied en die op objectieve wijze is geactualiseerd, rekening houdend met de stijging van de kosten van levensonderhoud overeenkomstig artikel 100, lid 1, eerste alinea, en lid 2, van [wet nr. 25/1990] en de vroegere Spaanse wetgeving inzake de prijsstelling van geneesmiddelen."

13 Bij brieven van 6 maart 1998 heeft GW de algemene verkoopvoorwaarden aan 89 in Spanje gevestigde groothandelaars toegezonden. In deze brieven stond onder meer de volgende opmerking:

„Opgelet: wij verzoeken u ons uw akkoord te kennen te geven door ons vóór 13 maart 1998 een ondertekend exemplaar van het bijgevoegde document toe te sturen."

14 75 groothandelaars, die samen meer dan 90 % van de totale afzet van GW in Spanje in 1998 vertegenwoordigen, hebben hieraan gevolg gegeven.

15 De algemene verkoopvoorwaarden zijn op 9 maart 1998 in werking getreden.

16 Vervolgens is de rechtmatigheid ervan aangevochten voor de Spaanse mededingingsautoriteit en de Spaanse rechterlijke instanties door twee Spaanse beroepsverenigingen, de Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) en de Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas, alsmede een Spaanse groothandelaar, Spain Pharma, SA.

17 Verder hebben Aseprofar, ondersteund door een andere Spaanse beroepsvereniging, de Federación nacional de asociaciones de mayoristas distribuidores de espacialidades farmacéuticas y productos parafarmacéuticos (Fedifar), Spain Pharma en twee andere Europese beroepsverenigingen, het Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV (hierna: „BAI") en de European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), bij de Commissie klachten ingediend waarin wordt gesteld dat de algemene verkoopvoorwaarden in strijd zijn met artikel 81, lid 1, EG.

18 Op 8 mei 2001 heeft de Commissie beschikking 2001/791/EG inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag [Zaken IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (aanmelding), IV/36.997/F3 — Aseprofar en Fedifar (klacht), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (klacht), IV/37.138/F3 — BAI (klacht) en IV/37.380/F3 — EAEPC (klacht)] (PB L 302, blz. 1; hierna: „beschikking") gegeven.

19 Artikel 1 van de beschikking luidt: „Glaxo Wellcome heeft inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, [EG] door met Spaanse groothandelaren een overeenkomst te sluiten waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen de prijzen die groothandelaren worden aangerekend wanneer zij terugbetaalbare geneesmiddelen in eigen land doorverkopen aan apotheken of ziekenhuizen, en hogere prijzen die worden aangerekend in het geval van export naar een van de andere lidstaten."

20 Artikel 2 van de beschikking bepaalt dat het verzoek om een ontheffing voor deze overeenkomst wordt verworpen.

21 De artikelen 3 en 4 van de beschikking gelasten GW om onverwijld een einde te maken aan de in artikel 1 bedoelde inbreuk, voor zover dat nog niet is gebeurd, en de Commissie mee te delen welke maatregelen zij daartoe heeft genomen.

Procesverloop

22 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 23 juli 2001, heeft GSK het onderhavige beroep ingesteld.

23 Bij op 8, 12 en 16 november 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten hebben EAEPC, BAI, Spain Pharma en Aseprofar krachtens artikel 40, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie en artikel 115, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om toelating tot interventie in het geding aan de zijde van de Commissie.

24 Bij op 28 november 2001, 14 december 2001 en 21 maart 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten heeft GSK krachtens artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering verzocht dat bepaalde geheime of vertrouwelijke stukken en gegevens worden geschrapt uit de afschriften van de processtukken van partijen die worden gezonden aan degenen die toelating tot interventie zouden krijgen.

25 Bij beschikking van 27 november 2002 heeft de president van de Eerste kamer de interventieverzoeken ingewilligd en de beslissing over de gegrondheid van de verzoeken om vertrouwelijke behandeling aangehouden.

26 Bij beschikking van 5 augustus 2003 heeft de president van de Eerste kamer de verzoeken om vertrouwelijke behandeling gedeeltelijk ingewilligd en voor het overige afgewezen.

27 Nadat de rechter-rapporteur wegens de wijziging op 1 oktober 2003 van de samenstelling van de kamers van het Gerecht aan de Vierde kamer was toegewezen, is de zaak naar deze kamer verwezen.

28 Bij op 25 maart 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft GSK verzocht dat bepaalde geheime of vertrouwelijke gegevens worden geschrapt uit het afschrift van haar opmerkingen op de memories in interventie dat aan interveniënten wordt gezonden. Dit verzoek is ingewilligd.

29 Bij brief van 16 april 2004 heeft het Gerecht krachtens de artikelen 49 en 64 van het Reglement voor de procesvoering GSK en de Commissie verzocht stukken over te leggen en een schriftelijke vraag te beantwoorden. Aan deze maatregelen tot organisatie van de procesgang is binnen de daartoe gestelde termijn gevolg gegeven.

30 Bij op 7 mei 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft Spain Pharma krachtens artikel 35, lid 2, van het Reglement van de procesvoering verlof gevraagd om tijdens de mondelinge behandeling de Spaanse taal te gebruiken. Nadat partijen waren gehoord, is dit verzoek ingewilligd.

31 Bij op 27 mei en 22 juni 2004 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten heeft GSK verzocht dat bepaalde geheime of vertrouwelijke gegevens worden geschrapt uit de afschriften van haar antwoorden en die van de Commissie op de vragen van het Gerecht van 16 april 2004 die aan interveniënten worden gezonden. Dit verzoek is ingewilligd.

32 Op 7 maart 2006 heeft het Gerecht op voorstel van de Vierde kamer en partijen gehoord, krachtens artikel 14 van het Reglement voor de procesvoering de zaak verwezen naar de Vierde kamer — uitgebreid.

33 Op 15 maart 2006 heeft het Gerecht (Vierde kamer) op rapport van de rechter-rapporteur de mondelinge behandeling geopend.

34 Bij brieven van 7 en 20 maart 2006 heeft het Gerecht krachtens de artikelen 49 en 64 van het Reglement voor de procesvoering GSK, de Commissie en interveniënten gevraagd te antwoorden op schriftelijke vragen en een stuk over te leggen. Aan deze maatregelen tot organisatie van de procesgang is binnen de daartoe gestelde termijn gevolg gegeven, met uitzondering van een vraag die GSK heeft beantwoord bij op

6 juni 2006 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte. Omdat partijen, waaraan is gevraagd zich tijdens de terechtzitting over dit punt uit te spreken, geen bezwaren hadden, is deze akte aan het dossier toegevoegd.

35 Bij op 28 april 2006 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft GSK verzocht dat bepaalde geheime of vertrouwelijke gegevens worden geschrapt uit het afschrift van haar antwoorden op de vragen van het Gerecht van 7 en 20 maart 2006 dat aan interveniënten wordt gezonden. Dit verzoek is ingewilligd.

36 Bij op 16 mei 2006 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft Aseprofar krachtens artikel 35, lid 2, van het Reglement van de procesvoering verlof gevraagd om tijdens de mondelinge behandeling de Spaanse taal te gebruiken. Nadat partijen waren gehoord, is dit verzoek ingewilligd.

37 Partijen zijn ter terechtzitting van 7 juni 2006 gehoord in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht.

Conclusies van partijen

38 GSK concludeert dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

39 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— GSK te verwijzen in de kosten.

40 Aseprofar concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— GSK te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de door haar gemaakte kosten.

41 BAI concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— GSK te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de door hem gemaakte kosten.

42 EAEPC concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— GSK te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de door haar gemaakte kosten.

43 Spain Pharma concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— GSK te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de door haar gemaakte kosten.

In rechte

44 GSK voert in wezen zes middelen aan, die kunnen worden onderverdeeld naargelang zij strekken tot gehele dan wel gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking.

45 Ter ondersteuning van haar primaire vordering, strekkende tot nietigverklaring van artikel 1 van de beschikking, waarin een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG wordt vastgesteld, voert GSK drie middelen aan, te weten:

— ontoereikende motivering;

— schending van artikel 81, lid 1, EG;

— misbruik van bevoegdheid, schending van het subsidiariteitsbeginsel en schending van artikel 43 EG.

46 Ter ondersteuning van haar subsidiaire vordering, strekkende tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking, waarin haar verzoek om een ontheffing op grond van artikel 81, lid 3, EG wordt afgewezen, voert GSK drie middelen aan, te weten:

— ontoereikende motivering;

— schending van artikel 81, lid 3, EG;

— schending van het evenredigheidsbeginsel.

I — *Middelen strekkende tot nietigverklaring van artikel 1 van de beschikking*

A — *Ontoereikende motivering*

1. Argumenten van partijen

47 GSK stelt in wezen dat de beschikking ontoereikend is gemotiveerd wegens het ontbreken van een verwijzing naar het arrest van het Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie (T-41/96, Jurispr. blz. II-3383).

48 De Commissie, ondersteund door interveniënten, betwist de gegrondheid van dit middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

49 Artikel 253 EG bepaalt onder andere dat de beschikkingen van de Commissie met redenen worden omkleed.

50 Om rechtens genoegzaam te zijn gemotiveerd, moet een beschikking van de Commissie haar redenering duidelijk tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden de grondslag ervan kunnen begrijpen en de rechter de gegrondheid ervan kan nagaan. Niet alle feitelijk of juridisch relevante omstandigheden behoeven echter in de motivering te worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling of de motivering aan artikel 253 EG voldoet, acht moet worden geslagen op zowel haar bewoordingen als de juridische en feitelijke context ervan (arrest Hof van 20 maart 1957, Geitling/Hoge Autoriteit, 2/56, Jurispr. blz. 9, op blz. 37, en arrest Gerecht van 15 juni 2005, Regione Autonoma della Sardegna/Commissie, T-171/02, Jurispr. blz. II-2123, punt 73).

51 De plicht om haar beschikkingen te motiveren, legt de Commissie dus geen algemene verplichting op om in haar beschikkingen te verwijzen naar een specifieke rechterlijke beslissing.

52 In casu stelt GSK louter dat de beschikking ontoereikend is gemotiveerd omdat daarin niet naar een rechterlijke beslissing wordt verwezen.

53 Het middel inzake ontoereikende motivering van de beschikking wegens het ontbreken van een verwijzing naar het arrest Bayer/Commissie (zie hierboven, punt 47) moet derhalve worden afgewezen.

54 Voor zover GSK met dit middel in werkelijkheid de inhoud van de beschikking wil aanvechten, moet worden opgemerkt dat het onderzoek van het bestaan en de omvang van de motivering van een beschikking van de Commissie behoort tot het toezicht op de naleving van wezenlijke vormvoorschriften en dus de formele wettigheid van deze beschikking betreft. Dit moet worden onderscheiden van het onderzoek van de gegrondheid van de motivering van deze beschikking, dat behoort tot het toezicht op de inhoudelijke wettigheid ervan (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 67, en arrest Gerecht van 18 januari 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/Commissie, T-93/02, Jurispr. blz. II-143, punt 67). In dat opzicht sluit het middel aan op het middel inzake schending van artikel 81, lid 1, EG, dat hierna zal worden beoordeeld.

B — *Schending van artikel 81, lid 1, EG*

1. Overwegingen vooraf

55 Voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG moet zijn voldaan aan een aantal verschillende voorwaarden (arrest Hof van 30 juni 1966, Société technique minière, 56/65, Jurispr. blz. 392, op blz. 411-415, en arrest Bayer/Commissie, punt 47 hierboven, punt 174), hetgeen moet worden bewezen door degene die zich op deze bepaling beroept (arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 78). Derhalve moet worden aangetoond: 1) dat er een overeenkomst tussen ondernemingen, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging is, 2) dat deze ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging merkbaar wordt beperkt, en 3) dat de handel tussen lidstaten erdoor ongunstig kan worden beïnvloed, waarbij dit laatste vereiste enkel tot doel heeft de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht af te bakenen (arrest Société technique minière, reeds aangehaald, blz. 414; arrest Hof van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85–C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punt 176; arrest Bayer/Commissie, punt 47 hierboven, punt 174).

56 Aangezien GSK in het onderhavige geval stelt dat de Commissie artikel 81, lid 1, EG heeft toegepast op een gedraging die geen overeenkomst in de zin van deze bepaling — dat wil zeggen een mededingingsbeperkende overeenkomst — is, moet eraan worden herinnerd dat de vraag naar het bestaan van een overeenkomst tussen ondernemingen en die naar het mededingingsbeperkende karakter van deze overeenkomst los van elkaar staan en dus afzonderlijk moeten worden onderzocht (zie in die zin arrest Société technique minière, punt 55 hierboven, blz. 413 en 414).

57 De rechter bij wie een verzoek om nietigverklaring van een beschikking tot toepassing van artikel 81, lid 1, EG aanhangig is, gaat in dit verband over tot een volledige toetsing van het onderzoek van de Commissie (arrest Hof van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34, en arrest Bayer/Commissie, punt 47 hierboven, punt 62), tenzij dit onderzoek een ingewikkelde economische beoordeling inhoudt, in welk geval de toetsing wordt beperkt tot de vragen of er geen sprake is van misbruik van bevoegdheid, of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten (arrest Remia e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 34, en arrest Aalborg Portland e.a./ Commissie, punt 55 hierboven, punt 279).

58 Overigens vindt deze toetsing uitsluitend plaats tegen de achtergrond van de feiten en de rechtstoestand op de datum waarop de bestreden beschikking is gegeven (arrest Hof van 7 februari 1979, Frankrijk/Commissie, 15/76 en 16/76, Jurispr. blz. 321, punt 7, en arrest Gerecht van 28 februari 2002, Atlantic Container Line e.a./ Commissie, T-395/94, Jurispr. blz. II-875, punt 252). De partijen kunnen niettemin, in de uitoefening van hun rechten van de verdediging, ter zake aanvullend bewijs van latere datum overleggen, indien dit specifiek is opgesteld om deze beschikking aan te vechten of te verdedigen [arrest Gerecht van 21 september 2005, EDP/ Commissie, T-87/05, Jurispr. blz. II-3745, punt 158; zie in die zin ook arrest Hof van 22 oktober 1986, Metro/Commissie, 75/84, Jurispr. blz. 3021 (hierna: „arrest Metro II"), punten 75 en 78, en arrest Atlantic Container Lines e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 254].

59 In casu volgt hieruit dat de feitelijke gegevens die niet bestonden op de datum waarop de beschikking is gegeven, in het bijzonder de cijfers met betrekking tot de periode 2001/2005, en de bewijsstukken die op dezelfde datum niet bestonden en

niet specifiek zijn opgesteld om de beschikking aan te vechten of te verdedigen voor zover daarin een inbreuk wordt vastgesteld, met name de studies die op algemene wijze de gevolgen van de parallelhandel in geneesmiddelen in de Gemeenschap behandelen, van meet af aan buiten beschouwing moeten worden gelaten, behalve die welke tijdens de administratieve procedure zijn overgelegd.

2. Het bestaan van een overeenkomst tussen ondernemingen

a) Inhoud van de beschikking

60 De Commissie heeft in punt 109 van de beschikking vastgesteld dat de algemene verkoopvoorwaarden een overeenkomst vormen tussen GW en alle Spaanse groothandelaars die ze hebben ondertekend.

b) Argumenten van partijen

61 GSK stelt dat de algemene verkoopvoorwaarden geen overeenkomst vormen.

62 GW en de Spaanse groothandelaars die de algemene verkoopvoorwaarden hebben ondertekend, hebben geen uitdrukking gegeven aan een zelfstandige wil, omdat de groothandelsprijs van de door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen hun wordt opgelegd door de Spaanse regeling ter zake.

63 Bovendien hebben zij geen overeenstemmende wil geuit om de mededinging te beperken, maar enkel een overeenstemmende wil om geneesmiddelen te verkopen en af te nemen overeenkomstig de in de algemene verkoopvoorwaarden vastgelegde voorwaarden.

64 De Commissie, ondersteund door interveniënten, betwist de gegrondheid van deze argumenten.

c) Beoordeling door het Gerecht

65 Gezien de argumenten van GSK dient in de eerste plaats te worden onderzocht of GW en de Spaanse groothandelaars uitdrukking hebben gegeven aan een wil die zelfstandig was bepaald ten opzichte van de Spaanse regeling inzake de groothandelsprijzen van door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen, en dus of de Commissie wel een gedraging van ondernemingen en niet een gedraging van een staat voor zich had. In voorkomend geval dient in de tweede plaats te worden onderzocht of GW en deze groothandelaars een overeenstemmende wil hebben geuit, en dus of de Commissie wel een bilaterale gedraging en niet eenzijdige gedragingen voor zich had.

Zelfstandige wilsbepaling

66 Artikel 81, lid 1, EG is uitsluitend van toepassing op mededingingsverstorende gedragingen waartoe de ondernemingen op eigen initiatief besluiten (arresten Hof van 21 september 1988, Van Eycke, 267/86, Jurispr. blz. 4769, punt 16; 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, C-359/95 P en C-379/95 P, Jurispr. blz. I-6265, punt 33, en 9 september 2003, CIF, C-198/01, Jurispr. blz. I-8055, punt 45).

67 Wanneer het voor de beantwoording van de vraag of deze bepaling van toepassing is, nodig is om eerst de mogelijke invloed van een nationale regeling te beoordelen, moet worden vastgesteld of deze de mogelijkheid openlaat van een mededinging die door een autonome gedraging van ondernemingen zou kunnen worden verhinderd, beperkt of vervalst (arrest Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, punt 66 hierboven, punten 32 en 35, en arrest CIF, punt 66 hierboven, punt 66).

68 Wanneer uit deze beoordeling blijkt dat de betrokken regeling ondernemingen verplicht tot mededingingsverstorend gedrag of elke mogelijkheid van mededingingsverstorend gedrag van hun kant uitsluit, is artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing (arrest Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, punt 66 hierboven, punt 33, en arrest CIF, punt 66 hierboven, punt 67).

69 Blijkt daarentegen dat deze regeling de mogelijkheid openlaat van een mededinging die door een autonome gedraging van ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst, blijft artikel 81, lid 1, EG van toepassing (arrest Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, punt 66 hierboven, punt 34, en arrest CIF, punt 66 hierboven, punt 56).

70 De mogelijkheid om een bepaalde gedraging van de werkingssfeer van deze bepaling uit te sluiten omdat zij wordt veroorzaakt door een nationale regeling, wordt door de gemeenschapsrechter restrictief toegepast (arrest CIF, punt 66 hierboven, punt 67, en arrest Gerecht van 30 maart 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissie, T-513/93, Jurispr. blz. II-1807, punt 60).

71 Derhalve moet worden vastgesteld of de Spaanse regeling, zoals GSK stelt, GW verplicht om in de overeenkomsten met de Spaanse groothandelaars verschillende prijzen te hanteren naargelang de geneesmiddelen die zij aan hen verkoopt, al dan niet door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg zullen worden betaald.

72 Het is echter duidelijk dat de Spaanse regeling, die wordt gevormd door titel VIII van wet nr. 25/1990 en besluit nr. 271/1990 tezamen, nergens de groothandelsprijs voorschrijft van geneesmiddelen die niet bestemd zijn om door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg te worden betaald. Voorts heeft GSK zowel in haar schriftelijke stukken als ter terechtzitting erkend dat deze vaststelling, die impliciet maar noodzakelijkerwijs het gevolg is van het feit dat wet nr. 25/1990, in de versie die gold ten tijde van de inwerkingtreding van de algemene verkoopvoorwaarden, over deze producten zwijgt, uitdrukkelijk is bevestigd door de wijzigingen die daarin nadien zijn toegebracht, zoals wordt opgemerkt in de punten 37 en 139 van de beschikking.

73 Al zou GSK terecht betogen dat de groothandelsprijs van geneesmiddelen die bestemd zijn om door dit stelsel te worden betaald, anders dan interveniënten betogen, door de Spaanse autoriteiten volledig onafhankelijk wordt vastgesteld en bindend is voor GW en de Spaanse groothandelaars, doet dat niets af aan het feit dat de gedraging die bestaat in het bij overeenkomst invoeren van een stelsel van gedifferentieerde prijzen, dat de Spaanse groothandelaars die met GW in zee gaan, verbiedt om voor deze prijs (prijs 4A) geneesmiddelen af te nemen die zij in andere lidstaten zullen doorverkopen, en hun verplicht deze producten te kopen voor een hogere prijs (prijs 4B), hun geenszins door de Spaanse regeling wordt opgelegd. Toen GSK ter terechtzitting op dit punt werd ondervraagd, heeft zij dat overigens moeten toegeven.

74 Derhalve kan niet worden aangenomen dat de betrokken nationale regeling GW ertoe heeft verplicht om in de overeenkomsten die zij met de Spaanse groothandelaars sluit, verschillende prijzen te hanteren naargelang de geneesmiddelen die zij aan hen verkoopt al dan niet door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg zullen worden betaald.

Wilsovereenstemming

75 Artikel 81, lid 1, EG is uitsluitend van toepassing op gedragingen van ondernemingen die bilateraal of multilateraal zijn (arrest Hof van 8 juli 1999, Commissie/Anic

Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punten 79 en 112); deze gedragingen kunnen de vorm hebben van overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of besluiten van verenigingen.

76 Er is sprake van een overeenkomst, wanneer ten minste twee ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven, zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen (arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112, en 11 januari 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commissie, C-277/87, Jurispr. blz. I-45, summiere publicatie, punt 13; arrest Bayer/Commissie, punt 47 hierboven, punten 67 en 173).

77 Ook al is het derhalve absoluut noodzakelijk dat de Commissie in de beschikkingen waarin zij artikel 81, lid 1, EG toepast, aantoont dat er een gemeenschappelijke wil is om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen, het is niet vereist, anders dan GSK stelt, dat zij aantoont dat er sprake is van een gemeenschappelijke wil om de mededinging te verstoren.

78 In casu wordt in de beschikking vastgesteld dat er sprake is van een door GW en de Spaanse groothandelaars die de algemene verkoopvoorwaarden hebben ondertekend, uitgedrukte gemeenschappelijke wil om zich op de markt te gedragen op de in artikel 4 daarvan vastgelegde manier, dat wil zeggen het verkopen en afnemen van elk van de 82 geneesmiddelen tegen prijs 4A of prijs 4B naargelang de in punt A van deze bepaling vastgelegde voorwaarden al dan niet zijn vervuld.

79 Deze conclusie vindt duidelijk steun in de stukken, waaruit in de eerste plaats blijkt dat GW algemene verkoopvoorwaarden heeft opgesteld die voorzien in een stelsel van gedifferentieerde prijzen. In de tweede plaats heeft GW deze algemene verkoopvoorwaarden toegezonden aan 89 groothandelaars waarmee zij in Spanje een zakelijke relatie onderhoudt. Bij die gelegenheid heeft zij hen verzocht, waarbij zij benadrukte hoe belangrijk dit voor haar was, haar binnen een dwingende termijn een ondertekend exemplaar ervan terug te sturen „ten bewijze van [hun] akkoord". Deze feitelijke omstandigheden tonen de door GW uitgedrukte wil om te trachten met de Spaanse groothandelaars over deze algemene verkoopvoorwaarden overeen-

stemming te bereiken en hun dienaangaande dus een aanbod te doen. Uiteindelijk hebben 75 van de 89 groothandelaars aan wie dit aanbod was gericht, gevolg gegeven aan het verzoek van GW door de algemene verkoopvoorwaarden te ondertekenen en ze binnen de daartoe gestelde termijn aan haar terug te zenden. Deze feitelijke omstandigheden tonen de door deze groothandelaars uitgedrukte wil om het aanbod van GW te aanvaarden en derhalve met haar een overeenkomst te sluiten, zoals GSK ter terechtzitting overigens heeft erkend.

80 Geen van de door GSK aangevoerde argumenten lijkt aan deze conclusie te kunnen afdoen.

81 GSK kan met name niet als argument gebruiken, dat de Commissie niet heeft bewezen dat er sprake is van een door GW aan de Spaanse groothandelaars opgelegd formeel exportverbod of van een gedraging waaruit de stilzwijgende aanvaarding van dit verbod door deze groothandelaars blijkt.

82 Het staat immers aan de Commissie om de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen door in haar beschikkingen tot toepassing van de mededingingsregels precieze en onderling overeenstemmende elementen te verstrekken die het bestaan van de bestanddelen van deze inbreuken overtuigend aantonen (arresten Hof van 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink/Commissie, 29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 20, en 6 januari 2004, BAI en Commissie/Bayer, C-2/01 P en C-3/01 P, Jurispr. blz. I-23, punt 62).

83 Deze elementen kunnen directe bewijzen zijn, bijvoorbeeld in de vorm van een schriftelijk stuk (arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95,

T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 862, en, in hogere voorziening, arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 55 hierboven, punt 237), of, bij gebreke daarvan, indirecte bewijzen, die de vorm aannemen van bijvoorbeeld een gedraging (arrest Bayer/Commissie, punt 47 hierboven, punt 73, en, in hogere voorziening, arrest BAI en Commissie/Bayer, punt 82 hierboven, punt 100).

84 Zoals eerder is opgemerkt, heeft de Commissie zich in het onderhavige geval gebaseerd op een uitwisseling van schriftelijke stukken die zonder enige mogelijke twijfel aantoont dat GW de Spaanse groothandelaars een aanbod heeft gedaan om zich op de markt te gedragen op de in de algemene verkoopvoorwaarden vastgelegde manier, en dat de meeste van hen dit aanbod hebben aanvaard. Zoals zij ter terechtzitting nog heeft benadrukt, was het voor haar dus zinloos om te zoeken naar andere elementen, zoals elementen die verband houden met de gedragingen van GW respectievelijk deze groothandelaars.

85 Evenzo kan GSK niet op goede gronden aanvoeren dat, kort gezegd, de door GW benaderde groothandelaars gericht uiteindelijk geen overeenstemming met haar hebben bereikt.

86 Wanneer de Commissie, zoals in het onderhavige geval, heeft bewezen dat er sprake is van een overeenkomst, staat het immers aan de onderneming die daaraan heeft deelgenomen, om het bewijs te leveren dat zij zich daarvan heeft gedistantieerd, een bewijs dat moet getuigen van een duidelijke en aan de andere deelnemende ondernemingen kenbaar gemaakte wil om zich aan deze overeenkomst te onttrekken (zie in die zin arrest BAI en Commissie/Bayer, punt 82 hierboven, punt 63; arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 55 hierboven, punten 81-84, en arrest Gerecht van 11 december 2003, Adriatica di Navigazione/Commissie, T-61/99, Jurispr. blz. II-5349, punten 135-138).

87 In casu hebben sommige van de Spaanse groothandelaars die de algemene verkoopvoorwaarden hebben ondertekend, weliswaar twijfel geuit over de rechtmatigheid ervan, zoals wordt opgemerkt in punt 12 van de beschikking, maar uit de stukken blijkt niet dat deze zich ervan hebben gedistantieerd in de zin van de rechtspraak. Zo ook hebben sommigen van hen weliswaar geneesmiddelen geëxporteerd die zij van GW tegen prijs 4A hadden afgenomen, maar uit de

stukken blijkt tevens dat zij op verzoek van GSK uiteindelijk hebben ingestemd met de betaling van facturen die overeenkomen met het verschil tussen deze prijs en prijs 4B. In elk geval hebben deze feiten slechts betrekking op enkele groothandelaars en kan op grond daarvan niet worden aangenomen dat allen zich hebben gedistantieerd van de eerder door hen met GW gesloten overeenkomst.

88 Verder is het juist dat drie beroepsverenigingen, Aseprofar, de Asociación de empresarios de cooperativas farmacéuticas en Fedifar, klachten hebben ingediend bij de Commissie en de Servicio de defensa de competencia (dienst voor bescherming van de mededinging), zoals wordt opgemerkt in punt 3 van de beschikking, en dat deze verenigingen sommige van de groothandelaars die de algemene verkoopvoorwaarden hebben ondertekend, tot hun leden rekenen (rechtstreeks in het geval van de eerste twee en indirect in het geval van de derde). Niettemin kan de enkele omstandigheid dat dergelijke klachten zijn ingediend door beroepsverenigingen waartoe sommigen van degenen die de algemene verkoopvoorwaarden hebben ondertekend, samen met andere leden behoren, niet volstaan als bewijs dat geen van de groothandelaars werkelijk overeenstemming met GW heeft willen bereiken of dat zij dat met ingang van de datum van indiening van deze klachten niet meer wilden.

89 Derhalve kan niet worden aangenomen dat GW en de groothandelaars die de algemene verkoopvoorwaarden hebben ondertekend, geen blijk hebben gegeven van een overeenstemmende wil.

90 Gelet op het voorgaande blijkt niet, gelet op de argumenten van GSK, dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat er sprake is van een overeenkomst.

3. Beperking van de mededinging

a) Inhoud van de beschikking

91 De Commissie heeft in de punten 116 tot en met 143 en 189 van de beschikking vastgesteld dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden ertoe strekt en ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt.

92 Bij het onderzoek van in de eerste plaats de strekking van deze bepaling heeft de Commissie allereerst in punt 116 van de beschikking opgemerkt, dat deze bedoeld is om de parallelhandel tussen Spanje en andere lidstaten in door GW in de handel gebrachte geneesmiddelen te beperken. Tevens heeft zij in punt 117 van de beschikking vastgesteld dat uit een vergelijking van prijs 4A, voor geneesmiddelen bestemd voor verkoop en betaling in Spanje, met prijs 4B, voor geneesmiddelen bestemd voor verkoop en betaling in andere lidstaten, blijkt dat de toepassing ervan tot gevolg heeft dat de parallelhandel naargelang het geval wordt uitgesloten dan wel belemmerd.

93 De Commissie heeft vervolgens in de punten 117 tot en met 119 van de beschikking gesteld dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden in een groot aantal gevallen een effect heeft dat overeenkomt met een exportverbod, terwijl het in andere gevallen de parallelhandel belemmert op dezelfde wijze als een systeem van dubbele prijsstelling. Zij heeft in de punten 120 tot en met 123 van de beschikking tevens geoordeeld dat aan deze analyse niet kan worden afgedaan door het bestaan in Spanje van een nationale regeling inzake de wijze van vaststelling van de groothandelsprijzen van geneesmiddelen die door het nationale stelsel van gezondheidszorg worden betaald.

94 Tot slot heeft de Commissie in de punten 124 en 125 van de beschikking opgemerkt dat het Hof en het Gerecht overeenkomsten die een exportverbod, een systeem van dubbele prijsstelling of andere beperkingen van parallelhandel omvatten, altijd hebben aangemerkt als overeenkomsten die de mededinging „per definitie" beperken, zodat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden moet worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken.

95 Bij haar onderzoek van in de tweede plaats de gevolgen van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden heeft de Commissie allereerst in punt 126 van de beschikking gesteld dat de toepassing van een hogere groothandelsprijs in geval van export, waar de aan deze verrichting verbonden transactiekosten (verzending, herverpakking, enzovoort) bij komen, leidt tot een beperking van de parallelhandel die zonder deze prijs mogelijk zou zijn.

96 De Commissie heeft vervolgens in de punten 127 tot en met 135 van de beschikking geoordeeld dat deze bepaling zich niet beperkt tot het compenseren van een aan het Koninkrijk Spanje toerekenbare verstoring van de mededinging en niet wordt gerechtvaardigd door een bijzondere wettelijke context.

97 De Commissie heeft bovendien in de punten 136 tot en met 140 van de beschikking uiteengezet dat de bij artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden vastgelegde gedifferentieerde prijzen tot gevolg hebben dat enerzijds de handelingsvrijheid van de in de lidstaat van herkomst van de parallelhandel werkzame groothandelaars en anderzijds de concurrentie tussen deze groothandelaars en de in de lidstaat van bestemming van deze parallelhandel werkzame distributeurs wordt beperkt.

98 De Commissie heeft tot slot in de punten 141 tot en met 143 van de beschikking beschreven in welke mate valutaschommelingen tussen 1996 en 1998 hebben bijgedragen tot de parallelhandel in geneesmiddelen, in het bijzonder tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk.

b) Argumenten van partijen

99 GSK stelt in wezen dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden geen beperking van de mededinging vormt.

100 In de eerste plaats stelt zij dat de mededinging in de sector van door de nationale stelsels van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen al van meet af aan vervalst is en dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden slechts beoogt deze situatie, die te wijten is aan het bestaan van nationale regelingen inzake de prijs van deze geneesmiddelen en het ontbreken van een communautaire regeling ter harmonisatie van deze regelingen, te neutraliseren.

101 In de tweede plaats voert GSK aan dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden niet tot doel heeft de mededinging te beperken en dat de Commissie niet heeft aangetoond dat het dat gevolg heeft, gelet op de bijzonderheden van de betrokken markt en, meer in het algemeen, de juridische en economische context van deze bepaling.

102 De Commissie, ondersteund door interveniënten, betwist de gegrondheid van deze argumenten. Zij is van mening dat zij terecht heeft aangenomen dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden, dat de parallelhandel kan uitsluiten of belemmeren, ertoe strekt en ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt.

c) Beoordeling door het Gerecht

103 GSK betwist niet de juistheid van de feiten waarop de Commissie zich voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG heeft gebaseerd, maar wel de beoordeling ervan door deze instelling. Al haar kritiek heeft in wezen betrekking op de gevolgen die bij het onderzoek naar het bestaan van een beperking van de mededinging moeten worden verbonden aan de specifieke juridische en economische context van de geneesmiddelensector. Meer in het bijzonder betreft haar kritiek in de eerste plaats de mededingingssituatie zoals die vóór artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden was, en in de tweede plaats de aan deze bepaling toegeschreven beperking van de mededinging.

De mededingingssituatie zoals die vóór artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden was

104 Zoals GSK terecht stelt, wordt de sector van door het nationale stelsel van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen in veel lidstaten nog steeds gekenmerkt door de aanwezigheid van een regeling die verder gaat dan enkel regulering van een

economische activiteit, in het bijzonder wat de prijzen betreft (arrest Hof van 29 november 1983, Roussel e.a., 181/82, Jurispr. blz. 3849, punt 8). Het naast elkaar bestaan van deze verschillende nationale regelingen kan een vervalsing van de mededinging opleveren (arrest Hof van 5 december 1996, Merck en Beecham, C-267/95 en C-268/95, Jurispr. blz. I-6285, punt 47). Het kan bovendien een zekere afscherming van de nationale markten op dit punt in de hand werken (zie naar analogie arrest Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 24).

105 Volgens de hierboven in de punten 67 tot en met 70 aangehaalde rechtspraak blijft artikel 81, lid 1, EG echter uitsluitend buiten toepassing wanneer de sector waarin de overeenkomst is gesloten, is onderworpen aan een regeling die de mogelijkheid van een mededinging die door deze overeenkomst zou kunnen worden verhinderd, beperkt of vervalst, uitsluit.

106 In het onderhavige geval bestaat er echter concurrentie tussen geneesmiddelenproducenten, die hoofdzakelijk plaatsvindt op andere parameters dan de prijs, met name de innovatie (arrest Roussel e.a. punt 104 hierboven, punt 9), zoals GSK in haar memories en ter terechtzitting heeft benadrukt.

107 Bovendien kan er tussen een producent en zijn distributeurs of tussen parallelhandelaars en nationale distributeurs concurrentie bestaan, die juist wordt bevorderd door de aanzienlijke prijsverschillen waaraan wordt bijgedragen door de betrokken nationale regelingen en die, wanneer de geneesmiddelen worden beschermd door een octrooi dat de houder ervan een tijdelijk monopolie toekent, wat hen betreft de enige denkbare vorm van prijsconcurrentie is totdat dit octrooi vervalt, zoals GSK ook in haar memories heeft benadrukt.

108 Aangezien de door GSK beschreven rechtssituatie de mededinging wel kan beperken maar niet uitsluiten, heeft zij dus niet tot gevolg dat artikel 81, lid 1, EG geen toepassing kan vinden.

De aan artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden toegeschreven beperking van de mededinging

109 Aangezien GSK stelt dat de Commissie niet naar behoren rekening heeft gehouden met de relevante juridische en economische context bij haar onderzoek of er sprake is van een beperking van de mededinging, moet aanstonds worden opgemerkt dat de in artikel 3, lid 1, sub g, EG en artikel 81 EG bedoelde mededinging moet worden opgevat als daadwerkelijke mededinging, dat wil zeggen de mate van mededinging die noodzakelijk is om de doelstellingen van het Verdrag te bereiken. De intensiteit ervan kan variëren naargelang de aard van het betrokken product en de structuur van de betrokken markt. Bovendien kunnen de parameters ervan van uiteenlopend belang zijn, aangezien prijsconcurrentie niet de enige doeltreffende vorm van mededinging is en evenmin de vorm van mededinging waaraan onder alle omstandigheden absolute voorrang moet worden verleend [arrest Hof van 25 oktober 1977, Metro/Commissie, 26/76, Jurispr. blz. 1875 (hierna: „arrest Metro I"), punten 20 en 21, en arrest CIF, punt 66 hierboven, punt 68].

110 Bij de vaststelling van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, EG moet derhalve rekening worden gehouden met de feitelijke achtergrond en dus de juridische en economische context van de overeenkomst waaraan deze beperking wordt toegeschreven. Dit geldt voor de beoordeling van zowel het doel als de gevolgen ervan (arrest Société technique minière, punt 55 hierboven, blz. 414 en 415; arresten Hof van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450, op blz. 516 en 517, en 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a., C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punt 20).

111 Wanneer uit het onderzoek van de voorwaarden van een overeenkomst in hun juridische en economische context op zich reeds blijkt van een verstoring van de mededinging, kan er dus van worden uitgegaan dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te belemmeren, beperken of vervalsen (zie arrest Société technique minière, punt 55 hierboven, blz. 414 en 417, en arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 517), zodat de gevolgen ervan niet behoeven te worden onderzocht (arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 516, en arrest Commissie/Anic Participazioni, punt 75 hierboven, punt 99).

112 Wanneer dat echter niet het geval is, moeten de gevolgen van deze overeenkomst worden onderzocht en moet rechtens genoegzaam worden bewezen dat zij de mededinging werkelijk of potentieel belemmert, beperkt of vervalst (arrest Société technique minière, punt 55 hierboven, blz. 414, 415 en 417, en arrest Hof van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punten 75 en 77).

113 In casu dienen achtereenvolgens de argumenten van GSK met betrekking tot het doel en met betrekking tot de gevolgen van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden te worden onderzocht.

•

— Het bestaan van een mededingingsbeperkend doel

114 GSK bestrijdt niet dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden is ingevoerd met de bedoeling de parallelhandel in 82 door GW in de handel gebrachte geneesmiddelen tussen Spanje en andere lidstaten, met name het Verenigd Koninkrijk, te beperken.

115 Uit de rechtspraak volgt dat overeenkomsten die uiteindelijk beogen de parallelhandel te verbieden, in beginsel moeten worden geacht tot doel te hebben de mededinging te belemmeren (arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 515-517; arresten Hof van 1 februari 1978, Miller International/Commissie, 19/77, Jurispr. blz. 131, punten 7 en 18; 12 juli 1979, BMW Belgium/Commissie, 32/78, 36/78 en 82/78, Jurispr. blz. 2435, punten 20-28 en 31, en arrest Sandoz Prodotti Farmaceutici/Commissie, punt 76 hierboven, punt 16).

116 Er volgt ook uit dat overeenkomsten die duidelijk de parallelhandel beogen te benadelen, moeten worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken (arresten Hof van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punten 23-25, en 6 april 2006, General Motors/Commissie, C-551/03 P, Jurispr. blz. I-3173, punten 67 en 68).

117 GSK stelt echter terecht dat de Commissie haar conclusie dat deze bepaling tot doel heeft de mededinging te beperken, gelet op de juridische en economische context, niet louter kon baseren op de omstandigheid dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden een stelsel van gedifferentieerde prijzen invoerde teneinde de parallelhandel te beperken.

118 De doelstelling die is vastgelegd in artikel 81, lid 1, EG, een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt (arresten Hof van 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punt 36, en 20 september 2001, Courage en Crehan, C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 20), bestaat er immers in, te voorkomen dat ondernemingen het welzijn van de eindgebruiker van de betrokken producten benadelen door de mededinging onderling of met derden te beperken (arrest Gerecht van 7 juni 2006, Österreichische Postsparkasse en Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commissie, T-213/01 en T-214/01, Jurispr. blz. II-1601, punt 115; zie in die zin ook arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 512, en arrest Hof van 20 juni 1978, Tepea/Commissie, 28/77, Jurispr. blz. 1391, punt 56). Ter terechtzitting heeft de Commissie overigens herhaaldelijk benadrukt dat zij in het onderhavige geval haar onderzoek vanuit dit perspectief heeft uitgevoerd, door eerst tot de conclusie te komen dat de algemene verkoopvoorwaarden duidelijk nadelig zijn voor het welzijn van de consument, en zich vervolgens af te vragen of dit zou worden gecompenseerd door efficiencywinst die op zich de consument ten goede komt.

119 Derhalve kan de toepassing van artikel 81, lid 1, EG op het onderhavige geval niet uitsluitend afhankelijk zijn van het feit dat de betrokken overeenkomst tot doel heeft de parallelhandel in geneesmiddelen te beperken of de gemeenschappelijke markt op te splitsen — factoren op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat zij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt — maar moet daarvoor bovendien worden onderzocht of zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de betrokken markt ten nadele van de eindgebruiker wordt belemmerd, beperkt of vervalst en het mededingingsrecht daarop dus van toepassing is. Zoals uit de hierboven in de punten 111 en 112 aangehaalde rechtspraak volgt, kan dit onderzoek kort blijven wanneer uit de voorwaarden van de overeenkomst op zich reeds van een verstoring van de mededinging blijkt, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, maar zal het in het andere geval moeten worden gecompleteerd naargelang de omstandigheden van het specifieke geval dit vereisen (arrest Société technique minière, punt 55 hierboven, blz. 413-417, en arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 514-517).

120 Het Hof heeft met name in het arrest Consten en Grundig/Commissie, dat aan de oorsprong staat van de hierboven in de punten 115 en 116 aangehaalde rechtspraak, anders dan de Commissie stelde in haar memories, niet verklaard dat een overeenkomst die tot doel heeft de parallelhandel te beperken, naar haar aard, dat wil zeggen onafhankelijk van enig mededingingsonderzoek, moet worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken. Integendeel, het Hof heeft eerst enkel vastgesteld dat een overeenkomst tussen een producent en een distributeur waarmee het herstel wordt beoogd van de tussen de lidstaten bestaande barrières, in de weg zou kunnen staan aan het bereiken van de meest fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap (blz. 513), een overweging die het ertoe heeft gebracht een middel inzake niet-toepasselijkheid van artikel 81, lid 1, EG op verticale overeenkomsten te verwerpen (blz. 512 en 513). Het heeft vervolgens een kort maar werkelijk mededingingsonderzoek uitgevoerd, in de loop waarvan het onder andere heeft opgemerkt dat de betrokken overeenkomst tot doel had elke mogelijkheid van concurrentie op groothandelsniveau uit te sluiten teneinde prijzen te hanteren die niet aan daadwerkelijke mededinging onderhevig waren. Op grond van deze overwegingen heeft het het middel inzake het ontbreken van een beperking van de mededinging verworpen (blz. 515-517).

121 Ook al geniet de parallelhandel sindsdien een zekere bescherming, bestaat die bescherming niet als zodanig, maar, zoals het Hof heeft verklaard, voor zover de parallelhandel de ontwikkeling van het handelsverkeer en de versterking van de

mededinging bevordert (arrest Hof van 16 januari 1992, Strafzaak tegen X, C-373/90, Jurispr. blz. I-131, punt 12), dat wil zeggen, wat dit tweede aspect betreft, voor zover de eindgebruikers daardoor de voordelen van een daadwerkelijke mededinging wat betreft aanbod of prijs genieten (arrest Tepea/Commissie, punt 118 hierboven, punten 43 en 56). Bijgevolg kan een overeenkomst die tot doel heeft de parallelhandel te beperken, in beginsel worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken, maar enkel voor zover kan worden aangenomen dat daarmee de eindgebruikers deze voordelen worden ontnomen.

122 Gelet op de juridische en economische context waarin de algemene verkoopvoorwaarden van GSK worden toegepast, kan niet ervan worden uitgegaan dat zij de eindgebruikers dergelijke voordelen ontnemen. De groothandelaars, wier functie volgens het Hof erin bestaat zorg te dragen voor een door mededinging tussen producenten bevorderde bevoorrading van de detailhandel (arrest Metro I, punt 109 hierboven, punt 40), zijn immers ondernemers die op een tussenliggend niveau van de waardeketen actief zijn en het prijsvoordeel dat de parallelhandel kan meebrengen, voor zichzelf kunnen houden, in welk geval dit voordeel niet aan de eindgebruikers wordt doorgegeven.

123 Een beschrijving van deze context staat in deel I van de beschikking, dat de feiten bevat, en meer in het bijzonder in de onderdelen F, met het opschrift „Parallelhandel in farmaceutische producten binnen de Gemeenschap — Invloed van nationale wetgevingen en valutaschommelingen", en G, met het opschrift „Parallelhandel in producten van GW binnen de Gemeenschap — Invloed van de verkoopvoorwaarden van GW".

124 Bij lezing van deze beschrijving blijkt dat de voornaamste kenmerken van de juridische en economische context, zoals GSK zowel in haar memories als ter terechtzitting heeft beaamd de volgende zijn.

125 Ten eerste wordt volgens de punten 31, 36 en 50 van de beschikking de prijs van door de nationale stelsels van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen niet vastgesteld aan het einde van een mededingingsproces in de gehele Gemeenschap, maar wordt in de meeste lidstaten de prijs rechtstreeks vastgesteld na afloop van een administratieve procedure en wordt hij in de andere lidstaten indirect gecontroleerd.

126 Ten tweede is volgens punt 31 van de beschikking de harmonisatie van de op dit terrein toepasselijke nationale voorschriften in het huidige stadium beperkt. Richtlijn 89/105 beperkt zich inderdaad tot het voorschrift dat wanneer het nationale recht voorziet in de vaststelling van de prijs van deze geneesmiddelen, dit moet gebeuren na een transparante procedure en op basis van objectieve, verifieerbare criteria. Voor het overige kan volgens punt 50 van de beschikking in het nationale recht worden bepaald dat met uiteenlopende criteria rekening wordt gehouden, afhankelijk van het beleid dat de betrokken lidstaat op het gebied van de volksgezondheid en de financiering van het nationale stelsel van gezondheidszorg voert, zoals ook in richtlijn 89/105 is uiteengezet. Dat is onder andere het geval in het Spaanse recht, dat volgens de punten 37 en 38 van de beschikking voorziet in de rechtstreekse vaststelling van een maximale groothandelsprijs en in de indirecte vaststelling van een maximale detailhandelsprijs. Het recht van het Verenigd Koninkrijk voorziet niet in de vaststelling van prijzen, maar volgens de punten 44 tot en met 46 van de beschikking in toezicht op de winst van de farmaceutische ondernemingen.

127 Ten derde zijn volgens de punten 29 tot en met 31 en 34 van de beschikking de verschillen tussen de op dit terrein toepasselijke nationale voorschriften een oorzaak van structurele aard voor het bestaan van aanzienlijke prijsverschillen tussen lidstaten.

128 Ten vierde zijn volgens de punten 30, 32 en 53 van de beschikking schommelingen van de wisselkoers een oorzaak van conjuncturele aard voor het bestaan van deze prijsverschillen. Dit fenomeen, dat op 6 maart 1998 — de datum waarop GSK de algemene verkoopvoorwaarden aan de Commissie heeft meegedeeld — potentieel alle lidstaten van de Gemeenschap raakte, betrof op 8 mei 2001 — de datum waarop de Commissie de beschikking heeft vastgesteld — nog steeds het Verenigd Koninkrijk, Denemarken en Zweden, zoals blijkt uit punt 53 van de beschikking.

129 Ten vijfde zijn deze prijsverschillen volgens punt 29 van de beschikking zelf de oorzaak van de parallelhandel in geneesmiddelen binnen de Gemeenschap. De voornaamste lidstaten van bestemming voor deze parallelhandel zijn Denemarken, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, zoals wordt aangegeven in de punten 33 en 34 van de beschikking.

130 Ten zesde hebben bepaalde lidstaten voorschriften vastgesteld die, ongeacht of zij tot doel hebben de parallelhandel te bevorderen — hetgeen door de Commissie wordt uiteengezet in de punten 31, 33, 34, 36 en 52 van de beschikking, maar door GSK wordt betwist — een dergelijk effect kunnen hebben. Dat is onder andere het geval van het Verenigd Koninkrijk, waar, zoals in punt 49 van de beschikking wordt aangegeven, de National Health Service de apothekers automatisch een bedrag terugbetaalt, gelijk aan de prijs waarvoor de producent zijn geneesmiddel op de Britse markt brengt, verminderd met een vaste korting van 4 à 5 %, hetgeen wordt geacht overeen te komen met de besparingen die de apothekers realiseren wanneer zij elders tegen een lagere prijs inkopen.

131 Ten zevende blijkt uit de punten 31 en 51 van de beschikking dat de patiënt in de regel slechts een beperkt, zij het van lidstaat tot lidstaat verschillend, gedeelte draagt van de prijs van de door het nationale stelsel van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen die hij gebruikt. Het nationale stelsel van gezondheidszorg draagt daarvan het grootste deel. Dat is onder andere het geval in het Verenigd Koninkrijk, waar volgens punt 48 van de beschikking de patiënt 6 GBP per geneesmiddel betaalt, tenzij hij behoort tot een van deze bijdrage vrijgestelde categorie personen.

132 De Commissie verwijst in het kader van het aan het doel van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden gewijde onderzoek naar bepaalde aspecten van deze beschrijving. Aldus bijvoorbeeld in punt 117 van de beschikking, om aan te tonen dat deze bepaling invloed heeft op de parallelhandel, hetgeen niet wordt betwist. Zij verwijst er in punt 121 van de beschikking ook naar om uit te leggen dat, anders dan GSK stelt, de farmaceutische ondernemingen beschikken over onderhandelingsmacht in het kader van de Spaanse procedure voor de vaststelling van de groothandelsprijs van geneesmiddelen.

133 De Commissie onderzoekt echter op geen enkel moment de specifieke en wezenlijke kenmerkende eigenschap van de sector, te weten dat de prijzen van de betrokken producten, die onderworpen zijn aan de controle van de lidstaten, die ze direct of indirect vaststellen op het niveau dat zij gepast achten, worden vastgesteld op structureel uiteenlopende niveaus binnen de Gemeenschap en in tegenstelling tot de prijzen van andere verbruiksgoederen die de Commissie in haar processtukken en ter terechtzitting heeft genoemd, zoals sportartikelen of bromfietsen, in ieder geval in belangrijke mate niet onderhevig zijn aan het vrije spel van vraag en aanbod.

134 Vanwege deze omstandigheid kan niet ervan worden uitgegaan dat de parallelhandel invloed heeft op de voor eindgebruikers gehanteerde prijzen van geneesmiddelen die door de nationale stelsels van gezondheidszorg worden betaald, en hun uit dien hoofde een merkbaar voordeel verschaft dat overeenkomt met het voordeel dat zij zouden genieten indien deze prijzen door het spel van vraag en aanbod waren bepaald.

135 Overigens erkent de Commissie zelf dat de invloed van de parallelhandel in geneesmiddelen op het welzijn van eindgebruikers op het eerste gezicht onduidelijk is, aangezien zij in haar mededeling COM(1998) 588 def. van 25 november 1999 betreffende de interne markt voor geneesmiddelen, die wordt aangehaald in punt 161 van de beschikking en door partijen in hun processtukken en in hun antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht is genoemd, aangeeft dat, behalve waar sprake is van een dynamische invloed op de prijzen, parallelhandel inefficiënties veroorzaakt, omdat weliswaar niet het gehele, maar wel het grootste deel van het financiële voordeel ten goede komt aan de parallelhandelaar in plaats van aan het stelsel van gezondheidszorg of aan de patiënt (blz. 5).

136 Derhalve blijkt uit het onderzoek van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden, dat volgens GSK bedoeld is om ervoor te zorgen dat de door het Koninkrijk Spanje vastgestelde groothandelsprijs werkelijk alleen wordt gehanteerd voor de geneesmiddelen waarvoor hij rechtsgeldig is vastgesteld, niet op zich reeds dat de mededinging wordt belemmerd, beperkt of vervalst.

137 Geen van de argumenten van de Commissie en van interveniënten lijkt aan deze conclusie af te kunnen doen.

138 In het bijzonder kan de Commissie zich niet beperken tot het trekken van parallellen met de overeenkomsten die zij in haar vroegere beschikkingspraktijk heeft onderzocht, zoals zij in de punten 118 en 119 van de beschikking heeft gedaan, door te verklaren dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden op deze overeenkomsten lijkt of daarmee kan worden gelijkgesteld. Bij een dergelijke benadering wordt immers uiteindelijk geen rekening gehouden met de hierboven beschreven factoren van de juridische en economische context, die niet voorkomen in de beschikkingen tot toepassing van artikel 81, lid 1, EG waarnaar de Commissie heeft verwezen.

139 Verder kan de Commissie niet op goede gronden stellen dat het bestaan van de Spaanse regeling inzake de vaststelling van de groothandelsprijs van geneesmiddelen uiteindelijk niet doorslaggevend is gelet op de onderhandelingsmacht die de farmaceutische ondernemingen daarin hebben, zoals zij in de punten 120 tot en met 123 van de beschikking en in haar processtukken heeft gedaan. Zij kan evenmin op goede gronden aanvoeren dat ook het naast-elkaar-bestaan van verschillende nationale regelingen ter zake, gelet op de rechtspraak (arrest BMW Belgium/Commissie, punt 115 hierboven, punt 5, en arrest Gerecht van 19 mei 1999, BASF/Commissie, T-175/95, Jurispr. blz. II-1581, punten 121-123 en 136), niet doorslaggevend is, zoals zij eveneens in haar processtukken heeft gedaan.

140 Zelfs al verleent de Spaanse regeling onderhandelingsmacht aan de farmaceutische ondernemingen, zoals de Commissie en interveniënten ter terechtzitting nog hebben betoogd, dan neemt dat immers niet weg dat het bestaan van deze regeling, en het feit dat deze naast die van andere lidstaten bestaat, aanzienlijke invloed heeft op een wezenlijke parameter van de mededinging (zie naar analogie arrest Suiker Unie e.a./Commissie, punt 104 hierboven, punten 17 en 71), en als deel van de context in het mededingingsonderzoek niet buiten beschouwing mag worden gelaten.

141 Er kan dus geen parallel worden getrokken tussen de door de Commissie aangevoerde zaken, die, zoals zij ter terechtzitting zelf heeft opgemerkt, betrekking hadden op maatregelen tot bevriezing van de prijzen van nieuwe auto's (arrest BMW Belgium/Commissie, punt 115 hierboven, punt 5) of van autoreparatielakken (arrest BASF/Commissie, punt 139 hierboven, punt 123) die in één enkele lidstaat van de Gemeenschap golden, en de onderhavige zaak, die wordt gekenmerkt door het feit dat de prijs van de betrokken producten, die per saldo wordt vastgesteld door de lidstaten, structureel ontsnapt aan het spel van vraag en aanbod en wordt vastgesteld op niveaus die in de gehele Gemeenschap structureel uiteenlopen, ondanks een resterende mededinging die tot uitdrukking kan komen in de vorm van parallelhandel.

142 Tot slot kan uit punt 75 van het arrest General Motors/Commissie (zie hierboven, punt 116), dat door de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht en ter terechtzitting is aangevoerd, niet worden afgeleid dat de in het vorige punt genoemde feitelijke situatie volledig buiten beschouwing zou moeten worden gelaten.

143 Uit punt 75 van dat arrest volgt immers dat het ontbreken van fiscale harmonisatie niet in de weg staat aan de conclusie dat een overeenkomst die de parallelhandel in auto's beoogt te beperken, tot doel heeft de mededinging te beperken, hoewel deze harmonisatie invloed zou hebben op de mededinging in deze sector, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt. Er volgt echter geenszins uit dat de in het onderhavige geval aan de orde zijnde nationale regelingen van geen belang zijn voor het mededingingsonderzoek, terwijl zij tot doel hebben de prijsvorming van de door de nationale stelsels van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen aan de mededinging te onttrekken.

144 Interveniënten kunnen zich niet met succes beroepen op het feit dat de betrokken nationale regelingen in werkelijkheid niet tot doel hebben om de prijsvorming van deze geneesmiddelen aan het spel van vraag en aanbod te onttrekken, maar om de gevolgen van het ontbreken van concurrentie ten gevolge van het gewicht van de farmaceutische ondernemingen op de markt te compenseren en rechtvaardige prijzen te verzekeren, zoals zij ter terechtzitting hebben gedaan.

145 In een beroep tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie tot toepassing van de mededingingsregels stelt de gemeenschapsrechter krachtens artikel 230 EG een onderzoek in naar de rechtmatigheid van deze beschikking. De argumenten van interveniënten steunen echter op feiten die door de Commissie in de beschikking niet zijn vermeld en dus zeker niet zijn onderzocht. Het staat niet aan het Gerecht om zich voor haar in de plaats te stellen door ze van voren af aan te onderzoeken.

146 Bovendien moeten deze argumenten worden gesteld tegenover de argumenten van GSK, dat de nationale octrooiregelingen tot doel hebben het de farmaceutische ondernemingen mogelijk te maken hun kosten van onderzoek en ontwikkeling (hierna: „O&O") terug te verdienen door hun een tijdelijk monopolie toe te kennen, na afloop waarvan de producenten van generieke geneesmiddelen de prijsconcurrentie herstellen, zodat de parallelhandelaars, die tijdens de geldigheidsduur van de octrooien op de markt actief zijn, een kunstmatige mededinging teweegbrengen en niet een daadwerkelijke mededinging in de zin van artikel 3, lid 1, sub g, EG en artikel 81 EG.

147 Bijgevolg kan de primaire conclusie van de Commissie, dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt omdat het tot doel heeft de parallelhandel te beperken, niet worden aanvaard. Aangezien de prijzen van de betrokken geneesmiddelen door de toepasselijke regeling in belangrijke mate onttrokken zijn aan het spel van vraag en aanbod en door de overheid worden vastgesteld of gecontroleerd, kan niet zonder meer worden geacht vast te staan dat de parallelhandel leidt tot een verlaging van die prijzen en aldus het welzijn van de eindgebruikers bevordert. Uit een onderzoek van de tekst van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden tegen deze achtergrond kan dus niet worden geconcludeerd dat deze bepaling, die tot doel heeft de parallelhandel te beperken, aldus het welzijn van de eindgebruikers zal benadelen. In deze grotendeels ongekende situatie kan de mededingingsbeperkende aard van deze overeenkomst derhalve niet reeds worden afgeleid uit de lezing van de voorwaarden ervan in verband met de context en moeten noodzakelijkerwijs de gevolgen ervan worden beschouwd, alleen al om de vermoedens die de toezichthoudende autoriteit op grond van deze lezing kon hebben, te verifiëren.

— Het bestaan van mededingingsverstorende gevolgen

148 Voor het onderzoek naar de gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging is het in de eerste plaats nodig de relevante markt(en) zowel inhoudelijk als geografisch af te bakenen (arrest Hof van 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punten 15, 16 en 18).

149 Wat de relevante productmarkt in het onderhavige geval betreft, heeft de Commissie in de punten 112 en 113 van de beschikking, gelet op de opmerkingen van GSK, volgens welke de aard en de omvang van de parallelhandel en de aard en de draagwijdte van de algemene verkoopvoorwaarden erop kunnen wijzen dat het gaat om een productmarkt die alle geneesmiddelen op recept omvat, het niet nodig geacht om de marktaandelen van GW voor elk van de 82 betrokken geneesmiddelen exact te bepalen. Voor zover de Commissie ter terechtzitting twijfel heeft veroorzaakt over het bestaan van de opmerkingen van GSK waarop deze punten zijn gebaseerd, dient te worden vastgesteld dat uit lezing van de aanvullende aanmelding blijkt dat de beschikking op dit punt geen feitelijke onjuistheid bevat.

150 Wat de relevante geografische markt betreft, heeft de Commissie uiteindelijk in punt 114 van de beschikking geoordeeld dat die als nationaal moest worden beschouwd, met name wegens het bestaan in de lidstaten van de Gemeenschap van uiteenlopende prijs- en terugbetalingsregelingen, uiteenlopende merk- en verpakkingsstrategieën, uiteenlopende distributiesystemen en uiteenlopende recepteergewoonten.

151 De markten waarvoor de overeenkomst van betekenis is, zijn niet uitdrukkelijk door de Commissie genoemd. Uit de punten 112 tot en met 114, 117 en 126 van de beschikking valt echter af te leiden dat het gaat — zoals de Commissie heeft bevestigd in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht — om

enerzijds de Spaanse markt, waar de Spaanse groothandelaars geneesmiddelen van GW kunnen afnemen, en anderzijds alle nationale markten van de Gemeenschap waar zij ze kunnen verkopen, dat wil zeggen die markten waar het verschil tussen de Spaanse prijs en de binnenlandse prijs groot genoeg is om de parallelhandel winstgevend te laten zijn.

152 GSK maakt geen bezwaar tegen de benadering van de Commissie ten aanzien van de relevante geografische markt, zoals zij ter terechtzitting nog heeft bevestigd. Het staat dus vast dat deze markt, die het grondgebied bestrijkt waarop met betrekking tot het relevante product voor alle marktdeelnemers zo niet gelijke, dan toch voldoende homogene objectieve mededingingsvoorwaarden gelden (arrest Hof van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punten 44 et 53, en arrest Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 91), in het onderhavige geval als nationaal kan worden beschouwd, gelet op met name de uiteenlopende prijs- en terugbetalingsregelingen voor de geneesmiddelen.

153 GSK maakt daarentegen wel bezwaar tegen de benadering van de Commissie ten aanzien van de relevante productmarkt. Zij stelt dat de Commissie, gelet op de Spaanse regeling ter zake, onderscheid had moeten maken tussen een gereguleerde markt die de geneesmiddelen omvat die bestemd zijn om te worden verkocht en betaald in Spanje, en een vrije markt die de geneesmiddelen omvat die bestemd zijn om te worden verkocht en betaald in alle andere lidstaten. Deze kritiek lijkt echter ongegrond.

154 Uit de punten 112 en 113 van de beschikking blijkt dat de Commissie niet verder is ingegaan op de definitie van de relevante productmarkt. Nadat haar was gevraagd langs welke lijnen zij eigenlijk had geredeneerd, heeft de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht evenwel aangegeven dat zij, hoewel het haars inziens niet nodig was om de relevante productmarkt te definiëren omdat zij reeds een mededingingsverstorend doel had kunnen vaststellen, maar dat zij deze markt toch op summiere wijze heeft afgebakend.

155 Zij heeft tevens in haar antwoorden en vervolgens ter terechtzitting uitgelegd dat zij dienaangaande weliswaar niet voor een uiterst uitvoerige benadering heeft gekozen, maar uiteindelijk is gebleven bij de op dit terrein vanouds gehanteerde definitie, namelijk een definitie die is gebaseerd op het derde niveau van de Anatomical Therapeutic Classification (ATC), die is opgesteld door de European Pharmaceutical Medical Research Association (EphMRA). Zoals is aangegeven in de punten 16 en 110 van de beschikking, komt dit niveau overeen met subgroepen die worden gedefinieerd aan de hand van de therapeutische indicatie en de farmacologische eigenschappen van de betrokken geneesmiddelen.

156 Wanneer het Gerecht uitspraak doet op een beroep tot nietigverklaring van een gemeenschapshandeling, mag het deze handeling zelf uitleggen, met name wanneer de instelling die de handeling heeft verricht, uitleg verschaft over de manier waarop zij zou moeten worden begrepen (arrest Hof van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punten 55 en 56). In casu volgt uit de beschikking, in haar geheel beschouwd, dat de Commissie impliciet maar ongetwijfeld heeft geredeneerd aan de hand van een markt die zij heeft opgevat als de markt voor de distributie van geneesmiddelen die door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg worden betaald, voor zover deze voor parallelhandel naar andere lidstaten van de Gemeenschap in aanmerking komen. Zo heeft de Commissie in de punten 64 tot en met 71 van de beschikking de parallelhandel in door GW in Spanje op de markt gebrachte geneesmiddelen en in de punten 72 tot en met 75 van de beschikking de gevolgen van de algemene verkoopvoorwaarden voor dit fenomeen in algemene zin beschreven. Op dezelfde wijze heeft zij in de punten 117, 126, 137, 139 en 140 van de beschikking de mededingingsbeperkende gevolgen van artikel 4 daarvan onderzocht, waarbij zij haar aandacht uitsluitend heeft gericht op een groep van acht geneesmiddelen die bij uitstek in aanmerking komen voor parallelhandel en waarover GSK haar gegevens had verstrekt. Op dezelfde wijze heeft zij tenslotte in punt 144 van de beschikking ook de merkbaarheid van deze mededingingsverstorende gevolgen behandeld, en in punt 146 van de beschikking de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten.

157 Zoals blijkt uit de punten 13 en 14 van bekendmaking 97/C 372/03 van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1997, C 372, blz. 5), heeft deze instelling zich ertoe verbonden bij de bepaling van de relevante productmarkt hoofdzakelijk rekening te houden met de substitueerbaarheid aan de vraagzijde en aan de aanbodzijde.

158 Wat het eerste aspect betreft, volgt uit artikel 1, sub a, van verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB L 336, blz. 21) dat in het kader van een overeenkomst zoals die welke in de onderhavige zaak aan de orde is, moet worden onderzocht welke producten op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.

159 Het lijkt niet kennelijk onjuist om aan te nemen dat de afnemer, dat wil zeggen de Spaanse groothandelaar die zich met de parallelhandel kan bezighouden, voor dat doel minder interesse heeft in de therapeutische indicatie en de farmacologische eigenschappen van elk van deze geneesmiddelen die hij van GW afneemt, dan in het feit dat al deze geneesmiddelen worden betaald door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg, als gevolg waarvan hun prijs wordt vastgesteld door de Spaanse autoriteiten. Het lijkt evenmin kennelijk onjuist om aan te nemen dat deze afnemer minder interesse heeft in de prijs van elk van deze geneesmiddelen als zodanig dan in het feit dat er tussen Spanje en de lidstaat van bestemming een voldoende groot prijsverschil bestaat om de parallelhandel voor al deze geneesmiddelen winstgevend te laten zijn. In deze omstandigheden is het niet kennelijk onjuist om vast te stellen dat alle door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen waarvan de wederverkoop winst oplevert als gevolg van het prijsverschil tussen Spanje en de lidstaat van bestemming, gezamenlijk een productmarkt vormen.

160 Wat het tweede aspect betreft, kan worden vastgesteld dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden, zoals blijkt uit de opmerkingen van GSK waarop de Commissie zich in de punten 112 en 113 van de beschikking heeft gebaseerd, is opgesteld om de kwestie van de parallelhandel in door GW in de handel gebrachte geneesmiddelen tussen Spanje en de lidstaten in de richting waarvan deze activiteit voor de Spaanse groothandelaars winstgevend kan zijn, op globale wijze te regelen.

161 Het bestaan van de Spaanse regeling laat zich derhalve vanuit het oogpunt van zowel de afnemers als GSK eerder aanzien als de omstandigheid die de relevante productmarkt tot een eenheid maakt, dan als een factor die zou moeten leiden tot

het maken van onderscheid tussen een markt voor de distributie van voor binnenlands gebruik bestemde geneesmiddelen die gereguleerd zou zijn, en een markt voor de distributie van voor de uitvoer bestemde geneesmiddelen die vrij zou zijn. In werkelijkheid hangt het door GSK voorgestelde onderscheid eerder samen met het duidelijk territoriale karakter van de Spaanse regeling en de nationale dimensie van de relevante geografische markt, zoals zij ter terechtzitting overigens heeft toegegeven.

162 In de tweede plaats dienen de werkelijke of potentiële gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging te worden onderzocht. Dit onderzoek houdt in dat de mededingingssituatie die het gevolg is van de overeenkomst, wordt vergeleken met die welke zonder de overeenkomst zou bestaan (arrest Société technique minière, punt 55 hierboven, blz. 415, en arrest Deere/Commissie, punt 112 hierboven, punt 76).

163 In casu moet om te beginnen worden opgemerkt dat uit de punten 26 en 28 van de beschikking blijkt dat de toepassing van de algemene verkoopvoorwaarden, die op 9 maart 1998 van kracht zijn geworden, op 16 oktober 1998 is opgeschort en dat is gebleven tot aan de datum waarop de beschikking is vastgesteld, waaraan ter terechtzitting door partijen is herinnerd. Bijgevolg dient het door de Commissie uitgevoerde onderzoek te worden opgevat als hoofdzakelijk gericht op de potentiële gevolgen ervan voor de mededinging, zoals partijen ter terechtzitting hebben beaamd.

164 Dienaangaande erkent GSK dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden een beperking van de parallelhandel tot gevolg heeft of kan hebben, maar zij betwist dat het een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben. De voornaamste door haar aangevoerde argumenten hebben in wezen betrekking op vier aspecten van de redenering van de Commissie in de beschikking. Ten eerste, het feit dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden de parallelhandel beperkt en de handelingsvrijheid van de Spaanse groothandelaars aantast, betekent op zich niet reeds dat het een beperking van de mededinging tot gevolg heeft. Ten tweede, gelet op de juridische en economische context waarin deze bepaling wordt toegepast, betekent het feit dat daarbij een stelsel van gedifferentieerde prijzen wordt ingevoerd, niet op zich reeds dat zij een beperking van de mededinging tot gevolg heeft. Ten derde heeft de Commissie eenvoudigweg geconcludeerd dat deze bepaling de parallelhandel beperkt, de handelingsvrijheid van de Spaanse groot-

handelaars aantast en gedifferentieerde prijzen oplegt; daarmee heeft zij niet rechtens genoegzaam aangetoond dat deze bepaling een beperking van de mededinging tot gevolg heeft. Ten vierde, de Commissie heeft in ieder geval geen rekening gehouden met het feit dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden alleen maar een aan het Koninkrijk Spanje toe te rekenen verstoring van de mededinging compenseert.

165 Vastgesteld moet worden of uit deze verscheidene grieven volgt dat in de beschikking ten onrechte is geconcludeerd dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.

166 Ten eerste staat vast, zoals in punt 126 van de beschikking wordt vastgesteld, dat deze bepaling tot gevolg heeft dat de parallelhandel in door GW in Spanje in de handel gebrachte geneesmiddelen wordt beperkt. In veel gevallen vindt immers vervanging plaats van prijs 4A, die aanzienlijk lager is dan de prijzen in bepaalde andere lidstaten dan Spanje, door prijs 4B, waarbij het verschil kleiner is of niet bestaat. De winst die de Spaanse groothandelaars zouden kunnen behalen door te exporteren, verdwijnt daardoor of wordt kleiner.

167 Toch moet eraan worden herinnerd dat het feit dat een overeenkomst tot gevolg heeft of kan hebben dat de parallelhandel wordt beperkt, op zichzelf beschouwd inderdaad meebrengt dat de handel tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed, maar niet noodzakelijkerwijs dat de mededinging wordt beperkt. Het zijn de gevolgen die deze beperking van de parallelhandel heeft of kan hebben voor één of meer van de parameters van de mededinging, zoals de hoeveelheid van een product die wordt geleverd of de prijs waartegen het wordt verkocht, die het bewijs van een dergelijke beperking van de mededinging vormen (zie in die zin arrest Tepea/Commissie, punt 118 hierboven, punten 41, 43 en 56).

168 Het feit dat de Spaanse groothandelaars zonder artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden in staat zouden zijn geneesmiddelen af te nemen tegen de door de Spaanse autoriteiten vastgestelde groothandelsprijs, ongeacht naar welke lidstaat

deze geneesmiddelen worden doorverkocht en door welk nationaal stelsel van gezondheidszorg zij worden betaald, en ze vervolgens te verkopen in elke lidstaat waar de prijs voldoende hoger is dan de Spaanse prijs om, rekening houdend met de transactiekosten, winst op te leveren, betekent dus niet reeds dat er sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen. Daartoe dient eerst nog te worden bezien in welke mate de parallelhandel bijdraagt aan de prijsconcurrentie, gelet op de rol die de lidstaten op dit gebied spelen.

169 GSK stelt bijgevolg terecht dat de Commissie, na de gevolgen van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden voor de parallelhandel te hebben uiteengezet, ook nog de gevolgen voor de mededinging moest aantonen.

170 Ten tweede wordt niet betwist dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden, zoals wordt vastgesteld in de punten 137 tot en met 139 van de beschikking, tot gevolg heeft dat de handelingsvrijheid van de Spaanse groothandelaars wordt beperkt, met name de vrijheid om hun klanten te kiezen.

171 Niet elke overeenkomst die de handelingsvrijheid van de betrokken ondernemingen of van één van hen beperkt, valt echter automatisch onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG (arrest Hof van 19 februari 2002, Wouters e.a., C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 97, en arrest Gerecht van 18 september 2001, M6 e.a./Commissie, T-112/99, Jurispr. blz. II-2459, punt 76). Elke overeenkomst tussen ondernemers die op verschillende niveaus van de productie- en distributieketen actief zijn, heeft tot gevolg dat zij worden gebonden en als gevolg daarvan volgens de daarin vastgelegde voorwaarden in hun handelingsvrijheid worden beperkt. In casu worden de Spaanse groothandelaars beperkt in hun handelingsvrijheid, ongeacht de aankoopprijs die zij voor een geneesmiddel van GW op de Spaanse markt betalen (prijs 4A of prijs 4B), omdat zij vanuit economisch oogpunt blijvend niet in staat zijn ze op de andere nationale markten van de Gemeenschap tegen een lagere prijs door te verkopen. Aangezien de doelstelling van de communautaire mededingingsregels er echter in bestaat te voorkomen dat ondernemingen het welzijn van de eindgebruiker van de betrokken producten benadelen door de mededinging onderling of met derden te

beperken (zie hierboven, punt 118), moet bovendien worden aangetoond dat door deze beperking de mededinging ten nadele van de eindgebruiker wordt beperkt. Overigens heeft de Commissie ter terechtzitting zelf uitgelegd dat de beperking van de handelingsvrijheid van de Spaanse groothandelaars moeilijk op zichzelf kan worden beschouwd en slechts het uitgangspunt van haar onderzoek vormde.

172 Bijgevolg stelt GSK terecht dat de Commissie, na de gevolgen van artikel 4 voor de handelingsvrijheid van de Spaanse groothandelaars te hebben uiteengezet, ook nog moest aantonen hoe deze bepaling tot gevolg had dat de mededinging ten nadele van de eindgebruiker werd beperkt.

173 Ten derde wordt niet betwist dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden een stelsel invoert van prijzen die verschillen naargelang elk van de 82 betrokken geneesmiddelen bestemd is om te worden doorverkocht en betaald in Spanje dan wel in een andere lidstaat.

174 Hoewel punt 139 van de beschikking bij eerste lezing op dit punt onduidelijk kan lijken, blijkt bij nadere beschouwing dat de Commissie daar heeft gesteld dat een dergelijk stelsel discrimineert naar de bestemming van de betrokken producten (de Spaanse markt of andere nationale markten). Lezing van de processtukken van de Commissie bevestigt deze uitlegging. Het door GW ingevoerde stelsel van gedifferentieerde prijzen wordt daar vergeleken met een prohibitieve prijsdiscriminatie naar gelang van het land van bestemming. De Commissie overweegt daarbij dat dit neerkomt op het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties in de zin van artikel 81, lid 1, sub d, EG. Voorts verwijst de Commissie daar naar de rechtspraak inzake artikel 82, sub c, EG, waarvan de tekst identiek is aan die van deze bepaling.

175 Artikel 81, lid 1, sub d, EG verbiedt overeenkomsten waarbij op handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties worden toegepast en hun daarmee nadeel bij de mededinging wordt berokkend.

176 In het onderhavige geval staat buiten twijfel dat de Spaanse groothandelaars handelspartners van GW zijn en dat GW hun ongelijke voorwaarden oplegt naargelang zij deze geneesmiddelen in Spanje of in ander lidstaten van de Gemeenschap doorverkopen. Het is echter niet aangetoond dat deze verkopen gelijkwaardige prestaties vormen en dat de voorwaarden van artikel 81, lid 1, sub d, EG dus zijn vervuld.

177 Volgens de rechtspraak waarnaar de Commissie verwijst, verzet artikel 82, sub c, EG zich er immers niet tegen dat een onderneming met een machtspositie in de diverse lidstaten verschillende prijzen vaststelt, met name wanneer de prijsverschillen worden gerechtvaardigd door verschillen in de voorwaarden waaronder de producten worden verhandeld, en in de intensiteit van de concurrentie, maar verbiedt het haar om kunstmatige prijsverschillen in de diverse lidstaten toe te passen, waardoor haar afnemers in een ongunstige positie worden gebracht en de mededinging kan worden vervalst in het kader van een kunstmatige afscherming van de nationale markten (arrest Tetra Pak/Commissie, punt 152 hierboven, punt 160, en de daar aangehaalde rechtspraak). Meer in het algemeen volgt daaruit dat het feit dat een onderneming met een machtspositie zonder objectieve verklaring verschillende prijzen toepast, weliswaar kan wijzen op discriminatie wanneer deze prijzen worden toegepast op een gegeven geografische markt die wordt gekenmerkt door voldoende homogene mededingingsvoorwaarden, maar dat dit niet het geval is wanneer zij worden toegepast op afzonderlijke geografische markten die worden gekenmerkt door onvoldoende homogene mededingingsvoorwaarden, gelet op onder andere de toepasselijke wettelijke regelingen (zie in die zin arrest United Brands/Commissie, punt 152 hierboven, punten 44-56 en 207, 208, 225, 228 en 233, en arrest Tetra Pak/Commissie, punt 152 hierboven, punten 92-96 en 161, 164, 165, 167 en 170).

178 Deze overwegingen kunnen worden toegepast op het onderhavige geval, waarin een producent en zijn groothandelaars overeenkomen verschillende prijzen toe te passen naar gelang van de lidstaat waarin de betrokken producten zullen worden verkocht en betaald. Vaststaat dat elk van deze lidstaten een afzonderlijke markt vormt, omdat de relevante geografische markt wegens met name de uiteenlopende prijs- en terugbetalingsregelingen voor de betrokken geneesmiddelen nationaal is. De Commissie heeft dus zelf in de beschikking verklaard dat wanneer de Spaanse

groothandelaar de ene of de andere nationale markt bevoorraadt, hij — gelet op met name de toepasselijke wettelijke regeling — actief is onder mededingingsvoorwaarden die heterogeen zijn wat de prijs betreft, de parameter waarop artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden juist betrekking heeft.

179 Bijgevolg stelt GSK terecht dat de vaststelling van een verschil in prijzen niet voldoende is voor de conclusie dat er sprake is van discriminatie. Het is immers mogelijk dat zij verschillende prijzen toepast omdat er verschillende markten bestaan, en niet om verschillende markten te doen ontstaan.

180 Een dergelijke uitlegging wordt overigens voorgesteld door de Commissie zelf, die in mededeling COM(1998) 588 def. (zie hierboven, punt 135) aangeeft dat de farmaceutische ondernemingen prijsdifferentiatie toepassen om rekening te houden met verschillen in koopkracht (blz. 5), en in algemene zin toevoegt dat het uiterst moeilijk zou zijn een passend prijsniveau voor de hele Gemeenschap te bepalen, aangezien een laag niveau op korte termijn positief zou zijn met het oog op de uitgavenbeheersing in de gezondheidszorg, maar zou leiden tot een gestage afname van de bijdrage van Europa aan de investeringen in farmaceutisch O&O, en een hoog niveau de toegankelijkheid voor consumenten en betalers beperken in die landen waar vanwege de economische en sociale omstandigheden dergelijke prijzen niet kunnen worden betaald (blz. 13).

181 Ten vierde stelt GSK in wezen dat de Commissie op geen enkele andere wijze heeft aangetoond dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.

182 Dat is echter niet het geval. Integendeel, de Commissie heeft na een betrekkelijk summier — zoals zij heeft erkend in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht — maar voldoende volledig onderzoek, gelet op de feiten van het

concrete geval (zie hierboven, punt 119) en de argumenten van GSK, geconcludeerd dat deze bepaling tevens tot gevolg heeft dat het welzijn van de eindgebruikers wordt benadeeld door hen te beletten uit de deelname van de Spaanse groothandelaars aan intrabrand-concurrentie op de markten van bestemming van de parallelhandel van Spaanse herkomst voordeel te halen in de vorm van lagere prijzen en kosten.

183 Zo heeft de Commissie in de punten 72 tot en met 75 van de beschikking vastgesteld dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden de Spaanse groothandelaars die door GW in Spanje in de handel gebrachte geneesmiddelen afnemen, ertoe verplicht haar een prijs (prijs 4B) te betalen die hoger is dan de door de Spaanse autoriteiten vastgestelde prijs, die zij zonder de algemene verkoopvoorwaarden zouden hebben betaald (prijs 4A). Deze bepaling heeft aldus tot gevolg dat in veel gevallen het tot dan toe bestaande verschil tussen de in Spanje geldende prijzen en de in de andere lidstaten van de Gemeenschap geldende prijzen kleiner wordt of verdwijnt. Het aantal betrokken gevallen is aanzienlijk, of men nu de kosten van de Spaanse groothandelaars in het geval van parallelhandel (transport, herverpakking, enzovoort) buiten beschouwing laat of juist daarmee rekening houdt. GSK bestrijdt deze feitelijke vaststellingen niet.

184 Verder heeft de Commissie in de punten 48 en 51 van de beschikking vastgesteld dat een — weliswaar beperkt — gedeelte van de prijs van de onder de algemene verkoopvoorwaarden vallende geneesmiddelen in veel lidstaten nog steeds ten laste van de patiënt komt, die in zoverre een eindgebruiker in de economische zin van het begrip van de betrokken producten vormt. De Commissie heeft tevens in de punten 49 en 51 van de beschikking vastgesteld dat het restant van de prijs van deze geneesmiddelen wordt betaald door het nationale stelsel van gezondheidszorg, dat ook een eindgebruiker van de betrokken producten vormt, voor zover het de door de verzekerden ter zake van hun gezondheid gelopen economische risico's onder hen verdeelt. Bovendien heeft het Hof reeds gewezen op het specifieke karakter van de handel in farmaceutische producten, waarvan een kenmerkende eigenschap is dat de medische kosten worden gedragen door de sociale zekerheidsinstellingen in plaats van door de eindgebruikers (arrest Hof van 7 februari 1984, Duphar e.a., 238/82, Jurispr. blz. 523, punt 20). Deze feitelijke vaststellingen, waarvan het belang voor de in de beschikking gevolgde redenering door de Commissie ter terechtzitting in herinnering is gebracht, worden door GSK niet betwist.

185 Al zou worden aanvaard dat de concurrentie tussen de Spaanse groothandelaars die parallelhandel bedrijven, of tussen deze groothandelaars en de op de markt van de lidstaat van bestemming van de parallelhandel gevestigde distributeurs zodanig beperkt is dat zij slechts in zoverre lagere wederverkoopprijzen kunnen toepassen dan die welke door laatstgenoemden worden toegepast, als absoluut nodig is om detailhandelaars aan te trekken, zoals op overtuigende wijze wordt uitgelegd in bepaalde door GSK overgelegde stukken, dan kon de Commissie uit de in de voorgaande punten vermelde feitelijke vaststellingen toch afleiden, zoals zij in punt 140 van de beschikking heeft gedaan, dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden een hindernis vormt voor deze concurrentie en in wezen voor de druk die zonder dat artikel op de eenheidsprijs van de betrokken geneesmiddelen zou staan, en wel ten nadele van de eindgebruiker, waaronder zowel de patiënt als het stelsel van nationale gezondheidszorg dat optreedt voor rekening van zijn rechthebbenden, moet worden begrepen.

186 Zoals de Commissie in punt 133 van de beschikking en vervolgens in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht en ter terechtzitting heeft opgemerkt, kan deze druk op het individuele niveau van een van de door artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden ongunstig beïnvloede nationale markten, zoals die van het Verenigd Koninkrijk, inderdaad marginaal zijn. In punt 140 van de beschikking heeft de Commissie echter ook opgemerkt dat het feit dat die druk wordt verhinderd door middel van een overeenkomst die is gesloten met een aanzienlijk aantal Spaanse groothandelaars en die een aanzienlijk aantal producten en nationale markten in de Gemeenschap beïnvloedt, door een netwerkeffect bijdraagt of kan bijdragen tot versterking van de reeds bestaande starheid van de prijzen op de markt. Een dergelijke versterking is in strijd met artikel 81, lid 1, EG (zie in die zin arrest Metro I, punt 109 hierboven, punt 22, en arrest Hof van 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78, Jurispr. blz. 3125, punt 139).

187 GSK heeft niet bewezen dat op dit punt een fout is gemaakt. Integendeel, zij heeft ter terechtzitting erkend dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden, hoewel hoofdzakelijk bedoeld om een verschuiving van overschotten naar de groothandelaars te voorkomen, tot gevolg kan hebben dat de — weliswaar beperkte — winst die hun deelname aan de intrabrand-concurrentie de eindgebruiker op dit gebied brengt, lager wordt op de markten van bestemming van de parallelhandel.

188 Tot slot heeft de Commissie in de punten 33, 34, 52 en 134 van de beschikking vastgesteld dat sommige nationale stelsels van gezondheidszorg in uiteenlopende mate en op verschillende manieren gebruik maken van de parallelhandel om de kosten van de geneesmiddelen die zij betalen, te verlagen. Hoewel GSK betwist dat de nationale maatregelen waarnaar de Commissie verwijst, tot doel hebben de parallelhandel te bevorderen, betwist zij niet dat zij een dergelijk effect kunnen teweegbrengen, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt zonder te worden tegengesproken. In sommige van de door haar overgelegde stukken wordt integendeel op overtuigende wijze benadrukt dat dit het geval kan zijn. GSK erkent tot slot in haar antwoorden op de schriftelijke vragen en ter terechtzitting tevens dat sommige lidstaten maatregelen hebben genomen om een gedeelte van de door apotheken via de parallelhandel gerealiseerde besparingen terug te krijgen.

189 Door haar aandacht uitsluitend te richten op het voorbeeld van het Verenigd Koninkrijk, dat volgens GSK de voornaamste doelmarkt van de parallelhandel in door GW in Spanje in de handel gebrachte geneesmiddelen vormt, heeft de Commissie in punt 134 van de beschikking daaruit kunnen afleiden dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden tot gevolg heeft dat de nationale stelsels van gezondheidszorg het voordeel wordt ontnomen dat zij in de vorm van een kostenverlaging, zelfs onafhankelijk van een verlaging van de detailhandelsprijs, zouden hebben genoten door de deelname van de Spaanse groothandelaars aan intrabrand-concurrentie. Ook al benadrukt GSK de beperkte omvang van dit effect, zij heeft het bestaan ervan ter terechtzitting erkend. Zij heeft ook erkend dat een dergelijk effect kan ontstaan in andere lidstaten dan het Verenigd Koninkrijk.

190 Derhalve dient te worden geconcludeerd dat de Commissie, gelet op de elementen waarvan de relevantie door GSK niet op goede gronden in twijfel is getrokken, zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden tot gevolg heeft dat het welzijn van de eindgebruikers wordt benadeeld door hen te beletten om uit de deelname van de Spaanse groothandelaars aan intrabrand-concurrentie op de nationale markten van bestemming van de parallelhandel van Spaanse herkomst voordeel in de vorm van lagere prijzen en kosten te halen.

191 Geen van de argumenten van GSK lijkt aan deze conclusie te kunnen afdoen.

192 In het bijzonder is haar belangrijkste argument, dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden gerechtvaardigd is omdat het een aan het Koninkrijk Spanje toe te rekenen verstoring van de mededinging neutraliseert, ongegrond. Het feit dat de juridische en economische context waarin de ondernemingen actief zijn, bijdraagt aan een beperking van de mededinging, levert voor deze ondernemingen geen vrijbrief op om op hun beurt de mededingingsregels te schenden door de mededinging die deze context laat voortbestaan of voortbrengt, te verhinderen of te beperken, (arrest Suiker Unie e.a./Commissie, punt 104 hierboven, punt 620, en arrest CIF, punt 66 hierboven, punt 57).

4. Conclusie

193 Uit het voorgaande volgt dat GSK er niet in is geslaagd de conclusie van de Commissie dat de algemene verkoopvoorwaarden een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormen, in twijfel te trekken.

194 Voorts, ofschoon de primaire conclusie van de Commissie dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden tot doel heeft de mededinging te beperken, onjuist is, is GSK er niet in geslaagd haar subsidiaire conclusie, dat deze bepaling tot gevolg heeft dat de eindgebruikers het voordeel wordt ontnomen dat zij op het gebied van prijzen en kosten zouden hebben gehad van de deelname van de Spaanse groothandelaars aan intrabrand-concurrentie op de nationale markten van bestemming van de parallelhandel van Spaanse herkomst, in twijfel te trekken.

195 Bijgevolg dient het middel inzake schending van artikel 81, lid 1, EG te worden afgewezen.

C — *Het middel inzake misbruik van bevoegdheid, schending van het subsidiariteitsbeginsel en schending van artikel 43 EG*

1. Argumenten van partijen

196 GSK stelt in wezen dat de beschikking, door haar te verbieden gedifferentieerde prijzen vast te stellen, haar uiteindelijk ertoe verplicht om de prijzen die door de Spaanse autoriteiten zijn vastgesteld voor de groothandel in geneesmiddelen die bestemd zijn om te worden doorverkocht in Spanje en te worden betaald door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg, te hanteren bij de groothandel in geneesmiddelen die bestemd zijn om te worden doorverkocht in andere lidstaten of te worden betaald door andere nationale stelsels van gezondheidszorg, die hun eigen prijscontrolesysteem hebben. Daarmee schendt zij het subsidiariteitsbeginsel. Bovendien schendt zij het in artikel 43 EG neergelegde recht van vestiging. Tot slot, voor zover de Commissie aldus de convergentie van de prijzen van de geneesmiddelen in de Gemeenschap beoogt te bevorderen, maakt zij zich schuldig aan misbruik van bevoegdheid.

197 De Commissie, ondersteund door interveniënten, betwist de gegrondheid van dit middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

198 In de eerste plaats kan bij een beschikking van misbruik van bevoegdheid slechts sprake zijn wanneer op grond van objectieve, relevante en overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat zij uitsluitend of althans overwegend is vastgesteld om andere dan de aangegeven doelen te bereiken (arresten Hof van 21 juni 1958, Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges/Hoge Autoriteit, 8/57, Jurispr. blz. 241, op blz. 263, en 11 november 2004, Ramondín e.a./Commissie, C-186/02 P en C-188/02 P, Jurispr. blz. I-10653, punt 44).

199 In casu blijkt uit de memories van GSK dat deze speculeert over het oogmerk dat zij de Commissie toedicht, maar geen aanwijzingen naar voren brengt waarmee rechtens genoegzaam kan worden aangetoond dat de beschikking uitsluitend of overwegend is vastgesteld om de convergentie van de prijzen van de geneesmiddelen in de Gemeenschap te bevorderen.

200 In de tweede plaats bepaalt artikel 5, tweede alinea, EG dat op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, de Gemeenschap, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel, slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.

201 In artikel 81, lid 1, EG is het subsidiariteitsbeginsel aldus geconcretiseerd, dat het daarin vastgelegde verbod is beperkt tot overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Wanneer dus op grond van een geheel van objectieve feitelijke en juridische omstandigheden met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden verwacht dat dergelijk gedrag al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op de handelsstromen tussen lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen, moet dit gedrag worden geacht de handel tussen lidstaten ongunstig te kunnen beïnvloeden (arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, op blz. 514, en arrest Hof van 29 april 2004, British Sugar/Commissie, C-359/01 P, Jurispr. blz. I-4933, punt 27), zodat het, vanwege de omvang en de gevolgen van de door haar getroffen maatregelen, gepast is dat de Gemeenschap optreedt (zie in die zin arrest Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, Jurispr. blz. II-4653, punten 197 en 198).

202 Wanneer dit optreden de vorm van een Commissiebeschikking aanneemt, handelt de Commissie in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel wanneer zij rechtens genoegzaam aantoont dat de handel tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed door de overeenkomst tussen ondernemingen, het besluit van de ondernemersvereniging of de onderling afgestemde gedraging waarvan zij de rechtmatigheid onderzoekt.

203 In casu heeft de Commissie in de punten 145 en 146 van de beschikking in wezen uiteengezet dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, omdat daarbij prijzen worden ingevoerd die verschillen naargelang de groothandelaars waarmee GW in Spanje zakelijke betrekkingen is aangegaan, de van haar afgenomen geneesmiddelen bestemmen voor de wederverkoop in Spanje dan wel in andere lidstaten van de Gemeenschap, en GSK betwist dit niet.

204 In de derde en laatste plaats kent artikel 43 EG de onderdanen van alle lidstaten, waarmee in artikel 48 EG vennootschappen die zijn opgericht in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, worden gelijkgesteld, het fundamentele recht toe (arresten Hof van 6 oktober 1981, Broekmeulen, 246/80, Jurispr. blz. 2311, punt 20, en 31 maart 1993, Kraus, C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punten 28 en 29) om zich te vestigen op het grondgebied van elke andere lidstaat onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen daarvan, en verbiedt het de handhaving of invoering van beperkingen van deze vrijheid.

205 Dergelijke beperkingen vormen alle nationale regelingen die, zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing zijn, de onderdanen van andere lidstaten in een feitelijk of juridisch nadelige situatie kunnen brengen ten opzichte van die van onderdanen van de lidstaat van vestiging, en aldus de uitoefening van deze fundamentele vrijheid kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken, behoudens de in het Verdrag neergelegde en de door het Hof aanvaarde uitzonderingen (arresten Hof van 11 mei 1999, Pfeiffer, C-255/97, Jurispr. blz. I-2835, punten 18 en 19, en 21 april 2005, Commissie/Griekenland, C-140/03, Jurispr. blz. I-3177, punt 27).

206 In het onderhavige geval vordert GSK nietigverklaring van een beschikking krachtens artikel 81, lid 1, EG, die door de Commissie is vastgesteld in de uitoefening van de bevoegdheid die de communautaire mededingingsregels haar

hebben toegekend. Naar haar aard vormt noch bevat een dergelijke beschikking een nationale regeling die een door artikel 43 EG verboden beperking kan zijn. Het is dus nutteloos om tegen een dergelijke beschikking een beroep te doen op deze bepaling (zie naar analogie met betrekking tot artikel 49 EG, beschikking Hof van 23 februari 2006, Piau/Commissie, C-171/05 P, Jurispr. 2006, blz. I-37, punt 58).

207 Het middel inzake misbruik van bevoegdheid, schending van het subsidiariteitsbeginsel en schending van artikel 43 EG moet derhalve in zijn geheel worden verworpen, evenals de vordering van GSK tot nietigverklaring van artikel 1 van de beschikking.

II — *De middelen strekkende tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking*

A — *Ontoereikende motivering*

1. Argumenten van partijen

208 GSK stelt in wezen dat de beschikking ontoereikend is gemotiveerd voor zover de Commissie de haar gedurende de administratieve procedure voorgelegde feitelijke argumenten en bewijsstukken met betrekking tot de voor- en nadelen van respectievelijk de parallelhandel en artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden voor de mededinging in de geneesmiddelensector niet naar behoren heeft onderzocht, zoals zij had moeten doen gelet op het arrest Bayer/Commissie (zie hierboven, punt 47).

209 De Commissie, ondersteund door interveniënten, betwist de gegrondheid van dit middel.

2. Beoordeling door het Gerecht

210 De vraag of de Commissie in een beschikking tot toepassing van de mededingingsregels haar onderzoek naar behoren heeft uitgevoerd, behoort niet tot de controle van het bestaan of de omvang van de motivering van deze beschikking, maar tot de controle van de gegrondheid van de motivering ervan (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, punt 54 hierboven, punt 67, en arrest Gerecht van 13 januari 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e.a./Commissie, T-158/99, Jurispr. blz. II-1, punt 97).

211 In casu stelt GSK dat de beschikking ontoereikend is gemotiveerd, omdat de ter ondersteuning van haar ontheffingsverzoek voorgelegde feitelijke argumenten en bewijsstukken niet naar behoren zijn onderzocht. Haar grief betreft dus niet zozeer een ontoereikende motivering van de beschikking als wel de gegrondheid van de motivering die is gewijd aan de beoordeling van dit verzoek in het kader van artikel 81, lid 3, EG.

212 Het onderhavige middel houdt derhalve in werkelijkheid verband met het middel inzake schending van deze bepaling, dat hieronder wordt onderzocht.

213 Voor zover GSK tevens wil betogen dat de beschikking ontoereikend is gemotiveerd wat de afwijzing van haar ontheffingsverzoek betreft, lijkt deze kritiek ongegrond. In de punten 147 tot en met 188 van de beschikking legt de Commissie immers uit — op een voldoende uitgebreide manier zodat GSK haar redenering kan begrijpen en de rechter deze kan beoordelen — dat dit verzoek volgens haar moet worden afgewezen omdat niet rechtens genoegzaam is bewezen dat is voldaan aan de voorwaarden voor de verlening van een ontheffing, en dat er, om te beginnen, sprake is van efficiencywinst.

B — *Schending van artikel 81, lid 3, EG*

1. Inhoud van de beschikking

214 De Commissie heeft in de punten 147 tot en met 189 van de beschikking vastgesteld dat GSK niet heeft bewezen dat in het onderhavige geval de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG zijn vervuld.

215 Wat de eerste voorwaarde voor toepassing van deze bepaling betreft, heeft de Commissie in de punten 151 en 154 tot en met 176 van de beschikking geoordeeld dat GSK niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de algemene verkoopvoorwaarden een bijdrage zullen leveren aan de bevordering van de technische vooruitgang of aan de verbetering van de distributie van geneesmiddelen.

216 Wat de tweede voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG betreft, heeft de Commissie in de punten 177 tot en met 186 van de beschikking geoordeeld dat GSK niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat een billijk aandeel van de voordelen die uit de algemene verkoopvoorwaarden kunnen voortvloeien, de gebruikers ten goede zal komen.

217 De Commissie heeft in de punten 187 en 188 van de beschikking toegevoegd dat ook niet is aangetoond dat de algemene verkoopvoorwaarden geen onmisbare beperkingen opleggen en dat de mededinging niet voor een wezenlijk deel van de betrokken geneesmiddelen wordt uitgeschakeld.

2. Argumenten van partijen

218 GSK stelt dat de conclusie van de Commissie dat niet is aangetoond dat de voorwaarden voor verlening van een ontheffing zijn vervuld, is gebaseerd op fouten die de nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking rechtvaardigen.

219 In algemene zin voert zij in wezen aan dat de Commissie de feitelijke argumenten en de bewijsstukken ter ondersteuning van haar ontheffingsverzoek niet serieus heeft onderzocht. Zij voert verder argumenten aan die betrekking hebben op elk van de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG.

220 Wat om te beginnen de eerste voorwaarde betreft, betoogt zij dat de Commissie haar feitelijke argumenten en haar bewijsstukken niet serieus heeft onderzocht, volgens welke de parallelhandel door vermindering van haar innovatievermogen efficiency-verlies zal veroorzaken, terwijl artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden juist efficiencywinst zal opleveren door het mogelijk te maken haar innovatievermogen te vergroten. Zij is van mening dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat niet is aangetoond dat er een verband bestaat tussen de parallelhandel en innovatie en in ieder geval merkbare gevolgen heeft voor innovatie. Zij meent te hebben aangetoond dat er sprake is van een bijdrage aan de bevordering van de technische vooruitgang.

221 GSK stelt voorts dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat niet is aangetoond dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden zal bijdragen aan de verbetering van de distributie van geneesmiddelen door beperking van de parallelhandel, die in sommige lidstaten leidt tot vertragingen bij de introductie en een suboptimale allocatie van de door GSK te koop aangeboden geneesmiddelen.

222 Wat vervolgens de tweede voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG betreft, voert GSK aan dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat het er niet op lijkt dat een billijk deel van de aan artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden verbonden voordelen de gebruikers ten goede zal komen. De Commissie heeft immers de gebruikers verkeerd geïdentificeerd, door daaronder de groothandelaars te begrijpen en niet volledig rekening te houden met de rol die in de betrokken sector wordt gespeeld door de lidstaten. Bovendien heeft zij de voordelen die de gebruikers kunnen verwachten van haar stelsel van gedifferentieerde prijzen in vergelijking met de situatie waarin zij zich wegens de parallelhandel bevinden, kennelijk onjuist beoordeeld.

223 GSK meent verder duidelijk te hebben aangetoond dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden onmisbaar is, in de zin van de derde voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG, voor het bereiken van de gebruikersvoordelen die zij ervan verwacht.

224 Tot slot meent GSK te hebben aangetoond dat deze bepaling, in overeenstemming met de vierde voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG, niet zal leiden tot uitschakeling van een wezenlijk deel van de mededinging, gelet op de aard en de intensiteit daarvan.

225 De Commissie, ondersteund door interveniënten, betwist de gegrondheid van deze argumenten.

226 Zij stelt in de eerste plaats dat zij alle door GSK ter ondersteuning van haar ontheffingsverzoek voorgelegde argumenten en bewijsstukken serieus en naar behoren heeft onderzocht.

227 In de tweede plaats stelt zij te hebben kunnen concluderen dat GSK niet heeft bewezen dat de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG zijn vervuld.

228 Dienaangaande is zij ten eerste van mening dat GSK zich niet kan beperken tot de stelling dat de overeenkomst die zij heeft gesloten met de bedoeling of het gevolg dat de parallelhandel wordt gehinderd, haar in staat zal stellen haar handelswinst te maximaliseren en een deel daarvan te bestemmen voor de financiering van haar O&O-activiteiten. Integendeel, het is haar taak om door middel van voldoende gegevens om te kunnen overtuigen, aan te tonen dat er een objectief, specifiek en rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de door deze overeenkomst veroorzaakte beperking van de mededinging en de efficiencywinst die deze kan compenseren. In het onderhavige geval heeft de Commissie kunnen vaststellen dat een dergelijk causaal verband niet is aangetoond.

229 Ten tweede is de Commissie van oordeel dat, al waren de argumenten van GSK dat de parallelhandel de distributie van geneesmiddelen ontregelt en vertragingen bij de introductie veroorzaakt — problemen die artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden zou verhelpen — voldoende specifiek om er rekening mee te kunnen houden, zij op geen enkel moment in de administratieve procedure rechtens genoegzaam zijn onderbouwd.

230 Ten derde is de Commissie in wezen van mening dat de groothandelaars onder de gebruikers moeten worden geschaard en dat zij, evenals de patiënten en de nationale stelsels van gezondheidszorg, kunnen worden geacht voordeel te hebben bij de parallelhandel. Zij voegt toe dat daarentegen nooit rechtens genoegzaam is aangetoond dat de gebruikers ook voordeel zullen hebben van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden.

231 Ten vierde voert de Commissie aan dat uit de argumenten van GSK niet blijkt, anders dan zij in de beschikking heeft vastgesteld, dat is aangetoond dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden onmisbaar is.

232 Ten vijfde voert de Commissie ook aan dat de argumenten van GSK geen serieuze twijfel doen ontstaan over het standpunt dat niet is aangetoond dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden niet leidt tot uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk gedeelte van de betrokken producten.

3. Beoordeling door het Gerecht

a) Voorafgaande opmerkingen

233 Elke overeenkomst die de mededinging beperkt, hetzij door haar gevolgen hetzij door haar strekking, kan in beginsel in aanmerking komen voor een ontheffing (arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 515-517 en 521-525, en arrest Gerecht van 15 juli 1994, Matra Hachette/Commissie, T-17/93, Jurispr. blz. II-595, punt 85), zoals de Commissie overigens in punt 153 van de beschikking en ter terechtzitting heeft opgemerkt.

234 De toepassing van deze bepaling is onderworpen aan bepaalde voorwaarden, waarvan de vervulling zowel noodzakelijk als toereikend is (arrest Remia e.a./Commissie, punt 57 hierboven, punt 38, en arrest Matra Hachette/Commissie, punt 233 hierboven, punt 104). Ten eerste moet de betrokken overeenkomst bijdragen aan de verbetering van de productie of de distributie van de betrokken producten dan wel de technische of economische vooruitgang bevorderen, ten tweede moet een billijk aandeel van de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komen, ten derde mag de overeenkomst de betrokken ondernemingen geen beperkingen opleggen die niet onmisbaar zijn, en ten vierde mag het hen niet de mogelijkheid geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

235 Bijgevolg moet degene die een beroep doet op artikel 81, lid 3, EG, door middel van overtuigende argumenten en bewijsstukken aantonen dat aan deze voorwaarden is voldaan, (arrest Hof van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19, punt 52, en arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 55 hierboven, punt 78).

236 De Commissie moet deze argumenten en bewijsstukken naar behoren onderzoeken (arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 521), dat wil zeggen, zij moet nagaan of zij aantonen dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG is voldaan. In sommige gevallen kunnen deze argumenten en bewijsstukken van dien aard zijn dat zij haar verplichten een verklaring of een rechtvaardiging te geven, zonder welke mag worden geconcludeerd dat degene die een beroep doet op artikel 81, lid 3, EG, geslaagd is in het bewijs (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 55 hierboven, punt 79). Zoals zij in haar memories erkent, moet de Commissie in een dergelijk geval deze argumenten en deze bewijsstukken weerleggen.

237 In casu heeft de Commissie haar onderzoek geconcentreerd op de eerste voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG, zoals zij overigens in haar memories en vervolgens ter terechtzitting heeft benadrukt. In de punten 51 en 154 tot en met 176 van de beschikking verklaart zij dat de door GSK tijdens de administratieve procedure aangevoerde feitelijke argumenten en bewijsstukken niet aantonen dat deze voorwaarde is vervuld.

238 De feitelijke argumenten en de bewijsstukken die GSK heeft aangevoerd om aan te tonen dat een billijk aandeel van de uit haar algemene verkoopvoorwaarden voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede zal komen en dat de tweede voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG dus is vervuld, zijn bijgevolg buiten beschouwing gelaten, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd. De Commissie heeft in punt 179 van de beschikking immers vastgesteld dat, aangezien GSK niet heeft bewezen dat de beperking van de parallelhandel daadwerkelijk een of ander voordeel in het kader van de eerste voorwaarde oplevert, de tweede voorwaarde uit artikel 81, lid 3, evenmin vervuld kan zijn en dus

geen nader onderzoek behoeft. Pas daarna en enkel voor de volledigheid heeft de Commissie in de punten 180 tot en met 186 van de beschikking gereageerd op sommige van de argumenten die GSK heeft aangevoerd om aan te tonen dat de parallelhandel geen voordeel oplevert waarvan een billijk aandeel aan de gebruikers ten goede komt.

239 De derde en de vierde voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG zijn op summiere wijze onderzocht, zoals de Commissie in haar memories en vervolgens ter terechtzitting heeft opgemerkt, en bijgevolg zijn zij in hoofdzaak eveneens buiten beschouwing gelaten. Zo is in punt 187 van de beschikking de derde voorwaarde gepasseerd met het argument dat bij gebreke van bewijs dat de algemene verkoopvoorwaarden voordelen opleveren, de conclusie moet zijn dat er geen bijdrage is die kan worden beoordeeld op haar onmisbaarheid. In punt 188 van de beschikking is dit ook met de vierde voorwaarde gebeurd, omdat GSK geen argumenten met betrekking tot deze voorwaarde had aangevoerd die zij niet ook al elders had gebruikt en die niet reeds waren verworpen.

240 Onder deze omstandigheden moet het Gerecht allereerst vaststellen of de Commissie tot de conclusie heeft kunnen komen dat de feitelijke argumenten en de bewijsstukken ter ondersteuning van het ontheffingsverzoek van GSK niet aantonen dat aan de eerste voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG is voldaan. Pas wanneer deze vraag ontkennend is beantwoord, moet het tevens bepalen of de Commissie tot de conclusie heeft kunnen komen dat ook niet is aangetoond dat de andere drie voorwaarden voor toepassing van deze bepaling zijn vervuld.

241 Wat dit punt betreft gaat een rechter bij wie een verzoek om nietigverklaring van een beschikking tot toepassing van artikel 81, lid 3, EG aanhangig is, voor zover hij zich voor ingewikkelde economische beoordelingen ziet gesteld, over tot een toetsing die, wat de grond van de zaak betreft, is beperkt tot de vraag of de feiten juist zijn weergegeven, of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten en of de juridische kwalificatie van deze feiten juist is (arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 521; arrest Metro I, punt 109 hierboven, punt 25; arrest Remia e.a./Commissie, punt 57 hierboven, punt 34, en arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 55 hierboven, punt 279).

242 Hij dient niet alleen na te gaan of de aangevoerde bewijsstukken materieel juist, betrouwbaar en onderling overeenstemmend zijn, maar ook of zij het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe situatie, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen (arrest Hof van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 39, en arrest Gerecht 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, Jurispr. 2005, blz. II-5575, punten 62 en 63).

243 Hij is echter niet bevoegd om zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de auteur van de beschikking, waarvan hem wordt gevraagd de rechtmatigheid te controleren.

244 De Commissie beschikt in het bijzonder over een door de rechter slechts beperkt te toetsen beoordelingsmarge bij de afweging — waartoe zij overgaat wanneer zij een van de criteria vervuld acht die volgens artikel 81, lid 3, EG een ontheffing toestaan — tussen de verwachte voordelen van de uitvoering van de overeenkomst en de nadelen die zij meebrengt voor de eindgebruiker wegens haar gevolgen voor de mededinging, een afweging die plaatsvindt in het licht van het algemeen belang op communautair niveau.

245 Overigens vindt de toetsing van de Commissiebeschikking uitsluitend plaats tegen de achtergrond van de feiten en de rechtstoestand op de datum waarop de bestreden beschikking is vastgesteld. De partijen kunnen niettemin, in de uitoefening van hun rechten van de verdediging, ter zake aanvullend bewijs van latere datum overleggen, indien dit specifiek is opgesteld om deze beschikking aan te vechten of te verdedigen (zie hierboven, punt 58).

246 Dit betekent in het onderhavige geval dat de bewijsstukken die op de datum van vaststelling van de beschikking niet bestonden en niet specifiek zijn opgesteld om haar aan te vechten of te verdedigen wat de afwijzing van het ontheffingsverzoek van

GSK betreft, met name de feitelijke gegevens met betrekking tot de periode 2001/2005 en de studies met de titels „Benefits to Payers and Patients from Parallel Trade", uitgevoerd door York University in mei 2003, „The Economic Impact of Pharmaceutical Parallel Trade in European Member States: A Stakeholder Analysis", uitgevoerd door London School of Economics and Political Sciences in januari 2004, en „Parallel Imports and the Pricing of Pharmaceutical Products: Evidence from the European Union", uitgevoerd door M. Ganslandt en K. E. Maskus in februari 2004, van meet af aan buiten beschouwing dienen te worden gelaten, zoals de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht en ter terechtzitting terecht heeft benadrukt.

b) Het bewijs van efficiencywinst

247 Om een ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG te kunnen verkrijgen, moet een overeenkomst bijdragen aan de verbetering van de productie of de distributie van producten dan wel de technische of economische vooruitgang bevorderen. Deze bijdrage valt niet samen met alle voordelen die de bij deze overeenkomst betrokken ondernemingen eraan ontlenen voor hun activiteiten, maar met de merkbare objectieve voordelen die de nadelen voor de mededinging compenseren die daaruit voortvloeien (zie voor een bijdrage aan de verbetering van de productie of de distributie, arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 522; arrest Gerecht van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie, T-7/93, Jurispr. blz. II-1533, punt 180, en arrest Van den Bergh Foods/Commissie, punt 201 hierboven, punt 139; zie voor een bijdrage aan de bevordering van de vooruitgang, tevens arrest Matra Hachette/Commissie, punt 233 hierboven, punten 108-111).

248 De Commissie dient dus in de eerste plaats te onderzoeken of de feitelijke argumenten en de bewijsstukken die aan haar zijn overgelegd, overtuigend aantonen dat met de betrokken overeenkomst merkbare objectieve voordelen kunnen worden gerealiseerd (zie in die zin arrest Metro I, punt 109 hierboven, punt 43; arrest Metro II, punt 58 hierboven, punt 55; arresten Gerecht M6 e.a./Commissie,

punt 171 hierboven, punt 143, en 21 maart 2002, Joynson/Commissie, T-231/99, Jurispr. blz. II-2085, punten 48 en 49), met dien verstande dat deze zich niet alleen op de relevante markt kunnen voordoen, maar ook op andere markten (arrest Gerecht van 28 februari 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commissie, T-86/95, Jurispr. blz. II-1011, punt 343).

249 Deze aanpak kan een prospectieve analyse vereisen, in welk geval moet worden onderzocht of, gezien de verstrekte feitelijke argumenten en bewijsstukken, het waarschijnlijker lijkt dat met de betrokken overeenkomst merkbare objectieve voordelen kunnen worden gerealiseerd, of dat dit niet het geval is (zie in die zin arrest Compagnie générale maritime e.a./Commissie, punt 248 hierboven, punt 365, en arrest Van den Bergh Foods/Commissie, punt 201 hierboven, punt 143; zie naar analogie tevens arrest Commissie/Tetra Laval, punt 242 hierboven, punten 42 en 43, en arrest General Electric/Commissie, punt 242 hierboven, punt 64).

250 In voorkomend geval dient de Commissie in de tweede plaats te beoordelen of deze merkbare objectieve voordelen de bij het onderzoek in het kader van artikel 81, lid 1, EG geïdentificeerde nadelen voor de mededinging kunnen compenseren (zie in die zin arrest Van Landewyck e.a./Commissie, punt 186 hierboven, punten 183-185).

251 In het onderhavige geval heeft GSK gesteld dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden het mogelijk moet maken voordelen te realiseren, zowel stroomopwaarts van de relevante markt, door bevordering van de innovatie, als op deze markt zelf, door optimalisering van de distributie van geneesmiddelen. Deze markten komen overeen met verschillende stadia in de waardeketen, maar de eindgebruiker die van deze voordelen kan profiteren, is dezelfde.

252 Allereerst moet dus worden vastgesteld of de Commissie tot de conclusie heeft kunnen komen dat de feitelijke argumenten en de bewijsstukken van GSK, die een prospectieve analyse impliceren, niet met een voldoende mate van waarschijnlijk-

heid aantonen dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden het mogelijk maakt een merkbaar objectief voordeel te realiseren dat de nadelen die het meebrengt voor de mededinging, kan compenseren door de innovatie te bevorderen.

Merkbaar objectief voordeel

253 Gelet op de aard van de bezwaren van GSK, moeten in de eerste plaats de feitelijke argumenten en de bewijsstukken ter ondersteuning van haar ontheffingsverzoek op dit punt worden uiteengezet en moet vervolgens de manier waarop de Commissie ze heeft onderzocht, worden beoordeeld.

254 In de eerste plaats worden in de punten 90, 92 tot en met 99, 151 en 154 van de beschikking, alsook in de punten 64 tot en met 68 van de beschikking, waarnaar zij verwijzen, op beknopte wijze de argumenten beschreven die door GSK zijn aangevoerd om de Commissie te overtuigen dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden het mogelijk maakt de innovatie te bevorderen.

255 Zoals blijkt uit de beschikking, lopen deze argumenten langs twee hoofdlijnen die nauw met elkaar verbonden maar toch gescheiden zijn. Zoals is aangegeven in de eerste zin van punt 154 van de beschikking, veroorzaakt de parallelhandel in door GW in Spanje in de handel gebrachte geneesmiddelen efficiencyverlies voor de concurrentie tussen merken, omdat hij het innovatievermogen van GSK verzwakt. Zoals is uiteengezet in de tweede en de derde zin van hetzelfde punt, zal artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden efficiencywinst opleveren voor de concurrentie tussen merken, omdat het het innovatievermogen van GSK versterkt.

256 Zoals tevens blijkt uit de beschikking, zijn deze twee hoofdlijnen van de redenering uitgewerkt in de aanmelding van GW, in de aanvullende aanmelding van GSK en vooral in een aantal bewijsstukken van economische of econometrische aard, die in de loop van de administratieve procedure door GSK zijn overgelegd, met name in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie. Deze bewijsstukken zijn aan het dossier toegevoegd, het merendeel als bijlage bij de processtukken van GSK, waarvan zij de inhoud onderbouwen en aanvullen, en de andere in antwoord op de maatregelen tot organisatie van de procesgang. Het gaat om de volgende stukken:

— de studie met de titel „Glaxo Wellcome's Spanish Pricing System: The Need for a New Approach to Parallel Imports", uitgevoerd door London Economics;

— de studie met de titel „Pharmaceutical Pricing in the EU — A note in response to the European Commission's Statement of objections concerning GlaxoWellcome's Spanish Pricing Agreements", uitgevoerd door Frontier Economics;

— de studie met de titel „The Adverse Effects of Parallel Imports on Consumer Welfare", uitgevoerd door P. Rey;

— de studie met de titel „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare I: Critique", uitgevoerd door Frontier Economics;

— de studie met de titel „The Effects of Parallel Imports on Social Welfare II: Critique", uitgevoerd door P. Rey;

— de presentatie met de titel „Glaxo Wellcome's R&D budgeting process", uitgevoerd door A. Baxter.

257 Uit lezing van de beschikking in samenhang met de overige, in het vorige punt aangehaalde stukken blijkt dat de argumenten van GSK — ofschoon zij over verscheidene documenten zijn verdeeld, de presentatie ervan kan variëren en de teneur ervan meer of minder kan zijn uitgewerkt, met name naargelang welk aspect van de mededeling van punten van bezwaar wordt bekritiseerd door het document waarin zij zijn opgenomen — in wezen de volgende zijn.

258 Volgens de door GSK overgelegde documenten veroorzaakt de parallelhandel in door GW in Spanje in de handel gebrachte geneesmiddelen efficiencyverlies, en wel om de volgende redenen:

— de sector van door een octrooi beschermde en door een nationaal stelsel van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen wordt gekenmerkt door het feit dat innovatie de meest cruciale parameter voor de concurrentie tussen merken is;

— innovatie wordt gewaarborgd door een niveau van uitgaven voor O&O dat aanzienlijk is en hoger dan in de meeste andere industrieën; in het geval van GSK vertegenwoordigen deze uitgaven ongeveer 14 % van de omzet, ofwel ongeveer 1,3 miljard GBP;

— aangezien de investering in O&O kostbaar, riskant en voor de lange termijn is, wordt zij hoofdzakelijk uit eigen middelen gefinancierd in plaats van door leningen; in het geval van GSK wordt zij uitsluitend uit eigen middelen gefinancierd;

— de financiering van O&O is afhankelijk van enerzijds de huidige inkomsten en anderzijds de verwachte inkomsten; in het geval van GSK is de vermenigvuldiging van haar financieringscapaciteit met 230 in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw mogelijk gemaakt door zeer succesvolle geneesmiddelen, in het bijzonder Zantac, dat tot 1994 40 % van haar wereldwijde inkomsten vertegenwoordigde;

— de parallelhandel heeft een daling van de inkomsten van de betrokken farmaceutische onderneming tot gevolg (in grote lijnen komt elke eenheid die in het land van herkomst tegen een prijs van 100 wordt verkocht, overeen met een eenheid die niet in het land van bestemming tegen een prijs van 100 + n is verkocht) en blokkeert aldus de mogelijkheid om voor alle verkopen op elke nationale markt een optimale prijs te hanteren, dat wil zeggen een prijs die wordt vastgesteld aan de hand van de eigen voorkeuren van elke lidstaat;

— deze invloed betreft bepaalde producten en bepaalde geografische markten; in het geval van GSK betreffen de verliezen voornamelijk bepaalde geneesmiddelen die in het Verenigd Koninkrijk worden gebruikt;

— deze invloed is groot, gelet op de aanzienlijke verschillen tussen de in de verschillende lidstaten van de Gemeenschap geldende prijzen; het verschil tussen de Spaanse prijs en de Britse prijs voor de acht voornamelijk betrokken geneesmiddelen (zie hierboven, punt 11) bewoog zich in 1998 tussen een minimum van 21 % en een maximum van 132 %;

— dienaangaande verstrekt GSK vertrouwelijke ramingen van het inkomstenverlies door de uit alle lidstaten afkomstige parallelhandel in de richting van het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot al haar geneesmiddelen, alsmede van het inkomstenverlies door de uit Spanje afkomstige parallelhandel in de richting van het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot de acht voornamelijk betrokken geneesmiddelen, voor de jaren 1996, 1997 en 1998;

— de parallelhandel heeft tevens een verlaging tot gevolg van het bedrag dat GSK uit hoofde van haar investeringen in O&O mag aftrekken van het winstbedrag dat in aanmerking wordt genomen om na te gaan of zij het door de National Health Service vastgestelde maximale rendement overschrijdt; dienaangaande verstrekt GSK vertrouwelijke ramingen van de verlaging die is veroorzaakt door de parallelhandel vanuit alle landen en door de parallelhandel van Spaanse herkomst in 1998;

— het feit dat de farmaceutische onderneming blijkbaar aanzienlijke winst blijft maken, ontneemt deze argumenten niet hun relevantie, omdat rekening moet worden gehouden met de manier waarop investeringen in O&O in de boekhouding worden opgenomen, de spreiding ervan in de tijd, de gemiddelde kosten ervan en de grootte van het risico;

— tot slot heeft de parallelhandel tot gevolg dat het vermogen om O&O te financieren kleiner wordt; dienaangaande verstrekt GSK vertrouwelijke ramingen van het percentage van haar winst vóór belastingen dat zij opnieuw in O&O investeert, en van de inkrimping van haar O&O-budget die zou overeenkomen met de verliezen aan inkomsten door de parallelhandel uit Spanje naar het Verenigd Koninkrijk met de acht voornamelijk betrokken geneesmiddelen voor de jaren 1996-1998;

— het feit dat deze inkrimping kwantitatief beperkt is, ontneemt dit argument niet zijn relevantie, omdat het daarbij slechts gaat om de invloed van de parallelhandel uit Spanje naar het Verenigd Koninkrijk met de acht voornamelijk betrokken geneesmiddelen tussen 1996 en 1998, en omdat een kwantitatief beperkte inkrimping in ieder geval aanzienlijke kwalitatieve gevolgen kan hebben, met name doordat minder rendabele of meer riskante projecten worden opgegeven; GSK noemt negen projecten die daarom zijn opgegeven;

— daar staat tegenover dat de parallelhandel weinig positieve gevolgen heeft, aangezien de parallelhandelaars weinig op prijs concurreren en een wezenlijk deel van het verschil tussen de in de lidstaat van herkomst geldende prijs en de in de lidstaat van bestemming geldende prijs voor zichzelf houden, zodat de neerwaartse druk op de prijzen beperkt is en de eindgebruiker er uiteindelijk maar in beperkte mate voordeel bij heeft.

259 Volgens de door GSK overgelegde documenten zal artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden efficiencywinst opleveren; immers:

— de kosten voor O&O zijn wereldwijd en geïntegreerd, in de zin dat zij verband houden met een activiteit die wereldwijd wordt uitgeoefend, en grotendeels niet aan een specifieke productiefaciliteit of aan een specifiek product zijn toe te schrijven;

— in de meeste lidstaten hebben de farmaceutische ondernemingen geen zeggenschap over hun prijzen; zij zullen ermee instemmen een nationale markt te bedienen zodra de door de overheid vastgestelde prijs hen in staat stelt hun marginale kosten te dekken, maar zij zullen er nog in moeten slagen om, waar zij dat kunnen, hun wereldwijde en gedeelde kosten voor O&O volledig te dekken;

— het in artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden neergelegde stelsel van gedifferentieerde prijzen zal het mogelijk maken, de kosten voor O&O te dekken, door te waarborgen dat de prijzen op elke nationale markt worden vastgesteld op het niveau dat overeenkomt met de voorkeuren van de eindgebruiker, kortom de betrokken lidstaat; het zal het in het bijzonder mogelijk maken te voorkomen dat de door het Koninkrijk Spanje vastgestelde prijs wordt uitgevoerd naar het Verenigd Koninkrijk;

— de zware druk van de concurrentie door innovatie die in de sector aanwezig is, waarborgt dat GSK zich zal gedragen als een rationele marktdeelnemer door, voor zover noodzakelijk, deze extra winst om te zetten in investeringen in O&O.

260 In de tweede plaats heeft de Commissie in de punten 151, 154, 155 en 169 van de beschikking vastgesteld dat niet is aangetoond dat de parallelhandel een negatieve invloed heeft op de O&O-activiteiten van GSK, en dat in ieder geval niet is bewezen dat de parallelhandel een merkbare negatieve invloed op deze activiteiten heeft.

261 Zo heeft de Commissie in de punten 157 tot en met 168 in wezen onderzocht of is aangetoond dat de parallelhandel efficiencyverlies veroorzaakt, een vraag die zij ontkennend heeft beantwoord. Zij heeft het dus niet nodig geacht om in detail te onderzoeken of is aangetoond dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden efficiencywinst zal opleveren; deze vraag is slechts kort besproken in punt 156 van de beschikking.

262 Gelet op de relevantie van de door GSK aangevoerde feitelijke argumenten en bewijsstukken kan het onderzoek dat door de Commissie is gewijd aan het aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies, aan de omvang van dit efficiencyverlies en aan de aan artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden verbonden efficiencywinst, niet voldoende onderbouwd worden geacht voor de conclusies waartoe de Commissie op deze punten is gekomen.

— De relevantie van de door GSK aangevoerde feitelijke argumenten en bewijsstukken

263 De feitelijke argumenten van GSK en de ter ondersteuning daarvan overgelegde bewijsstukken lijken relevant, betrouwbaar en waarschijnlijk, gelet op hun inhoud

(arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, punt 83 hierboven, punt 1838), die zelf op diverse belangrijke punten wordt bevestigd door documenten van de Commissie.

264 Zo maakt mededeling COM(1998) 588 def. (zie hierboven, punt 135), die in wezen de verdieping van de interne markt in de farmaceutische sector betreft, die hier niet ter discussie staat, eveneens melding van het verband dat naar de mening van de Commissie bestaat tussen innovatie, parallelhandel en mededinging in deze sector. Naast de hierboven in punt 135 aangehaalde uitspraak over de onduidelijke invloed van de parallelhandel op het welzijn van de eindgebruiker, verklaart de Commissie daarin het volgende:

— de geneesmiddelenindustrie is gebaseerd op onderzoek (blz. 3) en het is duidelijk dat in de sector van door een octrooi beschermde geneesmiddelen hevig wordt geconcurreerd qua innovatie (blz. 15), hetgeen leidt tot een gestage stroom van nieuwe producten op de markt (blz. 10); er is echter betrekkelijk weinig dynamische prijsconcurrentie wanneer een product eenmaal op de markt is gebracht (blz. 15);

— de geneesmiddelenindustrie moet de investeringen in O&O terugverdienen (blz. 13) en moet daartoe voldoende winst kunnen maken om de uitgaven voor O&O te doen die nodig zijn voor innoverende producten (blz. 16 en 21);

— ofschoon de Europese geneesmiddelenindustrie een sterke bedrijfssector is — het bedrag van de Europese investeringen in O&O was in 1997 verdrievoudigd ten opzichte van de voorgaande tien jaar — verliest zij kennelijk aan

concurrentiekracht, en nog steeds, hoewel deze situatie begint te veranderen; een van de redenen voor deze situatie is dat de algemene rendabiliteit en de kapitaalopbrengst in de Verenigde Staten aanzienlijk hoger lijken te liggen dan in de Europese Unie (blz. 3 en 4);

— om haar O&O-activiteiten te financieren, tracht de geneesmiddelenindustrie wereldwijd winst te behalen (blz. 2);

— er bestaan grote verschillen tussen de lidstaten, zowel wat de algemene macro-economische situatie (met name inkomen en vermogen per capita) als wat de stelsels van gezondheidszorg betreft; er bestaat een duidelijk aantoonbaar positief verband tussen uitgaven voor gezondheidszorg en inkomen, hoewel deze correlatie niet perfect is (blz. 4);

— tussen de lidstaten bestaan ook grote verschillen qua prijsniveau, die kunnen worden verklaard door een aantal factoren; een van de relevante factoren is kennelijk de mate waarin de lidstaten zich bedienen van prijsregulering, hoewel er ook conjuncturele factoren zijn zoals inflatie en valutaschommelingen (blz. 5);

— de komst van de euro zou in dit opzicht moeten helpen een stabieler kader te creëren voor de landen die deelnemen aan de Economische Monetaire Unie (EMU). Daardoor zullen evenwel ook de bestaande prijsverschillen op de Europese markt veel duidelijker zichtbaar worden, hetgeen groothandelaars en individuele apothekers er weer toe kan aanzetten bepaalde producten buiten de landsgrenzen te betrekken (blz. 8);

— het zal uiterst moeilijk blijken een passend prijsniveau voor de hele Gemeenschap te bepalen . Een laag prijsniveau zal op korte termijn positief zijn voor de uitgavenbeheersing in de gezondheidszorg (althans in de lidstaten waar de prijzen momenteel hoog zijn), maar zorgen voor een gestage afname van de bijdrage van Europa tot de wereldwijde investeringen in farmaceutisch O&O, hetgeen uiteindelijk kan leiden tot het terugtrekken van investeringen in de Europese economie. Een hoog prijsniveau zal ertoe leiden dat in landen waar vanwege de economische en sociale omstandigheden dergelijke prijzen niet kunnen worden betaald, de toegankelijkheid voor consumenten en betalers wordt beperkt (blz. 13);

— de farmaceutische ondernemingen passen prijsdifferentiatie toe om rekening te houden met verschillen in koopkracht (blz. 5).

265 Deze passages over de rol van innovatie en de invloed van respectievelijk de parallelhandel en prijsdifferentiatie op innovatie moeten niet aldus worden opgevat dat zij betekenen dat de feitelijke argumenten van GSK zeker gegrond zijn, of dat zij een volledig en definitief beeld geven van het standpunt van de Commissie over dit ingewikkelde vraagstuk. Dit doet er echter niet aan af dat zij een aantal van deze argumenten en van de economische analyses in de ter ondersteuning daarvan overgelegde bewijsstukken bevestigen, zodat zij getuigen van de betrouwbaarheid en de waarschijnlijkheid daarvan.

266 In haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht heeft de Commissie benadrukt dat in mededeling COM(1998) 588 def. (zie hierboven, punt 135), eveneens is aangegeven dat de grote prijsverschillen tussen de lidstaten moeten worden aangepakt op een manier die verenigbaar is met de beginselen van de interne markt, waardoor maatregelen die de fragmentering van de gemeenschappelijke markt langs nationale grenslijnen in stand houden of zelfs versterken, niet langer te rechtvaardigen zijn (blz. 21). Zij heeft tevens uitgelegd dat de beschikking met deze aanpak in overeenstemming is. Dit argument kan echter niet worden

aanvaard. Het veronderstelt immers dat een overeenkomst die bepaalt dat door een octrooi beschermde en door de nationale stelsels van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen, naargelang de voorkeuren van de eindgebruiker die de kosten ervan draagt, op verschillende geografische markten tegen verschillende prijzen zullen worden verkocht, in geen geval voor een ontheffing in aanmerking kan komen. Dat bepaalt artikel 81 EG echter geenszins.

267 Op het meer algemene niveau van de economische theorie dient te worden opgemerkt dat de Commissie de „Executive Summary" van een studie van 8 februari 1999, uitgevoerd door NERA voor rekening van het directoraat-generaal „Interne markt en financiële diensten" en met de titel „The Economic Consequences of the Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks", in bijlage bij haar verweerschrift heeft overgelegd. Deze samenvatting, met name de overwegingen op bladzijde 5 ervan, bevestigt sommige van de analyses die worden aangevoerd in de door GSK verstrekte bewijsstukken inzake het belang dat een farmaceutische onderneming erbij kan hebben om haar prijzen te differentiëren naar gelang van de markt waarop haar geneesmiddelen in de handel worden gebracht, en van de eigen voorkeuren van de eindgebruikers.

268 Onder deze omstandigheden kan de Commissie, die bij het onderzoek dat zij uit hoofde van artikel 81, lid 1, EG heeft uitgevoerd, het bij artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden ingevoerde stelsel van gedifferentieerde prijzen zelf heeft aangemerkt als discriminerend naar de bestemming van de betrokken geneesmiddelen (zie hierboven, punt 174), niet beweren dat deze vraag niet relevant is bij het onderzoek uit hoofde van artikel 81, lid 3, EG, zoals zij heeft gedaan in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht. Zij kan evenmin stellen dat GSK het tijdens de administratieve procedure of tijdens de onderhavige procedure niet aan de orde heeft gesteld. Integendeel, door bij herhaling te betogen dat zij beoogt te voorkomen dat deze prijzen, die haar in Spanje zijn opgelegd, naar het Verenigd Koninkrijk worden geëxporteerd, verwijst GSK met name naar de idee dat zij gedifferentieerde prijzen wil invoeren om te waarborgen dat de verkopen die zij in het Verenigd Koninkrijk zal realiseren, alle plaatsvinden tegen de prijs die deze lidstaat haar toestaat te hanteren en niet tegen de prijs die het Koninkrijk Spanje haar oplegt.

— Het aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies

269 De conclusie dat niet is aangetoond dat de parallelhandel efficiencyverlies veroorzaakt door het innovatievermogen van GSK aan te tasten, is gebaseerd op een onderzoek in de punten 155 tot en met 161 van de beschikking waarbij niet alle relevante feitelijke argumenten en bewijsstukken van GSK in aanmerking zijn genomen, anders dan de Commissie in haar processtukken heeft gesteld, en die niet wordt onderbouwd met overtuigende gegevens. De Commissie hoeft natuurlijk niet alle haar verstrekte argumenten te onderzoeken, maar zij moet wel, overeenkomstig de hierboven in de punten 236 en 242 aangehaalde rechtspraak, alle relevante argumenten naar behoren onderzoeken en ze voor zover nodig weerleggen met gegevens die haar conclusie kunnen onderbouwen.

270 In hun algemeenheid blijkt uit deze argumenten dat het mededingingsprobleem waarmee GSK is geconfronteerd, en de oplossing die zij daarvoor heeft willen aandragen, volgens haar de volgende zijn.

271 Ten eerste wordt de geneesmiddelensector gekenmerkt door het belang van de concurrentie door innovatie. O&O is kostbaar en riskant. De kosten ervan zijn tegelijkertijd vaste kosten (zij staan los van de hoeveelheid verkochte geneesmiddelen), gedeelde kosten (zij treden stroomopwaarts van de productie en de distributie op en houden voor een deel geen verband met het ene of het andere geneesmiddel) en mondiale kosten (zij houden geen verband met het ene of het andere land). De financiering ervan geschiedt vaker uit eigen middelen dan door leningen. Er is dus een optimale inkomstenstroom voor nodig. De optimalisering van deze inkomsten kan worden gewaarborgd door de prijs van de geneesmiddelen aan te passen aan de voorkeuren van de eindgebruikers, wanneer deze uiteenlopen. Prijsdifferentiatie maakt het dus mogelijk de kosten voor O&O terug te verdienen bij de eindgebruikers die bereid zijn ervoor te betalen. Deze praktijk van gedifferentieerde prijzen, die hier in een vereenvoudigde vorm is neergezet, staat onder economen bekend als „Ramsey Pricing".

272 Ten tweede wordt de uitvoering van deze praktijk in de geneesmiddelensector gekenmerkt door een aantal bijzonderheden. Wanneer de geneesmiddelen worden beschermd door een octrooi, kan de prijs ervan in het belang van de producent tijdens de geldigheidsduur van het octrooi worden gehandhaafd op een niveau dat boven de marginale kosten ligt. Wanneer dezelfde geneesmiddelen worden betaald door de nationale stelsels van gezondheidszorg, moet de prijs ervan echter direct (prijscontrole) of indirect (toezicht op de winst) in het algemeen belang worden gehandhaafd op een niveau dat niet te ver boven de marginale kosten ligt. De omvang van dit overschot hangt samen met de voorkeur van de eindgebruiker, in wezen het nationale stelsel van gezondheidszorg. Indien dit betrekkelijk gevoelig is voor de prijs van het geneesmiddel, zal het overschot eerder beperkt zijn; indien het betrekkelijk ongevoelig is voor deze prijs, zal het overschot eerder groot zijn. In de praktijk hangt deze mate van gevoeligheid af van diverse parameters, zoals de levensstandaard of de staat van de openbare financiën. Het gedeelte van de kosten voor O&O dat door de producenten van geneesmiddelen wordt terugverdiend, varieert dus van lidstaat tot lidstaat aan de hand van de inkomsten die de geldende prijzen hun toestaan te behalen. In het onderhavige geval is het het Verenigd Koninkrijk waar GSK, gelet op de toepasselijke regeling, het wereldwijde en geïntegreerde gedeelte van haar kosten voor O&O zou kunnen terugverdienen.

273 Ten derde heeft de parallelhandel tot gevolg dat deze inkomsten in een onzekere mate maar wezenlijk dalen. Deze praktijk, die onder economen bekend staat als „free riding", wordt gekenmerkt door het feit dat de tussenpersoon uit de rol stapt die hij traditioneel in de waardeketen speelt, om zich om te vormen tot arbitrageant en aldus een groter deel van de winst op te strijken. De legitimiteit van deze welvaartsoverdracht van producent naar tussenpersoon is op zich niet van belang in het mededingingsrecht, dat zich enkel bezig houdt met de invloed ervan op het welzijn van de eindgebruiker. Voor zover de tussenpersoon deelneemt aan intrabrand-concurrentie, kan de parallelhandel mededingingsbevorderende gevolgen hebben. In de geneesmiddelensector kan ook deze activiteit echter in een bijzonder licht komen te staan, omdat zij nauwelijks toegevoegde waarde voor de eindgebruiker meebrengt.

274 Ten vierde tracht artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden de inkomsten te optimaliseren en de parallelhandel te neutraliseren. Het beperkt de voorheen aan de groothandelaars van GW geboden mogelijkheid om buiten Spanje geneesmiddelen te verkopen die zij hadden afgenomen voor de prijs die was vastgesteld met het oog

op de betaling door het Spaanse stelsel van gezondheidszorg. Het maakt het dus mogelijk om in andere lidstaten te verkopen tegen de prijs die is vastgesteld met het oog op de betaling door hun respectieve nationale stelsel van gezondheidszorg. Het feit dat de winst bij de producent blijft, zal waarschijnlijk efficiencywinst opleveren ten opzichte van de situatie waarin de winst wordt gedeeld met de tussenpersoon, omdat de rationele producent die de winstgevendheid van zijn innovatie kan waarborgen en die actief is in een sector die wordt gekenmerkt door levendige concurrentie door innovatie, er alle belang bij heeft ten minste een deel van zijn extra winst opnieuw in innovatie te investeren.

275 Uit de opbouw van de punten 155 tot en met 161 van de beschikking zelf blijkt echter dat de Commissie, na het belang van de concurrentie door middel van innovatie in de betrokken sector te hebben erkend, heeft nagelaten een grondig onderzoek uit te voeren van de door GSK verstrekte feitelijke argumenten en bewijsstukken met betrekking tot de aard van investeringen in O&O, de kenmerkende eigenschappen van de financiering van O&O, het vermogen om O&O te financieren, de invloed van de parallelhandel en de toepasselijke wetgeving daarop, en, zoals in punt 155 van de beschikking is aangegeven, zich heeft beperkt tot het maken van opmerkingen die op zijn minst onsamenhangend en, zoals GSK terecht betoogt, weinig relevant of overtuigend zijn.

276 Een dergelijke omissie is des te ernstiger wanneer de Commissie wordt gevraagd om na te gaan of de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG zijn vervuld in het kader van een juridische en economische context als die van de geneesmiddelensector, waar de mededinging wordt vervalst door het bestaan van nationale regelingen. Deze omstandigheid verplicht de Commissie er immers toe om met bijzondere aandacht de argumenten en bewijsstukken te onderzoeken die haar worden voorgelegd door degene die een beroep doet op artikel 81, lid 3, EG.

277 Zo berust de eerste zin van punt 157 van de beschikking — dat is gewijd aan de factoren voor de besluitvorming op het gebied van O&O — op een van de economische studies in het dossier, maar zij geeft deze gedeeltelijk en weinig overtuigend weer. Deze studie vermeldt inderdaad dat de parallelhandel niet de

doorslaggevende factor is bij de besluitvorming op het gebied van O&O, maar voegt daar tegelijk aan toe dat deze besluiten onder andere worden genomen aan de hand van het algemene winstpeil of de verwachte rendabiliteit van de producten in ontwikkeling, zoals overigens wordt opgemerkt in de tweede zin van hetzelfde punt. Dit zijn factoren waarop de parallelhandel volgens de stelling van GSK een negatieve invloed heeft, hetgeen de Commissie in de derde zin van hetzelfde punt aanvaardt. Onder deze omstandigheden mocht de Commissie een grondiger onderzoek van dit punt niet achterwege laten, gelet op de bewijsstukken die ter ondersteuning daarvan zijn voorgelegd.

278 Het vervolg van punt 157 van de beschikking, dat beperkt is tot een vermelding van de mogelijkheden die GSK zou hebben om te reageren op het efficiencyverlies door de parallelhandel, door te snoeien in andere uitgavenposten dan wel een gedeelte van haar aanzienlijke winsten te gebruiken, is geen antwoord op het betoog dat GSK wegens de levendigheid van de concurrentie tussen merken, die op innovatie is gebaseerd, er alle belang bij heeft om in O&O te investeren, en dat het wegens de parallelhandel voor haar onmogelijk is om alle vruchten van deze investering te plukken, teneinde opnieuw in O&O te investeren. Bovendien wordt het betoog van GSK dat de hoogte van haar winsten dient te worden genuanceerd, gelet op de manier waarop zij in de boekhouding worden opgenomen, buiten beschouwing gelaten.

279 Onder deze omstandigheden behoorde de vraag van de mate van de correlatie tussen de parallelhandel en O&O nader te worden onderzocht en kon niet worden volstaan met de beknopte conclusie dat niet is aangetoond dat er een causaal verband bestaat tussen de parallelhandel (of de beperking ervan) en O&O, zoals is uiteengezet in de punten 151, 154, 155 en 159 van de beschikking.

280 Aangezien de Commissie in haar processtukken gebruik heeft gemaakt van de onduidelijkheid van punt 169 van de beschikking om uit te leggen dat GSK niet alleen niet heeft bewezen dat er een verband bestaat tussen artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden en de efficiencywinst die zij ervan verwacht, maar ook niet dat er een rechtstreeks verband tussen deze twee elementen bestaat, dient te worden opgemerkt dat dit argument, dat laatstelijk ter terechtzitting is

aangevoerd, niet kan worden aanvaard. Dit onderscheid wordt in de punten 155 tot en met 161 van de beschikking, waarnaar in punt 169 wordt verwezen, immers niet gemaakt, aangezien daarin zonder nuancering wordt geconcludeerd dat er geen verband bestaat tussen de algemene verkoopvoorwaarden en de bijdrage aan de bevordering van de technische vooruitgang. Afgezien daarvan wordt in dit onderscheid niet voorzien door artikel 81, lid 3, EG, dat het mogelijk maakt een ontheffing te verlenen voor overeenkomsten die efficiencywinst opleveren, zonder onderscheid te maken naargelang dit effect direct of indirect is, en men mag in beginsel geen onderscheid maken waar het Verdrag dat ook niet doet (arrest Consten en Grundig/Commissie, punt 110 hierboven, blz. 512). Overeenkomstig de hierboven in de punten 247 en 248 aangehaalde rechtspraak dient dus rekening te worden gehouden met elk voordeel in de vorm van efficiencywinst, op voorwaarde dat het objectief en merkbaar is en dat het bestaan ervan overtuigend is bewezen.

— De omvang van het aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies

281 De subsidiaire conclusie dat in ieder geval niet is aangetoond dat de parallelhandel een merkbaar efficiencyverlies veroorzaakt door het innovatievermogen van GSK aan te tasten, wordt niet overtuigend onderbouwd en in het onderzoek waarop zij is gebaseerd, dat de punten 159 en 162 tot en met 168 van de beschikking beslaat, worden niet alle aangevoerde relevante factoren dienaangaande in aanmerking genomen. In wezen blijkt uit dit onderzoek dat het door GSK gestelde efficiencyverlies beperkt is: in de tijd, omdat het niet zozeer wordt verklaard door de prijsverschillen die verbonden zijn aan het bestaan van verschillende regelingen in de lidstaten van de Gemeenschap, zoals wordt aangegeven in de punten 162 en 163 van de beschikking, als wel door de valutaschommelingen die zich tussen 1996 en 1998 hebben voorgedaan, zoals wordt aangegeven in de punten 164 tot en met 166 van de beschikking. Daaruit volgt tevens dat het verlies in materieel opzicht beperkt is, zoals wordt aangegeven in de punten 167 tot en met 169 van de beschikking.

282 In dat opzicht dient te worden opgemerkt dat, onafhankelijk van het feit dat de prijzen in Spanje niet veel lager liggen dan het gemiddelde in de Gemeenschap zoals vermeld in de punten 162 en 163 van de beschikking, een omstandigheid die van beperkt belang is aangezien de nationale prijzen zich op structureel verschillende niveaus bevinden vanwege de regelgevende bevoegdheid van de lidstaten ter zake en

het vanuit een economisch oogpunt dus duidelijk niet bevredigend lijkt om te redeneren aan de hand van een theoretisch gemiddelde in de Gemeenschap, de Commissie uiteindelijk zonder een serieus onderzoek in de punten 164 en 165 van de beschikking tot de conclusie komt dat de parallelhandel die tussen 1996 en 1998 tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk heeft plaatsgevonden, slechts tijdelijk en beperkt was.

283 Zoals blijkt uit haar processtukken, ontkent GSK niet dat schommelingen van de wisselkoersen, met name schommelingen veroorzaakt door op het Britse pond (GBP) gerichte speculaties in de aanloop naar de laatste fase van de EMU, tussen 1996 en 1998 op conjuncturele wijze hebben bijgedragen aan de parallelhandel in door GW in Spanje in de handel gebrachte geneesmiddelen. Zij houdt echter staande dat deze conjuncturele invloed, hoe uitgesproken hij ook heeft kunnen zijn, slechts een verzwarende omstandigheid is, aangezien de parallelhandel, onafhankelijk van wisselkoersschommelingen, is verbonden aan het feit dat het naast-elkaarbestaan van verschillende nationale regelingen leidt tot structureel verschillende prijzen in de lidstaten van de Gemeenschap.

284 Dit betoog is relevant en het ter zake aangevoerde bewijs wordt bevestigd zowel door de passages van mededeling COM(1998) 588 def. die hierboven in punt 264 zijn vermeld, als door de beschikking zelf. In de punten 31, 32 en 53 daarvan wordt immers aangegeven dat de valutaschommelingen, die naar hun aard een cyclische invloed op de parallelhandel uitoefenen, slechts een belangrijke complicerende factor vormen van een fenomeen dat op structurele wijze wordt verklaard door het bestaan van verschillende prijzen voor hetzelfde geneesmiddel in de verschillende lidstaten van de Gemeenschap.

285 Deze situatie belet de Commissie op zich niet om de parallelhandel die tussen 1996 en 1998 tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk heeft plaatsgevonden, te beschouwen als een bijzonder geval dat hoofdzakelijk te wijten is aan de waardestijging van het Britse pond ten opzichte van de Spaanse peseta (ESP).

286 Toch zijn de door de Commissie aangehaalde cijfers te onduidelijk om als overtuigende basis voor deze conclusie te dienen. Volgens de beschikking is het Britse pond tussen oktober 1996 en april 1998 ten opzichte van de Spaanse peseta met 30 % in waarde gestegen. Gedurende deze periode is het aandeel van de parallelinvoer van Spaanse herkomst in het totaal van de parallelinvoer in het Verenigd Koninkrijk, wat volume betreft, stabiel gebleven (ongeveer 40 %), terwijl de waarde van deze parallelinvoer is gestegen (ongeveer 20 miljoen GBP in 1996 en ongeveer 42 miljoen GBP in 1998). Zoals de Commissie laatstelijk in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht heeft uiteengezet, is dat bewijs van het feit dat de waardestijging van het Britse pond een toenemende parallelinvoer vanuit andere lidstaten heeft veroorzaakt. Het bevestigt echter ook dat zowel voor als na de waardestijging van het Britse pond het grootste deel (ongeveer 40 %) van de parallelinvoer in het Verenigd Koninkrijk uit Spanje kwam, terwijl de rest was verdeeld tussen de andere lidstaten van herkomst. Het is dus geen toereikend antwoord op het argument van GSK dat de waardestijging van het Britse pond, al heeft zij zonder enige twijfel de ernst van het door de Spaanse parallelhandel veroorzaakte probleem vergroot, niets verandert aan de structurele oorsprong ervan.

287 Het door de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht aangevoerde argument dat de groei van de parallelhandel van Spaanse herkomst wordt verklaard door het verstrijken op 6 oktober 1995 van de overgangsperiode waarin de artikelen 47 en 209 van de Akte van toetreding van het Koninkrijk Spanje voorzag, gedurende welke de houder van een octrooi de daaraan verbonden rechten kon uitoefenen om zich te verzetten tegen de invoer van geneesmiddelen die door hemzelf of met zijn toestemming in Spanje in de handel waren gebracht, doet niets af aan deze conclusie, omdat het duidelijk niet de periode na de datum van aanmelding betreft, waarop het betoog van GSK betrekking heeft.

288 Tot slot heeft GSK tijdens de administratieve procedure aangegeven, zoals blijkt uit de punten 15, 18 en 55 van de beschikking, dat de algemene verkoopvoorwaarden weliswaar van toepassing zijn op 82 geneesmiddelen, maar de parallelhandel voornamelijk op acht daarvan is gericht. Zoals blijkt uit de punten 22 en 35 van de beschikking, heeft GSK bovendien uiteengezet dat de algemene voorwaarden hoofdzakelijk zijn gericht op de parallelhandel tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk, ook al vinden zij toepassing ongeacht de eindbestemming van de betrokken geneesmiddelen. Zij heeft de Commissie dus in hoofdzaak — maar niet

uitsluitend — cijfers verstrekt met betrekking tot, ten eerste, de prijsverschillen tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk, ten tweede, de parallelhandel in Becloforte, Beconase, Becotide, Flixotide, Imigran, Lamictal, Serevent en Ventolín tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk in de periode 1996/1998 en, ten derde, de gevolgen voor haar inkomsten en haar O&O-budget die zij daaraan toeschrijft. Deze cijfers zijn vermeld in de punten 55, 59 tot en met 67, 70, 83, 92, 98 en 99 van de beschikking.

289 Zoals blijkt uit de punten 70 en 71 van de beschikking heeft GSK verder verklaard dat de parallelhandel buiten de officieel gecontroleerde distributiekanalen om plaatsheeft, en heeft zij daaraan toegevoegd dat de aan de Commissie verstrekte cijfers ramingen zijn die misschien niet betrouwbaar zijn, maar die zij onmogelijk kan verfijnen. Deze feitelijke beweringen, die in repliek zijn herhaald, zijn niet betwist.

290 GSK stelt terecht dat deze cijfers, afgezien van het feit dat zij niet verwaarloosbaar zijn, moeten worden beschouwd als een steekproef die niet getuigt van een tijdelijk en beperkt efficiencyverlies, maar van een meer algemeen en aanhoudend verlies.

291 Wat het eerste aspect betreft, heeft de Commissie bij haar onderzoek of artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden nadelig kan zijn, ermee ingestemd om zich te concentreren op de acht geneesmiddelen waarop de parallelhandel tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk hoofdzakelijk gericht is, zoals zij heeft aangegeven in de punten 18, 56, 57 en 69 van de beschikking, maar heeft zij ook rekening gehouden met het netwerkeffect dat verbonden is aan de parallelhandel in andere geneesmiddelen, en wel tussen Spanje en andere lidstaten, zoals blijkt uit de punten 72 tot en met 75, 117, 126, 140 en 144 van de beschikking. Het is juist dit netwerkeffect dat een beperking van de mededinging, die volgens punt 133 van de beschikking op het niveau van alleen het Verenigd Koninkrijk marginaal zou zijn geweest, aanzienlijk heeft gemaakt. De Commissie legt echter geenszins uit waarom zij bij het onderzoek van de vraag of artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden een voordeel kan opleveren, een andere aanpak meende te moeten kiezen en haar aandacht uitsluitend richtte op de haar door GSK verstrekte cijfers, gelet op het feit dat het moeilijk is om de werkelijkheid van de parallelhandel te achterhalen en het

feit dat zij ermee heeft ingestemd de door GSK verstrekte cijfers als een steekproef te beschouwen.

292 Wat het tweede aspect betreft, is de parallelhandel een fenomeen dat kan voortduren na de korte periode die door de Commissie in beschouwing is genomen, niet alleen wegens de duurzaamheid van de prijsverschillen die hem mogelijk maken, maar ook wegens de cyclische aard van wisselkoersschommelingen, voor zover deze zich blijven voordoen. De Commissie beaamt dit in haar mededeling COM(1998) 588 def. (zie hierboven, punt 135). In haar verweerschrift erkent zij eveneens dat valutaschommelingen een realiteit blijven voor de lidstaten die niet zijn doorgegaan naar de derde fase van de EMU, waaronder zich nu juist het Verenigd Koninkrijk bevindt.

293 In deze context is de door GSK verstrekte steekproef van cijfers een aanwijzing voor een tendens. De opmerking van de Commissie in punt 168 van de beschikking dat het door GSK verstrekte cijfer met betrekking tot haar brutoverlies aan inkomsten in 1998 overdreven zou kunnen zijn, doet niets af aan deze conclusie. Het cijfer dat dienaangaande op 14 december 1998 en 14 februari 2000 is verstrekt, blijft immers hoger dan dat van de twee voorgaande jaren, zoals blijkt uit punt 67 van de beschikking. Bovendien was de verklaring van GSK dat het op dit punt eerder, op 28 juli 1998 verstrekte cijfer een raming was, terwijl het in december 1998 en in februari 2000 verstrekte cijfer reëel is en wordt verklaard door het feit dat de algemene verkoopvoorwaarden tussen de lente en de herfst van 1998 waren toegepast, zoals blijkt uit de punten 19, 23, 26, 64, 67 en 168 van de beschikking, voldoende geloofwaardig om een serieus onderzoek waard te zijn.

— De aan artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden verbonden efficiency-winst

294 Zoals GSK terecht stelt, heeft de Commissie haar feitelijke argumenten en haar bewijsstukken met betrekking tot niet alleen de nadelen van de parallelhandel, maar ook de voordelen van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden, geenszins serieus onderzocht.

295 Gelet op de opbouw van het betoog van GSK en de discussie die tijdens de administratieve procedure dienaangaande heeft plaatsgevonden, kon de beschikking er niet omheen om eerst te onderzoeken of de parallelhandel efficiencyverlies veroorzaakt voor de farmaceutische industrie in het algemeen en voor GSK in het bijzonder. Slechts indien dit punt volledig onbetwist bleef, had de Commissie immers een dergelijk onderzoek rechtsgeldig achterwege kunnen laten (zie naar analogie arrest Compagnie générale maritime e.a./Commissie, punt 248 hierboven, punt 345).

296 Toch heeft de confrontatie van de door GSK verstrekte bewijsstukken met de andere door de Commissie in de beschikking aangevoerde bewijsstukken duidelijk gemaakt dat in de geneesmiddelensector de gevolgen van de parallelhandel voor de mededinging onduidelijk zijn, omdat de efficiencywinst die hij kan opleveren voor de intrabrand-concurrentie, waarvan de rol in het geldende rechtskader beperkt is, moet worden vergeleken met het efficiencyverlies dat hij kan veroorzaken voor de concurrentie tussen merken, die een centrale rol speelt.

297 Onder deze omstandigheden mocht de Commissie er niet van afzien om vervolgens te onderzoeken of artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden het innovatievermogen van GSK kon herstellen en uit dien hoofde efficiencywinst voor de concurrentie tussen merken kon opleveren.

298 Dat is overigens de kern van de prospectieve analyse die de Commissie moest uitvoeren om antwoord te geven op het verzoek van GSK om een ontheffing. De hierboven in punt 247 aangehaalde vaste rechtspraak verlangt immers dat wordt vastgesteld of de overeenkomst die verboden is wegens de nadelen die zij meebrengt voor de mededinging (artikel 81, lid 1, EG), een voordeel oplevert dat deze nadelen kan compenseren (artikel 81, lid 3, EG).

299 De Commissie moest dus nog de argumenten van GSK met betrekking tot de verwachte voordelen van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden onderzoeken. Punt 156 van de beschikking, het enige punt waaruit blijkt van een onderzoek ter zake, geeft in dit opzicht in hoofdzaak aan:

„Het staat de farmaceutische ondernemingen vrij te beslissen hoe zij in O&O willen investeren. Alle besparingen die zij hypothetisch gesproken hadden kunnen maken door parallelhandel te voorkomen, hadden nog niet automatisch geresulteerd in hogere O&O-investeringen. Het is denkbaar dat deze besparingen gewoon bij de winst van de ondernemingen worden geteld. Het spreekt voor zich dat het genereren van extra winst op zich geen rechtvaardiging is voor het verlenen van een ontheffing. In dit verband zou de stelling van [GSK] erop neerkomen dat aan de eerste voorwaarde [voor de toepassing van artikel 81, lid 3, EG] [...] wordt voldaan door iedere overeenkomst waarvan kan worden gesteld dat zij bijdraagt tot stijgende inkomsten van een onderneming die actief is in O&O. Deze voorwaarde zou in ieder geval nietszeggend zijn [...]."

300 GSK heeft echter niet beweerd dat het genereren van extra winst op zich reeds verlening van een ontheffing rechtvaardigde. Integendeel, zij heeft gesteld dat de parallelhandel haar belet de winst te behalen die nodig is om haar O&O optimaal te financieren, dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden haar in staat stelt om haar inkomsten te vergroten en dat zij er alle belang bij heeft, gelet op de levendigheid van de concurrentie tussen merken, de centrale rol van innovatie voor deze concurrentie en de wijze van financiering van O&O, om een gedeelte van dit overschot te investeren in O&O, teneinde haar concurrenten voor te blijven of zich niet door hen te laten voorbijstreven. Met andere woorden, zij heeft betoogd dat haar algemene verkoopvoorwaarden een ontheffing verdienen omdat zij niet enkel het rechtstreekse gevolg hebben dat haar inkomsten groeien, maar vooral omdat zij het afgeleide gevolg hebben dat haar innovatievermogen groeit. Voorts heeft zij gesteld dat dit voordeel moet worden afgezet tegen het feit dat dit overschot, wanneer het bij de parallelhandelaars terechtkomt, niet in een voordeel zal resulteren omdat de parallelhandelaars bij gebreke van de noodzaak om onderling werkelijk te concurreren, de prijzen uitsluitend verlagen voor zover nodig om detailhandelaars aan te trekken en het grootste deel van dit overschot dus voor zichzelf houden, zoals zij nog ter terechtzitting heeft betoogd.

301 De Commissie mocht zich er niet toe beperken deze argumenten bij voorbaat ter zijde te schuiven op grond dat het door GSK beschreven voordeel niet noodzakelijkerwijs werkelijkheid hoeft te worden, zoals zij in punt 156 van de beschikking heeft gedaan, maar behoorde in overeenstemming met de rechtspraak tevens zo concreet mogelijk te onderzoeken, door middel van een prospectieve analyse, of het in de omstandigheden van het concrete geval en gelet op de haar verstrekte bewijsstukken waarschijnlijker leek dat de door GSK beschreven voordelen werkelijkheid worden of dat dit juist niet het geval zal zijn (arrest Compagnie générale maritime e.a./Commissie, punt 248 hierboven, punt 365). Zij mocht zich niet met stelligheid en zonder argumenten op het standpunt stellen dat de door GSK voorgelegde feitelijke argumenten en bewijsstukken van theoretische aard moeten worden geacht, zoals zij laatstelijk ter terechtzitting heeft gedaan.

302 Voor het overige heeft de Commissie op een vraag over dit punt ter terechtzitting herhaaldelijk toegegeven dat moest worden geredeneerd in termen van waarschijnlijkheid, al voegde zij daaraan toe dat men in dat opzicht streng moet zijn en betoogde zij in wezen dat het in het onderhavige geval, gelet op de verstrekte bewijsstukken en in het bijzonder de door GSK verzamelde cijfers, waarschijnlijker leek dat het aangevoerde voordeel geen werkelijkheid zal worden. Dat is echter niet de redenering die de beschikking bevat.

303 Uit het voorgaande volgt dat de beschikking is gebaseerd op een gebrekkig onderzoek, omdat de Commissie niet naar behoren rekening heeft gehouden met alle door GSK ingediende relevante feitelijke argumenten en bewijsstukken, omdat zij sommige van deze argumenten niet heeft weerlegd ofschoon zij voldoende relevant en onderbouwd waren om een reactie van haar te verlangen, en omdat zij geen rechtens genoegzame onderbouwing heeft gegeven voor haar conclusie dat niet is aangetoond dat de parallelhandel efficiencyverlies kan veroorzaken door het innovatievermogen van GSK merkbaar aan te tasten, of dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden efficiencywinst mogelijk kan maken door dit innovatievermogen te verbeteren.

Afweging

304 Na haar onderzoek van de door GSK voorgelegde feitelijke argumenten en bewijsstukken te hebben afgesloten met de vaststelling dat zij niet aantonen dat

er sprake is van een merkbaar objectief voordeel, is de Commissie niet overgegaan tot de ingewikkelde beoordeling (zie hierboven, punt 241) die de afweging van dit voordeel tegen het nadeel voor de mededinging beschreven in het gedeelte van de beschikking gewijd aan artikel 81, lid 1, EG zou hebben betekend, zoals zij ter terechtzitting herhaaldelijk heeft benadrukt.

305 Zij heeft immers in punt 151 van de beschikking gesteld dat GSK niet heeft bewezen dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden voordelen meebrengt, en in punt 152 van de beschikking dat onder deze omstandigheden geen afweging nodig is, ook al voegt zij daaraan toe dat wanneer zij een dergelijke afweging zou maken, de voordelen van deze bepaling in ieder geval niet zouden opwegen tegen de nadelen ervan.

306 Zoals volgt uit de voorgaande overwegingen, is de conclusie van de Commissie dat het bewijs van een merkbaar economisch voordeel niet is geleverd, gebaseerd op een gebrekkig onderzoek (zie hierboven, punt 303). Haar conclusie dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden de mededinging beperkt, is slechts gegrond voor zover zij vaststelt dat deze bepaling tot gevolg heeft dat de eindgebruikers van door een nationaal stelsel van gezondheidszorg betaalde geneesmiddelen de voordelen worden ontnomen die zij, wat prijs en kosten betreft, zouden hebben gehad van de deelname van de Spaanse groothandelaars aan de intrabrand-concurrentie op de markten van bestemming van de parallelhandel van Spaanse herkomst (zie hierboven, punten 147, 190 en 194).

307 De conclusie van de Commissie dat niet hoeft te worden overgegaan tot een afweging, die hoe dan ook zou uitwijzen dat het aan artikel 4 verbonden voordeel het nadeel ervan voor de mededinging niet compenseert, kan derhalve niet worden aanvaard. De Commissie moest eerst de feitelijke argumenten en bewijsstukken van GSK naar behoren onderzoeken, teneinde zichzelf in staat te stellen om vervolgens de ingewikkelde beoordeling uit te voeren waartoe de afweging van de aan artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden verbonden nadelen en voordelen noodzaakt.

Conclusie

308 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie niet op goede gronden kon concluderen dat GSK, wat het bestaan van een bijdrage aan de bevordering van de technische vooruitgang betreft, niet heeft bewezen dat aan de eerste voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG is voldaan. Onder deze omstandigheden is het niet nodig de argumenten van GSK met betrekking tot het bestaan van een bijdrage aan de verbetering van de distributie van geneesmiddelen te onderzoeken.

c) Het bewijs dat er gevolgen voor de gebruiker zijn, dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden onmisbaar is en dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld

309 Zoals hiervoor is opgemerkt (zie hierboven, punten 237-239), blijkt uit de beschikking en de discussies dat de summiere conclusies waartoe de Commissie is gekomen ter zake van het bestaan van gevolgen voor de gebruiker, de onmisbaarheid van artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden en het feit dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld, zijn gebaseerd op de conclusie met betrekking tot het bestaan van efficiencywinst.

310 Omdat deze laatste onrechtmatig is, voor zover betrekking hebbend op het bestaan van een bijdrage aan de bevordering van de technische vooruitgang, zijn deze conclusies eveneens ongeldig.

311 Aangezien de Commissie bij haar onderzoek of artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden al dan niet de mededinging voor een wezenlijk deel van de producten zal uitschakelen, in punt 188 van de beschikking heeft toegevoegd dat

GSK in ieder geval voor diverse van de voornaamste producten die door haar algemene verkoopvoorwaarden worden getroffen, aanzienlijke marktaandelen had (bijvoorbeeld Zofran, Flixonase, Zovirax en Imigran) in een of meer lidstaten, dient deze beoordeling nog te worden onderzocht.

312 Dienaangaande heeft de Commissie ter terechtzitting erkend dat zij de vraag van de marktmacht van GSK niet werkelijk heeft aangesneden, en daaraan toegevoegd dat zij de analyse zou hebben moeten voortzetten om op dit punt tot een besluit te komen.

313 Gelet op de eigen juridische en economische context van de onderzochte sector, kan op grond van het bezit van aanzienlijke marktaandelen, dat overigens is beperkt tot sommige van de betrokken producten, waarbij de Commissie het laat bij het geven van vier voorbeelden, op zich duidelijk niet op overtuigende wijze worden geconcludeerd dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten wordt uitgeschakeld.

314 Ongeacht de definitie van de relevante productmarkt, waarover de partijen hebben gediscussieerd, staan verscheidene door GSK tijdens de administratieve procedure en vervolgens in haar processtukken aangevoerde factoren eraan in de weg deze conclusie automatisch te trekken.

315 Met name het argument van GSK genoemd in punt 188 van de beschikking, waarin naar punt 104 van de beschikking wordt verwezen, was niet dermate irrelevant dat de Commissie ervan mocht afzien het individueel te beoordelen in het kader van de vierde voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG. Het feit dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden een belemmering vormt voor de beperkte druk die door de parallelhandel van Spaanse herkomst zou kunnen worden uitgeoefend op de prijs en de kosten van de geneesmiddelen in de geografische markten van bestemming, dient immers te worden gesteld tegenover het door GSK aangevoerde en door de Commissie niet betwiste feit, dat de concurrentie door innovatie in de sector zeer levendig is en dat er prijsconcurrentie in een andere vorm bestaat,

hoewel deze zich overeenkomstig de wet pas voordoet wanneer door het verlopen van het octrooi producenten van generieke geneesmiddelen de markt kunnen betreden. Onder deze omstandigheden behoorde overeenkomstig de hierboven, in punt 109, aangehaalde rechtspraak nog te worden beoordeeld aan welke vorm van concurrentie voorrang moet worden verleend om te waarborgen dat een daadwerkelijke mededinging in stand wordt gehouden, zoals wordt nagestreefd door artikel 3, lid 1, sub g, EG en artikel 81 EG.

4. Conclusie

316 Uit het voorgaande volgt dat het middel inzake schending van artikel 81, lid 3, EG slaagt en dat bijgevolg de vordering van GSK moet worden toegewezen voor zover zij strekt tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking, zonder dat het middel inzake schending van het evenredigheidsbeginsel behoeft te worden onderzocht.

317 De beschikking dient derhalve te worden nietig verklaard voor zover in artikel 2 het door GSK ingediende verzoek wordt verworpen.

318 Aangezien de mogelijkheid dat artikel 81, lid 1, EG ingevolge artikel 81, lid 3, EG niet van toepassing is op artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden van GSK, niet kan worden uitgesloten, dient de beschikking bijgevolg tevens te worden nietig verklaard voor zover GSK in artikel 3 wordt bevolen om onverwijld een eind aan deze inbreuk te maken voor zover zij dat nog niet heeft gedaan, en haar in artikel 4 wordt bevolen om de Commissie mee te delen welke maatregelen zij daartoe heeft genomen.

319 Ingevolge artikel 233, eerste alinea, EG is de Commissie gehouden de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het onderhavige arrest.

320 Hoewel de in verordening nr. 17 neergelegde aanmeldingsprocedure onder verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1) niet langer bestaat, moet de Commissie te dien einde, gelet op de gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking en de daaraan verbonden terugwerkende kracht, een besluit nemen over het ontheffingsverzoek van GSK, daarbij uitgaande van het tijdstip van indiening daarvan [zie in die zin arrest Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, Jurispr. blz. II-1231, punten 47 en 48], voor zover dit nog steeds bij haar aanhangig is.

Kosten

321 Volgens artikel 87, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, wanneer dat is gevorderd.

322 Artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt onder andere dat het Gerecht de proceskosten over de partijen kan verdelen of kan beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

323 In casu is GSK in haar vordering tot nietigverklaring van artikel 1 van de beschikking niet geslaagd. De Commissie, ondersteund door interveniënten, is in haar vordering tot verwerping van het beroep in zijn geheel in het ongelijk gesteld.

324 Onder deze omstandigheden dienen de kosten over de partijen te worden verdeeld. GSK zal de helft van haar eigen kosten dragen, alsmede de helft van de kosten van de Commissie, met inbegrip van de door de interventies opgekomen kosten. De Commissie zal de helft van haar eigen kosten dragen, alsmede de helft van de kosten van GSK, met inbegrip van de door de interventies opgekomen kosten. Interveniënten zullen hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer — uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) **De artikelen 2, 3 en 4 van beschikking 2001/791/EG van de Commissie van 8 mei 2001 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag [Zaken IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (aanmelding), IV/36.997/F3 — Aseprofar en Fedifar (klacht), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (klacht), IV/37.138/F3 — BAI (klacht) en IV/37.380/F3 — EAEPC (klacht)] worden nietig verklaard.**

2) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**

3) **GlaxoSmithKline Services Unlimited zal de helft van haar eigen kosten dragen, alsmede de helft van de kosten van de Commissie, met inbegrip van de door de interventies opgekomen kosten.**

4) **De Commissie zal de helft van haar eigen kosten dragen, alsmede de helft van de kosten van GlaxoSmithKline Services, met inbegrip van de door de interventies opgekomen kosten.**

5) **Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) en Spain Pharma, SA, zullen ieder hun eigen kosten dragen.**

Legal Lindh Wiszniewska-Białecka

Vadapalas Moavero Milanesi

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 27 september 2006.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vierde kamer

H. Legal

Inhoud

Het rechtskader en de feiten ..... II - 2984

Gemeenschapsrecht ..... II - 2984

Spaans recht ..... II - 2985

Voorgeschiedenis van het geding ..... II - 2986

Procesverloop ..... II - 2990

Conclusies van partijen ..... II - 2993

In rechte ..... II - 2995

I — Middelen strekkende tot nietigverklaring van artikel 1 van de beschikking .... II - 2996

A — Ontoereikende motivering ..... II - 2996

1. Argumenten van partijen ..... II - 2996

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 2997

B — Schending van artikel 81, lid 1, EG ..... II - 2998

1. Overwegingen vooraf ..... II - 2998

2. Het bestaan van een overeenkomst tussen ondernemingen ..... II - 3000

a) Inhoud van de beschikking ..... II - 3000

b) Argumenten van partijen ..... II - 3000

c) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3001

Zelfstandige wilsbepaling ..... II - 3001

Wilsovereenstemming ..... II - 3003

3. Beperking van de mededinging ..... II - 3007

a) Inhoud van de beschikking ..... II - 3007

b) Argumenten van partijen ..... II - 3009

c) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3010

De mededingingssituatie zoals die vóór artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden was ..... II - 3010

De aan artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden toegeschreven beperking van de mededinging ..... II - 3012

— Het bestaan van een mededingingsbeperkend doel ..... II - 3013

— Het bestaan van mededingingsverstorende gevolgen ..... II - 3023

4. Conclusie ..... II - 3036

C — Het middel inzake misbruik van bevoegdheid, schending van het subsidiariteitsbeginsel en schending van artikel 43 EG ..... II - 3037

1. Argumenten van partijen ..... II - 3037

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3037

II — De middelen strekkende tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking II - 3040

A — Ontoereikende motivering ..... II - 3040

1. Argumenten van partijen ..... II - 3040

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3041

B — Schending van artikel 81, lid 3, EG ..... II - 3042

1. Inhoud van de beschikking ..... II - 3042

2. Argumenten van partijen ..... II - 3043

3. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3046

a) Voorafgaande opmerkingen ..... II - 3046

b) Het bewijs van efficiencywinst ..... II - 3050

Merkbaar objectief voordeel ..... II - 3052

— De relevantie van de door GSK aangevoerde feitelijke argumenten en bewijsstukken ..... II - 3058

— Het aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies .... II - 3063

— De omvang van het aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies ..... II - 3067

— De aan artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden verbonden efficiencywinst ..... II - 3071

Afweging ..... II - 3074

Conclusie ..... II - 3076

c) Het bewijs dat er gevolgen voor de gebruiker zijn, dat artikel 4 van de algemene verkoopvoorwaarden onmisbaar is en dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld ..... II - 3076

4. Conclusie ..... II - 3078

Kosten ..... II - 3079