DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

6. oktober 2009 *

I de forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P,

angående fire appeller i henhold til artikel 56 i statutten for Domstolen, indgivet henholdsvis for de første to sager den 11. december 2006 og for de to følgende sager den 18. december og 13. december 2006,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidligere Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Det Forenede Kongerige) ved I. Forrester, QC, samt ved abogado S. Martínez Lage, dikigoros A. Komninos og Rechtsanwalt A. Schulz,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

* Processprog: engelsk.

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved T. Christoforou, F. Castillo de la Torre og E. Gippini Fournier, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

støttet af:

Republikken Polen, ved E. Ośniecka-Tamecka, M. Kapko og K. Majcher, som befuldmægtigede,

intervenient i appelsagen,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bruxelles (Belgien), ved Rechtsanwälte M. Hartmann-Rüppel og W. Rehmann,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Mülheim an der Ruhr (Tyskland), ved Rechtsanwalt W. Rehmann,

Spain Pharma SA, Madrid (Spanien),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Madrid (Spanien), ved abogados M. Araujo Boyd og J. Buendía Sierra,

intervenienter i første instans (sag C-501/06 P),

og

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved T. Christoforou, F. Castillo de la Torre og E. Gippini Fournier, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

støttet af:

Republikken Polen ved E. Ośniecka-Tamecka, M. Kapko og K. Majcher, som befuldmægtigede,

intervenient i appelsagen,

de øvrige parter i appelsagen:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidligere Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Det Forenede Kongerige), ved I. Forrester, QC, samt ved dikigoros A. Komninos og Rechtsanwalt A. Schulz,

sagsøger i første instans,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bruxelles (Belgien), ved Rechtsanwalt M. Hartmann-Rüppel,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Mülheim an der Ruhr (Tyskland),

Spain Pharma SA, Madrid (Spanien),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Madrid (Spanien),

intervenienter i første instans (sag C-513/06 P),

og

European Association of Euro Pharmaceutical C-ompanies (EAEPC), Bruxelles (Belgien), ved Rechtsanwälte M. Hartmann-Rüppel og W. Rehmann,

sagsøger,

de øvrige parter i appelsagen:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidligere Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Det Forenede Kongerige), ved I. Forrester, QC,

sagsøger i første instans,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved T. Christoforou, F. Castillo de la Torre og E. Gippini Fournier, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Mülheim an der Ruhr (Tyskland),

Spain Pharma SA, Madrid (Spanien),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Madrid (Spanien),

intervenienter i første instans (sag C-515/06 P),

og

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), Madrid (Spanien) ved abogados M. Araujo Boyd og J. Buendía Sierra,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidligere Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Det Forenede Kongerige), ved I. Forrester, QC, og Rechtsanwalt A. Schulz,

sagsøger i første instans,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved T. Christoforou, F. Castillo de la Torre og E. Gippini Fournier, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bruxelles (Belgien), ved Rechtsanwalt M. Hartmann-Rüppel,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, Mülheim an der Ruhr (Tyskland),

Spain Pharma SA, Madrid (Spanien),

intervenienter i første instans (sag C-519/06 P),

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Rosas, og dommerne A. Ó C-aoimh, J. Klučka (refererende dommer), U. Lõhmus og A. Arabadjiev,

generaladvokat: V. Trstenjak
justitssekretær: fuldmægtig K. Malaček,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. marts 2009,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 30. juni 2009,

afsagt følgende

Dom

1 Ved deres appelskrifter har selskabet GlaxoSmithKline Services Unlimited (herefter »GSK«) (sag C-501/06 P), Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber (sag C-513/06 P), European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) (sag C-515/06 P) og Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) (sag C-519/06 P) nedlagt påstand for Domstolen om delvis ophævelse af dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 27. september 2006, GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen (sag T-168/01, Sml. II, s. 2969, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede artikel 2-4 i Kommissionens beslutning 2001/791/EF af 8. maj 2001 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 (sag IV/36.957/F3 — Glaxo Wellcome (anmeldelse), IV/36.997/F3 — Aseprofar og Fedifar (klage), IV/37.121/F3 — Spain Pharma (klage), IV/37.138/F3 — BAI (klage) og IV/37.380/F3 — EAEPC- (klage)) (EFT L 302, s. 1, herefter »den anfægtede beslutning«) og i øvrigt frifandt Kommissionen for søgsmålet anlagt af GSK.

2 Ved nævnte beslutning fandt Kommissionen, at Glaxo Wellcome SA (herefter »GW«), GSK's datterselskab, havde overtrådt artikel 81, stk. 1, EF ved at indgå en aftale med de spanske grossister, hvori der sondres mellem de priser, grossisterne skal betale i tilfælde af indenlandsk videresalg af refusionsberettigede lægemidler til apoteker eller

hospitaler, og højere priser i tilfælde af eksport af lægemidler til andre medlemsstater. Kommissionen afviste endvidere anmodningen om nævnte aftales fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

Sagens baggrund

3 De faktiske omstændigheder til grund for nærværende sag som beskrevet i den appellerede doms præmis 8-21 kan sammenfattes som følger.

4 GSK er et selskab i henhold til engelsk ret med hjemsted i Brentford (Det Forenede Kongerige). Det er en del af GlaxoSmithKline-koncernen, som er en af de førende lægemiddelproducenter på verdensplan. GW er et spansk selskab med hjemsted i Madrid (Spanien), hvis hovedaktiviteter består i udvikling, produktion og salg af lægemidler i Spanien.

5 Ved skrivelse af 6. marts 1998 anmeldte GW et dokument med titlen »Almindelige betingelser for salg til godkendte grossister af lægemidler, som ejes af [GW] og dets datterselskaber« (herefter »aftalen«) til Kommissionen med henblik på at opnå en negativattest eller en fritagelse i henhold til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81). Ved skrivelse af 28. juli 1998 fremsendte GSK en supplerende anmeldelse til Kommissionen.

6 Aftalen finder anvendelse på 82 lægemidler, der er bestemt til salg til grossister i Spanien, som GW har knyttet handelsforbindelser med, og som ikke indgår i et distributionsnet. Grossisterne kan videresælge disse lægemidler til spanske hospitaler

eller apoteker, hvorfra de på recept herefter udleveres til patienter. De kan ligeledes videresælge dem i andre medlemsstater ved parallelhandel, hvilket sker som følge af prisforskelle. Disse 82 lægemidler omfatter otte lægemidler, som ifølge GSK i særlig grad må antages at være genstand for parallelhandel, navnlig mellem Spanien og Det Forenede Kongerige.

7 For samtlige 82 lægemidler fastsætter aftalens artikel 4 to forskellige priser og bestemmer:

»A) Ifølge bestemmelserne i stk. 1, første afsnit, og stk. 2 i artikel 100 i lov nr. 25/1990 af 20. december 1990 om lægemidler (BOE nr. 306 af 22.12.1990) må prisen på lægemidler fra [GW] og dets datterselskaber under ingen omstændigheder overstige den maksimale industripris fastsat af de spanske sundhedsmyndigheder, når de to faktorer, der er en forudsætning for anvendelsen af de nævnte retsregler, er til stede, nemlig:

— De ovennævnte lægemidler finansieres af midler fra den spanske sygesikring eller spanske offentlige midler.

— De indkøbte lægemidler sælges efterfølgende på nationalt niveau, dvs. gennem apoteker eller spanske hospitaler.

B) Hvis en af disse to betingelser ikke er opfyldt (dvs. i alle de tilfælde, hvor spansk lov giver laboratorierne mulighed for frit at fastsætte priserne på deres lægemidler), fastsætter [GW] og datterselskaberne prisen på deres lægemidler ifølge objektive og ikke-diskriminerende økonomiske kriterier og uden hensyntagen til den bestemmelse, køberen måtte fastsætte for produktet. [GW] og datterselskaberne

vil bl.a. anvende den pris for deres lægemidler, som de på basis af interne økonomiske analyser oprindeligt foreslog de spanske sundhedsmyndigheder med en objektiv ajourføring under hensyntagen til stigningen i leveomkostningerne i overensstemmelse med bestemmelserne i stk. 1, første afsnit, og stk. 2 i artikel 100 i [lov nr. 25/1990] og anden tidligere spansk lovgivning om fastsættelse af lægemiddelpriser.«

8 Ved skrivelse af 6. marts 1998 sendte GW et aftaleudkast til 89 grossister med hjemsted i Spanien, hvoraf 75 grossister, hvis salg androg over 90% af GW's samlede salg i Spanien i 1998, efterfølgende underskrev den. Aftalen trådte i kraft den 9. marts 1998.

9 Bl.a. Aseprofar har anfægtet lovligheden af denne for de spanske konkurrencemyndigheder og de spanske domstole.

10 Endvidere indgav bl.a. EAEPC- og Aseprofar klager til Kommissionen med påstand om, at aftalen var i strid med artikel 81, stk. 1, EF.

11 Den 8. maj 2001 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, som bestemmer:

»Artikel 1

[GW] har overtrådt EF-traktatens artikel 81, stk. 1, ved at indgå en aftale med de spanske grossister, hvori der sondres mellem de priser, grossisterne skal betale i tilfælde

af indenlandsk videresalg af refusionsberettigede lægemidler til apoteker eller hospitaler, og højere priser i tilfælde af eksport til andre medlemsstater.

Artikel 2

[GW's] anmodning om en fritagelse af den ovenfor i artikel 1 nævnte aftale efter traktatens artikel 81, stk. 3, afvises hermed.

Artikel 3

[GW] skal øjeblikkeligt bringe den overtrædelse, der er nævnt i artikel 1, til ophør, hvis dette ikke allerede er sket. Selskabet skal afstå fra igen at træffe foranstaltninger, der udgør en overtrædelse, og træffe andre lignende foranstaltninger, der måtte have samme formål eller følge.

Artikel 4

[GW] skal senest to måneder efter meddelelsen af denne beslutning underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der er truffet for at bringe overtrædelsen til ophør.

[…]«

Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

12 Det følger af præmis 22-37 i den appellerede dom, at GSK ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. juli 2001 anlagde sag til prøvelse af den anfægtede beslutning. Ved skrivelser indleveret til Rettens Justitskontor den 8. og den 16. november 2001 har EAEPC- og Aseprofar fremsat begæring om at måtte indtræde i sagen til støtte for Kommissionens påstande i henhold til artikel 40, stk. 2, i statutten for Domstolen og artikel 115, stk. 1, i Rettens procesreglement. Ved kendelse af 27. november 2002 har formanden for Rettens Første Afdeling taget begæringerne om intervention til følge.

13 Retten har ved den appellerede dom fastslået følgende:

»1) Artikel 2, 3 og 4 i [den anfægtede beslutning] annulleres.

2) I øvrigt frifindes Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber.

3) [GSK] bærer halvdelen af sine egne omkostninger og betaler halvdelen af Kommissionens omkostninger, herunder omkostningerne forbundet med interventionerne.

4) Kommissionen bærer halvdelen af sine egne omkostninger og betaler halvdelen af [GSK's] omkostninger, herunder omkostningerne forbundet med interventionerne.

5) [Aseprofar] […], [EAEPC] bærer hver især deres egne omkostninger.«

Parternes påstande og retsforhandlingerne for Domstolen

14 GSK har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, for så vidt som den ikke giver GSK medhold i påstanden om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 1, eller der træffes anden rimelig bestemmelse.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Kommissionen har i sit svarskrift ligeledes indgivet en kontraappel. Den har nedlagt følgende påstande:

— GSK's appel forkastes.

— Den appellerede doms konklusions punkt 1 og 3-5 ophæves.

— Der træffes endelig afgørelse om sagen, og Kommissionen frifindes for annullationspåstanden i sag T-168/01.

— GSK tilpligtes at betale Kommissionens omkostninger for begge instanser.

16 GSK har ved sit svarskrift til kontraappellen nedlagt påstand om, at appellen afvises eller forkastes, ligesom Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17 Kommissionen har ved sin appel fremsat de samme tre påstande som de i dens svarskrift og ved kontraappellen fremsatte i sag C-501/06 P, nemlig:

— Den appellerede doms konklusions punkt 1 og 3-5 ophæves.

— Der træffes endelig afgørelse om sagen, og Kommissionen frifindes for annullationspåstanden i sag T-168/01.

— GSK tilpligtes at betale Kommissionens omkostninger for begge instanser.

18 EAEPC har ved sin appel nedlagt følgende påstande:

— Rettens dom ophæves, for så vidt som den annullerer den anfægtede beslutning.

— GSK tilpligtes at betale sagens omkostninger for begge instanser.

19 Aseprofar har ved sin appel nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede doms konklusions punkt 1 ophæves.

— Der træffes endelig afgørelse i sag T-168/01, idet Kommissionen frifindes i det hele for GSK's søgsmål, og den anfægtede beslutning opretholdes.

— Den appellerede doms konklusions punkt 3-5 ophæves.

— GSK tilpligtes at betale sagens omkostninger for begge instanser.

20 Ved kendelse af 17. december 2008 har Domstolens præsident besluttet at forene sagerne C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

Om appellerne

21 Af klarhedshensyn og under hensyn til deres ensartethed skal visse af appellanternes anbringender behandles særskilt, mens andre behandles samlet.

Formaliteten

Formaliteten med hensyn til de selvstændige appelanbringender vedrørende artikel 81, stk. 1, EF påberåbt af Aseprofar og Kommissionen og støttet af Republikken Polen

— Parternes argumenter

22 GSK har gjort gældende, at Kommissionens og Aseprofars appeller samt Republikken Polens interventionsskrift i det væsentlige må afvises. Ved disse processkrifter anfægtes den appellerede doms begrundelse og ikke dens konklusion vedrørende artikel 81, stk. 1, EF. GSK har anført, at anbringenderne mod begrundelsen for den del af den appellerede dom, der vedrører artikel 81, stk. 1, EF, på ingen måde kan påvirke domskonklusionens punkt 2, som opretholder den anfægtede beslutnings artikel 1, hvorefter aftalen udgjorde en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF. GSK har gjort gældende, at alle anbringender, der tilsigter at rejse tvivl om Retten begrundelse

vedrørende artikel 81, stk. 1, EF, må afvises i henhold til retspraksis vedrørende appellers antagelse til realitetsbehandling.

— Domstolens bemærkninger

23 Det følger af Domstolens praksis, at en retlig interesse hos appellanten forudsætter, at appellen med sit resultat kan tilføre den appellerende part en fordel (kendelse af 25.1.2001, sag C-111/99 P, Lech Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. I, s. 727, præmis 18, og af 8.4.2008, sag C-503/07 P, SainT-Gobain Glass Deutschland mod Kommissionen, Sml. I, s. 2217, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

24 I nærværende sag har Kommissionen og Aseprofar gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse i sin vurdering af den konkurrencebegrænsende genstand for aftalen, men har nedlagt påstand om, at Domstolen opretholder den appellerede doms konklusions punkt 2 med en ændret begrundelse.

25 Herefter er det, som GSK med føje har bemærket, ubestridt, at de af Kommissionen og Aseprofar påberåbte anbringender dels ikke kan tilføre dem en fordel, dels ikke kan påvirke den appellerede doms konklusions punkt 2, som bekræfter, at artikel 81, stk. 1, EF var overtrådt.

26 Kommissionens og Aseprofars selvstændige appeller skal således afvises, for så vidt som de er rettet mod den del af den appellerede doms begrundelse, der vedrører artikel 81, stk. 1, EF.

Formaliteten med hensyn til Kommissionens kontraappel påberåbt af GSK

— Parternes argumenter

27 GSK har for det første anført, at kontraappellen må afvises, eftersom Kommissionen allerede har iværksat appel af den appellerede dom i sag C- 513/06 P. Det er GSK's opfattelse, at appellen og kontraappellen udgør to led af et alternativ, som ikke kan iværksættes kumulativt.

28 For det andet udgør kontraappellen, for så vidt som den svarer til appellen i sag C-513/06 P, et proceduremisbrug og må derfor afvises. Det er GSK's opfattelse, at det yderligere appelskrift, dvs. kontraappellen, må afvises, eftersom de to appelskrifter vedrører en sag mellem de samme parter, har samme formål og er støttet på de samme anbringender.

29 For det tredje må kontraappellen afvises, for så vidt som den anfægter visse dele af den appellerede dom, der tiltræder Kommissionens påstande. Kontraappellen må åbenbart afvises, eftersom et anbringende rettet mod begrundelser for en appelleret dom, der ikke påvirker denne doms konklusion, er uden betydning og følgelig skal afvises.

30 Kommissionen har navnlig gjort gældende, at hovedparten af argumenterne om artikel 81, stk. 1, EF vedrører artikel 81, stk. 3, eftersom de omhandler konkrete forhold forbundet med markedet, som er relevante for disse to stykker. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at disse argumenter skal forstås som argumenter som svar på GSK's argumenter i dets appelskrift. Kommissionen har tilføjet, at det ikke følger af nogen tekst, at iværksættelsen af en kontraappel må afvises, såfremt der allerede er iværksat en selvstændig appel.

— Domstolens bemærkninger

31 Hvad angår argumentet om, at Kommissionen ikke kumulativt kunne iværksætte en appel og en kontraappel, eftersom dette navnlig udgjorde et proceduremisbrug, skal det for det første bemærkes, at det på ingen måde følger af ordlyden af artikel 116 i Domstolens procesreglement, at en part ikke kumulativt kan iværksætte en appel og en kontraappel af en og samme dom afsagt af Retten. Dette gælder uafhængigt af, om flere sager vedrører denne dom, og om disse sager er blevet forenet. For det andet har sagerne C-501/06 P og C-513/06 P ikke mistet deres selvstændige karakter, selv om de er blevet forenet.

32 Følgelig kan GSK's argument ikke tiltrædes.

33 Hvad angår argumentet om, at kontraappellen må afvises, fordi dens ophavsmand anfægter visse dele af den appellerede dom og ikke punkt 2 i dommens konklusion, skal det bemærkes, at en appellants retlige interesse forudsætter, at kontraappellen med sit resultat kan tilføre den appellerende part en fordel.

34 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 52 i forslaget til afgørelse, har Kommissionen imidlertid under sagsbehandlingen anført, at dens argumentation som led i kontraappellen hovedsageligt tilsigtede at besvare GSK's appel. Det er Kommissionens opfattelse, at en sådan argumentation derfor ikke skal anses for en kontraappel i henhold til procesreglementets artikel 116, stk. 1, første led, andet eksempel, men som en påstand om, at GSK's appel forkastes i henhold til dette reglements artikel 116, stk. 1, første led, første eksempel.

35 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af procesreglementets artikel 116, stk. 1, at påstandene i svarskriftet skal gå ud på, at appellen helt eller delvis afvises eller forkastes, eller at Rettens afgørelse helt eller delvis ophæves, eller at der gives helt eller delvis medhold i de påstande, der er nedlagt i første instans, idet nye påstande ikke kan nedlægges.

36 Det fremgår på ingen måde af denne bestemmelse, at Aseprofar, EAEPC eller Kommissionen ikke kan påberåbe sig forsvarsanbringender som svar på de konkrete anbringender, GSK har fremsat i sit appelskrift, for at forklare, hvorfor Retten har foretaget en urigtig fortolkning og anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF, samt for at fremlægge, hvilken fortolkning af denne bestemmelse der bør anlægges.

37 Det følger heraf, at Kommissionen samt Aseprofar og EAEPC som svar på GSK's appel i sag C-501/06 P kan nedlægge påstand om, at GSK's appel rettet mod den appellerede doms konklusions punkt 2 forkastes.

38 I modsætning til, hvad GSK har gjort gældende, kan den omstændighed, at Kommissionen har fremsat sine forsvarsanbringender i den del af sit svarskrift, der har overskriften »kontraappel«, ikke rejse tvivl om denne konklusion. Det er nemlig ubestrideligt, at man ikke udelukkende kan forholde sig til den formelle overskrift til den del, hvori Kommissionen har fremsat sin argumentation, uden at tage hensyn til selve indholdet af denne del. I denne sag står det uafhængigt af de valgte udtryk klart, at svarskriftets del »kontraappel« er en påstand om, at appellen forkastes.

39 I betragtning af det ovenstående må GSK's formalitetsindsigelse mod kontraappellen forkastes.

GSK's anbringende vedrørende artikel 81, stk. 1, EF

40 Det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 114-147 har vurderet, om Kommissionens hovedkonklusion, hvorefter aftalens artikel 4 skal anses for forbudt i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, idet dens formål er at begrænse parallelhandelen, skal tages til følge.

41 Retten har i den appellerede doms præmis 114-116 fastslået, at aftalen tilsigtede at oprette en dobbelt prisordning, med henblik på at begrænse parallelhandelen, og at den i princippet skal anses for at have konkurrencebegrænsende formål.

42 Retten har i den appellerede doms præmis 117-119 fastslået, at dette formål med begrænsning af parallelhandelen, når henses til den retlige og økonomiske sammenhæng ikke var tilstrækkeligt til i sig selv at formode, at aftalen havde et konkurrencebegrænsende formål. Derimod har Retten fundet, at anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF i denne sag ikke udelukkende kan afhænge af, at aftalen tilsigter en begrænsning af parallelhandelen med lægemidler eller en opdeling af det fælles marked, hvilke omstændigheder kan begrunde antagelsen af, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes, men endvidere kræver en undersøgelse af, hvorvidt den har til formål eller følge, at handelen på de berørte markeder hindres, begrænses eller fordrejes til skade for den endelige forbruger.

43 Retten har i den appellerede doms præmis 121 præciseret, at selv om det har været antaget, at parallelhandel nyder en vis beskyttelse, skyldes dette ikke denne som sådan, men den omstændighed, at den dels fremmer udviklingen af varebevægelserne, dels stimulerer konkurrencen, nemlig for så vidt angår det sidstnævnte forhold, idet den sikrer den endelige forbruger fordelene ved en effektiv konkurrence i form af indkøbsmuligheder eller pris. Når det følgelig antages, at en aftale, der tilsigter at begrænse parallelhandelen, i princippet skal anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, skyldes dette, at den må formodes at ville unddrage de endelige forbrugere disse fordele.

44 Retten har i den appellerede doms præmis 122 fastslået, at det, henset til den retlige og økonomiske sammenhæng for aftalen indgået af GSK, ikke kan antages, at disse unddrager den endelige forbruger af lægemidler sådanne fordele. Det vurderes nemlig, at de spanske mellemmænd kunne beholde den prisfordel, som parallelhandel kan indebære, i hvilket tilfælde den ikke videreføres til de endelige forbrugere.

45 Retten har i den appellerede doms præmis 133 foreholdt Kommissionen, at den på intet tidspunkt har undersøgt det særlige og væsentlige kendetegn for denne sektor, som består i, at priserne for de omhandlede produkter, som er undergivet kontrol fra medlemsstaterne, der direkte eller indirekte fastsætter dem til et niveau, de anser for passende, strukturelt betinget fastsættes forskelligt inden for Fællesskabet, og til forskel fra priser for andre forbrugsgoder i hvert fald i betydeligt omfang ikke bestemmes af udbud og efterspørgsel. Den har i den appellerede doms præmis 134 udtalt, at denne omstændighed var til hinder for at antage, at parallelhandel øver indflydelse på de priser, der kræves af de endelige forbrugere af lægemidler, som er omfattet af den nationale sygesikringsordning, og indebærer herigennem en betragtelig fordel, som må sidestilles med den, der ville fremkomme, såfremt disse priser blev fastsat på grundlag af udbud og efterspørgsel.

46 Retten har på baggrund af denne vurdering i den appellerede doms præmis 147 endelig fastslået, at Kommissionens hovedkonklusion, hvorefter aftalens artikel 4 skal anses for forbudt i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, for så vidt som den har til formål at begrænse parallelhandelen, ikke kan tiltrædes. Da de pågældende lægemiddelpriser i vidt omfang unddrages samspil mellem udbud og efterspørgsel som følge af de bestemmelser, der finder anvendelse, og priserne fastsættes eller kontrolleres af offentlige instanser, kan det ikke uden videre anses for sikkert, at parallelhandel bidrager til lavere priser og dermed øger de endelige forbrugeres velfærd. En undersøgelse af ordlyden af aftalens artikel 4 kan følgelig ikke, når henses til dens sammenhæng, give grundlag for at antage, at denne bestemmelse, der tilsigter at begrænse parallelhandelen, bidrager til at mindske den endelige forbrugers velfærd. På denne baggrund, der for en stor dels vedkommende er ny, kan det ikke udledes af selve den nævnte aftales ordlyd, betragtet i den sammenhæng, hvori den indgår, at den er konkurrencebegrænsende, og der skal nødvendigvis tages hensyn til virkningerne af denne, om ikke andet så for at bekræfte, hvad tilsynsmyndigheden antog på grundlag heraf.

Parternes argumenter

47 GSK tilsigter med sin appel at opnå ophævelse af den appellerede doms konklusions punkt 2, for så vidt som den har frifundet Kommissionen for påstanden om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 1. GSK har gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF ved at finde, at aftalen havde konkurrencebegrænsende virkning.

48 Derimod er det GSK's opfattelse, at Retten med føje har fastslået, at Kommissionens vurdering af aftalens begrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF var behæftet med en mangel på hensyntagen til den relevante retlige og økonomiske sammenhæng. Selskabet har imidlertid gjort gældende, at Retten skulle have fremhævet den samme mistillid ved undersøgelsen af analysen af aftalens virkninger.

49 Det er GSK's opfattelse, at Retten skulle have fastslået, at aftalen ikke kunne begrænse konkurrencen i form af en nedsættelse af forbrugernes velfærd.

50 Kommissionen, Aseprofar og EAEPC har i deres svar på GSK's appel anfægtet alle GSK's argumenter. De har fundet, at Retten ved den appellerede dom med rette har fastslået, at der var sket en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF.

51 De har, idet de således påstår frifindelse for GSK's anbringende vedrørende artikel 81, stk. 1, EF, imidlertid fundet, at Retten flere gange har foretaget urigtig retsanvendelse i vurderingen af aftalens konkurrencebegrænsende formål. De har gjort gældende, at en analyse af den retlige og økonomiske sammenhæng i overensstemmelse med principperne i Domstolens praksis skulle have ført Retten til at fastslå, at aftalen

havde et konkurrencebegrænsende formål. Eftersom den appellerede doms konklusions punkt 2 efter deres opfattelse alligevel er begrundet, anmoder de Domstolen om at ændre begrundelsen herfor.

52 Kommissionen har i sit svarskrift vedrørende GSK's appel navnlig gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig fortolkning og anvendelse af begrebet »formål« i artikel 81, stk. 1, EF.

53 Det er Kommissionens opfattelse, at Domstolen og Retten altid har fundet, at aftaler, der tilsigter at begrænse parallelhandelen i Det Europæiske Fællesskab, har konkurrencebegrænsende formål. Endvidere har Retten i den appellerede dom ikke blot fastsat en streng retlig norm for beskyttelsen af parallelhandelen, men den har ligeledes anvendt den urigtigt og ufuldstændigt uden at give en tilstrækkelig begrundelse. Kommissionen har bemærket, at Retten i den appellerede doms præmis 117-122 har fastslået, at parallelhandelen mellem medlemsstaterne udelukkende skal beskyttes, for så vidt som »den dels fremmer udviklingen af varebevægelserne, dels stimulerer konkurrencen«. Den har kritiseret Retten for, at denne senere i sin argumentation har overset udviklingen af parallelhandelen, at den har fortolket stimuleringen af konkurrencen som indeholdende et krav om, at parallelhandelen giver den endelige forbruger fordele ved en effektiv konkurrence forstået som forsyning eller pris, og at den har undladt at undersøge de fordele ved forsyning, som parallelhandelen giver.

Domstolens bemærkninger

54 Eftersom Kommissionen, Aseprofar og EAEPC har gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse ved sin vurdering af aftalens konkurrencebegrænsende formål, og har anmodet Domstolen om at opretholde den appellerede doms konklusions punkt 2 ved at foretage en ændring af begrundelsen, skal deres argumenter undersøges inden GSK's argumenter til støtte for dets appel.

55 For det første bemærkes, at en aftales konkurrencebegrænsende formål og virkning ikke er kumulative betingelser, men derimod alternative ved bedømmelsen af, om en sådan aftale falder ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF. Ifølge fast retspraksis siden dommen af 30. juni 1966, LTM (sag 56/65, Sml. 1965-1968, s. 211, org.ref.: Rec. s. 337), medfører det alternative forhold i denne betingelse — hvilket ses af bindeordet »eller« — at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde. Hvis en analyse af indholdet af aftalen imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet. Det følger ligeledes af retspraksis, at det ikke er nødvendigt at undersøge virkningen af en aftale, hvis det allerede er godtgjort, at den har et konkurrencebegrænsende formål (jf. i denne retning dom af 4.6.2009, sag C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., Sml. I, s. 4529, præmis 28 og 30).

56 For det andet er den vigtige undersøgelse af argumenterne vedrørende aftalens konkurrencebegrænsende formål i forhold til argumenterne om den konkurrencebegrænsende virkning så meget desto mere berettiget, som GSK's appel vedrørende den appellerede doms begrundelse hvad angår aftalens konkurrencebegrænsende virkning umiddelbart skal forkastes såfremt den af Kommissionen, Aseprofar og EAEPC påberåbte urigtige retsanvendelse foreligger.

57 Det skal følgelig efterprøves, om Rettens vurdering af tilstedeværelsen af aftalens konkurrencebegrænsende formål som nævnt i denne doms præmis 41-46 er i overensstemmelse med principperne fastlagt ved retspraksis på området.

58 Det skal i den forbindelse understreges, at det følger af fast retspraksis, at man ved vurderingen af en aftales konkurrencebegrænsende karakter navnlig skal forholde sig til rækkevidden af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår (jf. i denne retning dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 25, og af 20.11.2008, sag C-209/07, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, Sml. I, s. 8637, præmis 16 og 21). Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, er der dog intet, der

forbyder Kommissionen eller Fællesskabets retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning (jf. i denne retning dommen i sagen IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, præmis 23-25).

59 Domstolen har hvad angår parallelhandel allerede haft lejlighed til at fastslå, at aftaler, som tilsigter at forbyde eller begrænse denne handel, i princippet skal anses for at have et konkurrencebegrænsende formål (jf. i denne retning dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller International mod Kommissionen, Sml. s. 131, præmis 7 og 18, og af 12.7.1979, forenede sager 32/78, 36/78-82/78, BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2435, præmis 20-28 og 31).

60 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 155 i forslaget til afgørelse, finder dette princip, hvorefter en aftale, der tilsigter at begrænse parallelhandelen, har »et konkurrencebegrænsende formål«, anvendelse inden for lægemiddelsektoren.

61 Domstolen har i øvrigt i denne forbindelse ved anvendelsen af artikel 81 EF og i en sag vedrørende lægemiddelsektoren fastslået, at en aftale mellem en producent og en forhandler, som tilsigter at genoprette nationale skranker i handelen mellem medlemsstaterne, kan stride mod traktatens formål, som er at integrere nationale markeder gennem indførelsen af et enhedsmarked. Domstolen har således flere gange kvalificeret aftaler, som har til formål at opdele de nationale markeder efter nationale grænser, eller besværliggøre integrationen af de nationale markeder, bl.a. dem, som har til formål at forbyde eller begrænse paralleleksporten, som aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i nævnte traktatbestemmelse (dom af 16.9.2008, forenede sager C-468/06 — C-478/06, Sot. Lélos kai Sia m.fl., Sml. I, s. 7139, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

62 Hvad angår Rettens konstatering af, at når det antages, at en aftale, der tilsigter at begrænse parallelhandelen, i princippet skal anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, skyldes det, at den må formodes at ville unddrage de endelige forbrugere disse fordele af en effektiv konkurrence vedrørende forsyning og pris, skal det bemærkes, at hverken ordlyden af artikel 81, stk. 1, EF eller retspraksis kan understøtte denne konstatering.

63 Det følger på ingen måde af denne bestemmelse, at alene aftaler, der fratager forbrugerne visse fordele, kan have et konkurrencebegrænsende formål. Det skal endvidere understreges, at Domstolen har fastslået, at artikel 81 EF i lighed med traktatens øvrige konkurrenceregler ikke kun har til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan. Følgelig er konstateringen af, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, ikke betinget af, at den endelige forbruger fratages fordele af en effektiv konkurrence vedrørende forsyning og pris (jf. analogt dommen i sagen T-Mobile Netherlands m.fl., præmis 38 og 39).

64 Følgelig har Retten foretaget urigtig retsanvendelse ved at gøre tilstedeværelsen af et konkurrencebegrænsende formål betinget af, at det bevises, at aftalen medfører ulemper for den endelige forbruger, og ved ikke at fastslå, at nævnte aftale havde et sådant formål.

65 Det skal dog bemærkes, at selv om præmisserne til en dom afsagt af Retten er udtryk for en fejlagtig anvendelse af fællesskabsretten, kan tilsidesættelsen ikke medføre, at denne dom ophæves, hvis det fremgår, at dommens konklusion er støttet på andre retlige grunde (jf. i denne retning dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28, og af 12.11.1996, sag C-294/95 P, Ojha mod Kommissionen, Sml. I, s. 5863, præmis 52).

66 Det er tilfældet i denne sag. Det skal nemlig blot bemærkes, at Retten ved den appellerede doms konklusions punkt 2 har opretholdt den anfægtede beslutnings artikel 1, hvorved Kommissionen havde fastslået, at aftalen var i strid med artikel 81, stk. 1, EF. Følgelig er der ikke grundlag for at ophæve den appellerede doms konklusions punkt 2.

67 I betragtning af det ovenstående skal GSK's appel forkastes som ugrundet, for så vidt som den tilsigter at godtgøre, at aftalen var forenelig med artikel 81, stk. 1, EF.

Kommissionens, EAEPC's, Aseprofars og Republikken Polens anbringender vedrørende artikel 81, stk. 3, EF

68 Kommissionen har i såvel sit appelskrift som i sit svarskrift påberåbt sig flere anbringender vedrørende artikel 81, stk. 3, EF. Visse anbringender og visse af deres led svarer til anbringender påberåbt af EAEPC og/eller Aseprofar i deres respektive appelskrifter samt af Republikken Polen i dens interventionsindlæg. Kommissionen og EAEPC har endvidere påberåbt sig egne anbringender vedrørende artikel 81, stk. 3, EF.

Kommissionens anbringende om en urigtig gengivelse af den retlige og økonomiske sammenhæng, aftalen er en del af

69 Kommissionen har henvist til sine argumenter vedrørende artikel 81, stk. 1, EF, hvorefter den har kritiseret de præmisser i den appellerede dom, der vedrører den retlige og økonomiske sammenhæng, Retten har taget hensyn til, dvs. den appellerede doms præmis 122 og 124-137. Den har gjort gældende, at artikel 81, stk. 3, er blevet anvendt urigtigt på grundlag af forkerte særegenheder ved lægemiddelsektoren.

70 Kommissionen har tilføjet, at Retten i den appellerede doms præmis 104 har fastslået, at den omstændighed, at der sideløbende findes forskellige nationale ordninger inden for lægemiddelsektoren, kan fordreje konkurrencen. Det, som kun er en mulighed ifølge denne præmis, bliver en faktisk omstændighed i samme doms præmis 276, hvor Retten har fundet, at konkurrencen er fordrejet som følge af statslige ordninger.

71 GSK har anført, at det har besvaret dette spørgsmål som led i sin analyse af anbringendet vedrørende artikel 81, stk. 1, EF.

72 Det skal først og fremmest fastslås, at Retten i den appellerede doms præmis 122 har henvist til den situation, hvor den fordel, parallelhandelen medfører hvad angår priser, ikke overføres på den endelige forbruger, ved at fremhæve et tænkt tilfælde og ikke virkeligheden, hvilket ikke kan udgøre en urigtig gengivelse af den retlige og økonomiske sammenhæng, der er taget hensyn til i nærværende sager.

73 Endelig følger det ikke af en læsning af den appellerede doms præmis 124-137 vedrørende en sådan sammenhæng, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af denne. Retten har i disse præmisser anført denne sammenhængs væsentligste kendetegn, som desuden er gengivet i den anfægtede beslutning.

74 Endelig har Retten i den appellerede doms præmis 104 fastslået, at den omstændighed, at der sideløbende findes forskellige statslige ordninger inden for lægemiddelsektoren, kunne fordreje konkurrencen, da det blev undersøgt, om denne sideløbende tilstedeværelse betød, at artikel 81, stk. 1, EF ikke fandt anvendelse. Retten har i samme doms præmis 105 bemærket, at denne bestemmelse udelukkende var uanvendelig, når sektoren, hvori den undersøgte aftale griber ind, var underlagt en lovgivning, der udelukkede muligheden for, at aftalen hindrede, fordrejede eller begrænsede konkurrencen.

75 Retten skulle på dette tidspunkt i sin argumentation ikke fastslå, om de pågældende lovgivninger rent faktisk fordrejede konkurrencen i modsætning til, hvad der siden er fastslået i den appellerede doms præmis 276. Der er således ikke en selvmodsigelse i begrundelsen herved.

76 Kommissionens argument bør derfor forkastes som ugrundet.

Kommissionens, EAEPC's, Aseprofars og Republikken Polens anbringender om en urigtig anvendelse af pålæggelsen af bevisbyrden, det krævede bevisniveau samt af begrebet »fremme den tekniske udvikling«

77 Kommissionens anbringende om en urigtig anvendelse af pålæggelsen af bevisbyrden, det krævede bevisniveau samt af begrebet »fremme den tekniske udvikling« er fremsat i fem led, hvoraf indholdet af visse af disse svarer til indholdet af anbringenderne påberåbt af EAEPC, Aseprofar og Republikken Polen.

— Første led af Kommissionens anbringende

78 Kommissionen har gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig anvendelse af retspraksis vedrørende pålæggelse af bevisbyrden og det krævede bevisniveau inden for rammerne af artikel 81, stk. 3, EF. Den har kritiseret den appellerede doms præmis 242, som henviser til den retspraksis, kriterier og principper, der finder anvendelse på kontrollen med fusioner. Der er ingen lighed mellem undersøgelsen af en fusions konkurrencebegrænsende virkning og undersøgelsen af anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF.

79 I modsætning til, hvad der gælder i sager om fusioner, hvori de anmeldende parter ifølge Kommissionen ikke bærer nogen særlig bevisbyrde, følger det af fast retspraksis, at det som led i nævnte bestemmelse tilkommer de pågældende virksomheder at forelægge Kommissionen beviser, der kan godtgøre, at aftalen opfylder de ved denne bestemmelse fastsatte betingelser. Kommissionen har til støtte for sine argumenter påberåbt sig dommen af 13. juli 1966, Consten og Grundig mod Kommissionen (forenede sager 56/64 og 58/64, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. p. 429), og af 17. december 1985, Ford-Werke og Ford of Europe mod Kommissionen (forenede sager 25/84 og 26/84, Sml. s. 2725).

80 GSK har i sit svar støttet sig på dommen af 7. januar 2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Sml. I, s. 123, præmis 79), samt på kendelse af 28. september 2006, Unilever Bestfoods mod Kommissionen (sag C-552/03 P, Sml. I, s. 9091, præmis 102) for at godtgøre, at Retten ikke har tilsidesat reglerne for bevisbyrde. Det er GSK's opfattelse, at Retten udelukkende to gange har henvist til reglerne for fusioner, dels principalt for at beskrive Rettens kontrol med Kommissionens analyse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, dels subsidiært for at anføre, at det tilkommer Kommissionen at foretage en fremtidsanalyse, når virksomheden har fremlagt beviser.

81 Retten har udelukkende fastslået, at Kommissionen i modsætning til, hvad den burde, ikke havde taget GSK's argumenter seriøst. GSK har understreget, at Retten ligeledes har henvist til sin dom af 28. februar 2002, Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen (sag T-86/95, Sml. II, s. 1011), og af 23. oktober 2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen (sag T-65/98, Sml. II, s. 4653), som vedrører artikel 81, stk. 3, EF. Når en virksomhed ved at fremsætte relevante, troværdige og sandsynlige argumenter har godtgjort, at betingelserne i denne bestemmelse med rimelighed kunne anvendes, er Kommissionen forpligtet til at tilbagevise disse argumenter.

82 Det skal bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 233-236 har henvist til retspraksis, kriterierne og principperne, der regulerer bevisbyrden og bevisniveauet for anmodningen om fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Retten har med rette understreget, at den, der påberåber sig denne bestemmelse, ved overbevisende argumenter og beviser skal godtgøre, at de betingelser, der kræves for at være begunstiget af en fritagelse, er opfyldt (jf. i denne retning dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 45).

83 Det skal bemærkes, at bevisbyrden således påhviler den virksomhed, som anmoder om en fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Imidlertid kan de faktiske omstændigheder, som denne virksomhed har påberåbt sig, forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan

antages, at bevisbyrden er blevet løftet (jf. i denne retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 79).

84 Endvidere har Retten i den appellerede doms præmis 240, 241, 243 og 244 bemærket de principper og kriterier, der regulerer dens kontrol med Kommissionens beslutning truffet efter en anmodning om fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Den har med føje anført, at den forelagt en påstand om annullation af en sådan beslutning blot foretager en snæver kontrol af realiteten.

85 En sådan angivelse er i fuld overensstemmelse med princippet, hvorefter den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis må begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifter er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis, 279).

86 Retten har ligeledes tilføjet, at det ikke tilkommer den at sætte sit økonomiske skøn i stedet for det, der er anlagt af ophavsmanden til den beslutning, hvis lovlighed den er blevet anmodet om at efterprøve.

87 De henvisninger, Retten således har foretaget, udviser ikke urigtig retsanvendelse, og man kan ikke fastslå, at henvisningerne til retspraksis i den appellerede doms præmis 242 vedrørende fusionssager samt ordlyden af dommens præmis 269 og 303 kunne føre til en ændring af pålæggelsen af bevisbyrden samt af det bevisniveau, der kræves som led i artikel 81, stk. 3, EF.

88 Det første led af Kommissionens anbringende i denne forbindelse skal derfor forkastes.

— Det andet led af Kommissionens anbringende

89 Kommissionen har kritiseret den appellerede doms præmis 249 og 252 og har gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse ved at finde, at det er tilstrækkeligt, at den virksomhed, der ønsker at opnå fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, godtgør, at det er muligt, at der skabes øget effektivitet.

90 Dette kriterium er urigtigt i betragtning af Domstolens praksis. Kommissionen har navnlig påberåbt sig Domstolens dom i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen samt Rettens dom i sagen Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen og i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen for at underbygge, at det tilkommer den anmeldende part at godtgøre, at begrænsningen af konkurrencen medfører mærkbare objektive fordele.

91 GSK har som svar anført, at de af Kommissionen nævnte sager vedrører sager om karteller og parallelhandel i andre sektorer end lægemiddelsektoren, hvor de pågældende foranstaltninger ikke skabte væsentligt øget effektivitet, og virksomhederne ikke havde fremlagt troværdige argumenter vedrørende tilstedeværelsen af sådant udbytte. Endvidere afspejler Rettens tilgang Kommissionens beslutningspraksis i tidligere sager, hvor den har erkendt, at en aftale kan skabe fordele (Kommissionens beslutning af 7.4.2004, Air France mod Alitalia Linee Aeree Italiane SpA), kan have øget aktivitet (Kommissionens beslutning af 16.7.2003, T-Mobile Deutschland mod O2 Germany) eller at dens fordele […] er åbenbare (Kommissionens beslutning 2003/778/EF af 23.7.2003, om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (COMP/C.2-37.398 — fælles salg af de kommercielle rettigheder til UEFA Champions League). ((EUT L 291, s. 25)).

92 Det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 247 med rette har bemærket, at en aftale for at blive fritaget i henhold til artikel 81, stk. 3, EF skal bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. Et sådant bidrag kan ikke antages at findes i enhver fordel, som opnås af de virksomheder, som deltager i aftalen, idet den skal indebære mærkbare objektive fordele, som kan opveje de ulemper, aftalen medfører for konkurrencen (jf. dommen i sagen Consten og Grundig, s. 260 og 261).

93 Som generaladvokaten har understreget i punkt 193 i forslaget til afgørelse, kan en fritagelse indrømmet for en given periode kræve en fremtidsanalyse af udmøntningen af de af aftalen skabte fordele, og det er tilstrækkeligt, at Kommissionen på baggrund af de oplysninger, den er i besiddelse af, når til den overbevisning, at sandsynligheden for, at den mærkbare objektive fordel udmønter sig, for at finde, at aftalen indebærer en sådan fordel.

94 Retten har således ikke foretaget urigtig retsanvendelse i den appellerede doms præmis 249 ved at finde, at Kommissionens skridt kan omfatte en undersøgelse af, om det i betragtning af de forelagte faktiske omstændigheder og beviser er mere sandsynligt, at den pågældende aftale giver mulighed for at opnå mærkbare objektive fordele, eller at dette ikke er tilfældet.

95 Retten har heller ikke foretaget urigtig retsanvendelse i den appellerede doms præmis 252 ved at bemærke, at det skulle undersøges, om Kommissionen havde grundlag for at konkludere, at de omstændigheder og beviser, som GSK havde forelagt, og som indebar en fremtidsanalyse, ikke med tilstrækkelig grad af sandsynlighed godtgjorde, at aftalens artikel 4 gav mulighed for at opnå en mærkbar objektiv fordel, som kunne opveje den skade, den medførte for konkurrencen, idet den fremmede innovationen.

96 Det andet led af Kommissionens anbringende må derfor forkastes som ugrundet.

— Det tredje led af Kommissionens anbringende og EAEPC's andet anbringende

97 Kommissionen har kritiseret den appellerede doms præmis 276 og 301 samt 162-169 og 281-293. Den har gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF ved at finde, at opbygningen af prisforskellene medførte en strengere bevisbyrde og gjorde undersøgelsen af rækkevidden af den eventuelt øgede effektivitet unødvendig. Det er Kommissionens opfattelse, at Retten har vist, at den krævede, at Kommissionen undersøgte GSK's argumenter, fordi den situation, dette selskab var stillet over for, var strukturel.

98 Kommissionen har navnlig understreget, at såfremt fænomenet, som Retten har anført i den appellerede doms præmis 284, kun er strukturelt, fordi priserne på det samme lægemiddel er forskellig i de forskellige medlemsstater, er alle fænomener således strukturelle, for så vidt som man meget sjældent finder et forbrugsgode, hvis pris er den samme i hele Fællesskabet. Det er Kommissionens opfattelse, at problemerne i lægemiddelsektoren ikke er mere strukturelle end i andre sektorer, og den har aldrig anset pengebevægelserne for udelukkende at være et væsentligt forhold, der forværrer et andet strukturelt problem. Endelig kan omfanget af Kommissionens forpligtelser hvad angår vurderingen af beviserne i modsætning til, hvad Retten har fundet, ikke afhænge af den lovgivningsmæssige sammenhæng. Der foreligger således en selvmodsigelse i den appellerede doms begrundelse, for så vidt som Retten i dennes præmis 192 endvidere har fastslået, at »[d]en omstændighed, at den retlige og økonomiske sammenhæng, som virksomhederne arbejder inden for, bidrager til at begrænse konkurrencen, kan ikke bevirke, at det billiges, at disse virksomheder gennem en hindring eller en begrænsning af den konkurrence, som findes eller opstår på trods af denne sammenhæng, selv handler i strid med konkurrencereglerne«.

99 GSK har henvist til de studier, der ifølge denne forklarer årsagerne til, at forskningen og udviklingen inden for lægemidler kun kan finansieres ved løbende indtægter. Selskabet har fremhævet de præmisser i den appellerede dom, hvor Retten har gentaget de af Kommissionens konklusioner, der er fundet uargumenterede, stykvise og kortfattede.

100 EAEPC har for sit vedkommende kritiseret den appellerede dom, fordi det tilkom GSK at godtgøre, at alle betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF var opfyldt, samt at de generelle betragtninger, denne virksomhed har påberåbt sig, ikke var tilstrækkelige. Kommissionen skulle ikke på grundlag af disse generelle betragtninger have fundet, at fremme af innovationen var en mærkbar objektiv fordel. EAEPC har navnlig kritiseret den appellerede doms præmis 236, eftersom dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, som Retten har henvist til, ikke indebærer, at reglen om fritagelse fra bevisbyrden finder anvendelse. Bevisbyrden, der gælder for artikel 81, stk. 3, EF, overføres kun til Kommissionen, såfremt der fremlægges bestemte beviser i form af formodning. Generelle argumenter kan, selv om de vedrører lægemiddelsektorens retlige og økonomiske sammenhæng, ikke udvise sådanne formodninger.

101 GSK har som svar gjort gældende, at Retten med føje har krævet, at Kommissionen undersøger den retlige og økonomiske sammenhæng, der dannede grundlag for GSK's argumentation og beviser. De af GSK fremlagte beviser er ikke generelle og upræcise, men understreger derimod den retlige og økonomiske sammenhæng, der skal tages i betragtning, for at analysen giver mening. Endelig har Retten anvendt bevisbyrderegler ved at anmode Kommissionens om at foretage en tilstrækkelig grundig undersøgelse af de faktiske argumenter og beviser, GSK har forelagt den. GSK's beviser var tilstrækkelige til at godtgøre, at aftalen kunne indrømmes en fritagelse.

102 Det skal bemærkes, at undersøgelsen af en aftale for at afgøre, om denne bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, og om nævnte aftale kan skabe mærkbare objektive fordele, skal foretages i betragtning af de faktiske omstændigheder og beviser, der er fremlagt som led i en anmodning om fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

103 En sådan undersøgelse kan nødvendiggøre, at der tages hensyn til kendetegnene og de eventuelle særegenheder ved den af aftalen berørte sektor, såfremt disse kendetegn og særegenheder er afgørende for resultatet af undersøgelsen. Det skal tilføjes, at en sådan hensyntagen ikke betyder, at bevisbyrden vendes, men blot sikrer, at undersøgelsen af

anmodningen om fritagelse foretages i betragtning af de passende faktiske argumenter og beviser, ansøgeren har forelagt.

104 Retten har ikke foretaget urigtig retsanvendelse ved i det væsentlige i den appellerede doms præmis 276 og 303 at fastslå, at Kommissionen med urette undlod at tage hensyn til visse forhold, GSK havde fremhævet i sin anmodning, herunder navnlig den pågældende lægemiddelsektors strukturelle særegenheder, og at en sådan undladelse betød, at undersøgelsen af GSK's anmodning om fritagelse var behæftet med en retlig fejl.

105 Hvad angår den af Kommissionen påberåbte utilstrækkelige begrundelse med hensyn til den appellerede doms præmis 292, som vedrører prisforskellene og kursudsvingene, har institutionen gjort gældende, at det i nævnte præmis er umuligt at fastslå, hvilken del i Kommissionens meddelelse KOM(1998) 588 endelig af 25. november 1999 om det indre marked for lægemidler, der henvises til. Det er imidlertid tilstrækkeligt at henvise til indholdet af nævnte meddelelse, som Retten har sammenfattet den i den appellerede doms præmis 264, og som Kommissionen ikke har bestridt, for at identificere de to punkter i denne meddelelse vedrørende prisforskellene og kursudsvingene, som Retten har henvist til.

106 Det tredje led af Kommissionens anbringende og EAEPC's andet anbringende skal således forkastes som ugrundet.

— Det fjerde led af Kommissionen anbringende

107 Kommissionen har kritiseret den appellerede doms præmis 292 og 293. Retten har heri fundet, at valutaudsving kan berettige, at konkurrencen begrænses, hvilket er en urigtig anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF.

108 Fællesskabslovgivningen giver ikke virksomhederne mulighed for at påberåbe sig valutaudsving for at berettige hindringer for parallelhandelen.

109 Det skal bemærkes, at Retten i de kritiserede præmisser i den appellerede dom ikke har fastslået, at en konkurrencebegrænsende aftale, der skal kompensere for valutaudsving, kan fritages i henhold til artikel 83, stk. 3, EF.

110 Retten har i de nævnte præmisser blot fastslået følgende:

»292 For så vidt angår det andet aspekt bemærkes, at parallelhandel er et fænomen, der kan strække sig ud over det korte tidsrum, som Kommissionen har taget hensyn til, ikke alene som følge af de varige prisforskelle, som muliggør den, men også som følge af den cykliske karakter af kursudsving, for så vidt som disse fortsat findes. Kommissionen er ifølge meddelelse KOM(1998) 588 endelig […] enig heri. I sit svarskrift indrømmede Kommissionen endvidere, at valutaudsving fortsat er en realitet for de medlemsstater, der ikke tilsluttede sig tredje fase af [Den Økonomiske Monetære Union] i 1999, hvortil Det Forenede Kongerige netop hører.

293 I denne kontekst er de taleksempler, som GSK har oplyst, udtryk for en tendens. Det spørgsmål, som Kommissionen rejste i betragtning 168 til [den anfægtede beslutning], nemlig om de tal, som GSK havde oplyst vedrørende tab af bruttoindtægter i 1998, kunne være overdrevne, rejser ikke tvivl om denne konklusion. Det tal, der blev oplyst den 14. december 1998 og den 14. februar 2000, er fortsat højere end tallet for de to forudgående år, som det fremgår af betragtning 67 til [den anfægtede beslutning]. Endvidere er GSK's forklaring om, at det tidligere — den 28. juli 1998 — oplyste tal var et skøn, mens det tal, der blev oplyst i december 1998 og i februar 2000, var reelt og skyldtes den omstændighed, at [aftalen], som det fremgår af betragtning 19, 23, 26, 64, 67 og 168 til [den anfægtede beslutning], havde fundet anvendelse fra foråret til efteråret 1998, tilstrækkeligt troværdig til at kræve en seriøs undersøgelse.«

111 Det fjerde led af Kommissionens anbringende må således forkastes som ugrundet.

— Femte led af Kommissionens anbringende støttet af Republikken Polen og første led af Aseprofars andet anbringende

112 Kommissionen har kritiseret den appellerede doms præmis 255, 269, 274, 281, 291 og 300. Den har fundet, at nævnte dom foretager en urigtig anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF ved at fastslå, at konkurrencebegrænsningen bidrager til den tekniske udvikling, eftersom indtægtsforøgelsen begunstiger producenten og ikke grossisten. Den har i den forbindelse understreget, at det skal afgøres, om begrænsningen rent faktisk bidrager til den tekniske udvikling, og ikke om den medfører en indtægtsforøgelse, der, såfremt virksomhederne ønsker det, kan investeres i forskning og udvikling. Det er ikke tilstrækkeligt, at en lille del af indtægtsforøgelsen går til udgifter til forskning og udvikling, og at den begunstiger producenterne og ikke mellemhandlerne. Kommissionen har tilføjet, at Retten i modsætning til, hvad der er fastslået i dommen af 27. januar 1987, Verband der Sachversicherer mod Kommissionen (sag 45/85, Sml. s. 405), i den appellerede dom har fundet, at det er tilstrækkeligt, at en lille del af indtægtsforøgelsen går til udgifter til forskning og udvikling, for at denne betingelse er opfyldt. Den har fundet, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse ved at tillade, at betingelsen vedrørende forbedringen af fordelingen af varerne eller fremme af den tekniske udvikling kan være opfyldt, når der ikke er nogen konkret forbindelse mellem konkurrencebegrænsningen og den påberåbte fordel.

113 GSK har svaret ved at fremlægge forbindelsen mellem begunstigelse og investering på området for forskning og udvikling. Denne forbindelse skal analyseres i betragtning af kvantitative samlede studier over en lang periode frem for over nogle måneder.

114 Aseprofar har ligeledes gjort gældende, at der er foretaget urigtig retsanvendelse i denne forbindelse. GSK's argumentation, hvorefter parallelhandelen nedsætter dets overskud og således dets udgifter til forskning og udvikling og følgelig dets innovation,

er hypotetisk og generel, for så vidt som det kan gælde for enhver konkurrencebegrænsning i alle sektorer med intens forskning og udvikling. Argumentationen støttet på årsagsforbindelsen mellem parallelhandelen og innovationen er således urigtig.

115 GSK har til støtte for sit svar fremlagt lægemiddelvirksomhedernes metode til finansiering af forskning. Den har ligeledes forklaret, at patienter i Det Forenede Kongerige ikke drager fordel af parallelhandelen med lægemidler. Aseprofar har givet en simplificeret og fordrejet version af dens opfattelse. Problemet er, at Kommissionen ikke gjorde sig den ulejlighed at undersøge, om aftalen indeholdt »nævneværdige objektive fordele«. Den har fundet, Aseprofars faktuelle angivelser må afvises og under alle omstændigheder er ugrundede. Retten har blot bemærket, at GSK's argumenter skulle undersøges.

116 Det skal bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 255 og 270-274 blot har fremlagt henholdsvis hvordan GSK's argumenter blev udtrykt, og hvad argumenterne vedrørende effektivitetstabet forbundet med parallelhandelen bestod i.

117 Retten har endvidere ved i dommens præmis 269 at henvise til samme doms præmis 242 bemærket omfanget af sin prøvelse af Kommissionens vurdering.

118 Retten har i den appellerede doms præmis 281, 297 og 303 efterfølgende fundet, at Kommissionen ikke havde taget hensyn til alle de relevante forhold, som GSK havde fremlagt hvad angår effektivitetstabet forbundet med parallelhandelen, effektiviseringen skabt af aftalens artikel 4, før den fastslog, at den anfægtede beslutning var behæftet med en mangel på undersøgelse.

119 Det følger ikke af disse forskellige forhold, at der er foretaget nogen form for urigtig retsanvendelse i denne henseende. Det kan ikke gyldigt godtgøres, at der er foretaget nogen urigtig gengivelse af GSK's argumenter og urigtig retsanvendelse hvad angår omfanget af Rettens prøvelse af Kommissionens vurdering.

120 Det skal tilføjes, at det i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, ikke følger af dommen i sagen Verband der Sachversicherer mod Kommissionen, at tilstedeværelsen af en mærkbar objektiv fordel nødvendigvis forudsætter, at samtlige yderligere økonomiske midler investeres i forskning og udvikling.

121 Det femte led af Kommissionens anbringende og det første led af Aseprofars andet anbringende skal således forkastes som ugrundede.

Kommissionens og EAEPC-'s anbringender om en urigtig gengivelse af indholdet af den anfægtede beslutning samt Kommissionens anbringende om muligheden for at forholde sig til tidligere begivenheder.

122 Kommissionen har gjort gældende, at Retten har gengivet beslutningens indhold urigtigt ved at fastslå, at den udelukkende havde undersøgt den øgede effektivitet i én betragtning til den anfægtede beslutning. Kommissionen har endvidere fundet, at Retten har foretaget urigtig anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF ved at fastslå, at den ikke med føje kunne henvise til tidligere begivenheder for at foretage en fremtidsanalyse.

123 Kommissionen har kritiseret den appellerede doms præmis 261, hvori Retten har fastslået, at Kommissionen ikke fandt det fornødent nærmere at undersøge, om det var bevist, at aftalens artikel 4 medførte en øget effektivitet, idet den kun behandlede dette spørgsmål én gang, nemlig i punkt 156 i begrundelsen for den anfægtede beslutning. Den har ligeledes anfægtet samme doms præmis 299 ff., hvorefter Retten fandt, at

Kommissionen ikke bindende og uimodsagt kunne lægge til grund, at de faktiske argumenter og beviser, som GSK havde fremlagt, skulle anses for hypotetiske.

124 Kommissionen har understreget, at den i den anfægtede beslutning har behandlet den øgede effektivitet, og har anført, at den har beskrevet de tidligere begivenheder, som beviser, at der ikke er åbenbar forbindelse mellem parallelhandelen og forsknings- og udviklingsbudgetterne. Kommissionen har således i modsætning til Rettens opfattelse desangående med føje støttet sig på omstændigheder, der er sket tidligere, samt på oplysninger om årene efter den anfægtede beslutning.

125 GSK har fundet, at det ikke var upassende og i hvert fald ikke udgjorde urigtig retsanvendelse, at Retten stillet over for en beslutning, hvori Kommissionen nægtede at give selskabets seriøse og sandsynlige argumenter et rimeligt og begrundet svar, annullerede den anfægtede beslutning desangående.

126 Det er EAEPC's opfattelse, at Retten kunstigt har opdelt GSK's argumentation i to dele. GSK's argument, der tilsigter at godtgøre, at parallelhandelen medfører et effektivitetstab, og at aftalens artikel 4 medfører øget aktivitet, skal i modsætning til, hvad Retten har fundet i den appellerede doms præmis 255, ikke deles i to dele. Retten kunne ikke med rette i dommens præmis 261 finde, at Kommissionen ikke nærmere havde undersøgt den anden del af GSK's argument vedrørende nævnte artikel 4.

127 GSK har anført, at EAEPC's argument hverken er passende eller relevant. Argumentet er formalistisk, eftersom Retten i den appellerede doms præmis 262 har fundet, at »den undersøgelse, som Kommissionen foretog af den mindre effektivitet som følge af parallelhandelen, omfanget af denne lavere effektivitet samt den højere effektivitet som følge af artikel 4 i [aftalen], derfor ikke [kan] anses for tilstrækkelig som begrundelse for de konklusioner, som Kommissionen nåede frem til med hensyn til disse«. Under alle omstændigheder ville den anfægtede beslutning være blevet annulleret, ikke som følge af opbygningen af argumentationen, men som følge af Kommissionens utilstrækkelige undersøgelse. GSK har tilføjet, at selskabets argumentation hele tiden har været fremsat

omkring to led, nemlig at parallelhandelen medfører et effektivitetstab, og at aftalens artikel 4 medfører øget effektivitet, og Retten har med føje sondret mellem disse to led i argumentationen.

128 Det skal fastslås, at Retten som led i den prøvelse, den udøver med hensyn til, hvorledes Kommissionen har undersøgt de faktiske omstændigheder og beviser fremlagt af GSK for at godtgøre, at der foreligger en mærkbar objektiv fordel, i den appellerede doms præmis 263-268 for det første har undersøgt disse omstændigheders og bevisers relevans. For det andet har den i denne doms præmis 269-280 behandlet tilstedeværelsen af et effektivitetstab forbundet med parallelhandelen, inden den for det tredje i dommens præmis 281-293 har undersøgt omfanget af dette effektivitetstab. Endelig har den for det fjerde og sidste i dommens præmis 294-303 undersøgt den øgede effektivitet forbundet med aftalens artikel 4.

129 Denne firleddede undersøgelse, som går forud for afvejningen i den appellerede doms præmis 304-307 af den mærkbare objektive fordel, der er identificeret i konkurrencebegrænsningen med de ulemper, denne begrænsning kan skabe for konkurrencen, tilsigter til brug for nærværende sager åbenbart at afgøre, om Kommissionen for at afvise fritagelsen i henhold til artikel 81, stk. 3, EF med føje kunne fastslå, at der ikke forelå en mærkbar objektiv fordel.

130 Retten har herved udøvet sin kontrol med henblik på at afgøre, om Kommissionen havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn, og det fremgår ikke, at der som led i udøvelsen af denne kontrol er foretaget urigtig retsanvendelse.

131 Retten kunne således i den appellerede doms præmis 261 fastslå, at Kommissionen i det væsentlige havde undersøgt, om det var godtgjort, at parallelhandelen medførte et effektivitetstab for konkurrencen, og at den ikke fandt det fornødent nærmere at undersøge, om det var bevist, at aftalens artikel 4 medførte en øget effektivitet for denne. Den har derfor i denne doms præmis 262 fastslået, at Kommissionens undersøgelse ikke var tilstrækkelig.

132 Endvidere skal det hvad angår hensyntagen til tidligere begivenheder blot, som generaladvokaten har bemærket i punkt 247 i forslaget til afgørelse, fastslås, at Retten i modsætning til, hvad Kommissionen har anført, ikke har udelukket, at Kommissionen kan lægge vægt på sådanne begivenheder.

133 Kommissionens og EAEPC's anbringender i denne henseende skal således forkastes som ugrundede.

EAEPC's anbringender om urigtig fortolkning

134 EAEPC har gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig fortolkning af eller undladt at fortolke de faktiske omstændigheder. Den har i denne forbindelse navnlig kritiseret den appellerede doms præmis 275-277. EAPC har bemærket, at Kommissionen havde undersøgt GSK's konkrete argumenter og med føje fundet, at selskabet ikke tilstrækkeligt havde godtgjort årsagsforbindelsen mellem nedsættelsen af parallelhandelen som følge af indsættelsen af aftalens artikel 4 og den yderligere innovation som følge af en forhøjelse af udgifterne til forskning og udvikling. Det følger af Frontier Economics' analyse II, som GSK har fremlagt, at »det aldrig er blevet anført, at parallelhandelen er den væsentligste faktor inden for forskning og udvikling«. Retten har støttet sin vurdering på urigtige faktiske omstændigheder, nemlig den omstændighed at den endelige forbruger i den medicinske sektor udelukkende er patienten, uden hensyn til, at det nationale sundhedssystem ligeledes skal betragtes som sådan.

135 GSK har i det væsentlige svaret, at det væsentligste forhold i Rettens argumentation er støttet på den omstændighed, at den begrænsende virkning på trods af, at den var mærkbar, ikke var umiddelbar og i hvert fald ikke kunne forudsættes under hensyn til lovgivningsrammerne for lægemiddelsektoren.

136 Det skal, således som generaladvokaten har anført i punkt 280 i forslaget til afgørelse, fastslås, at det ikke følger af den appellerede dom og navnlig ikke dens præmis 277, at Retten af Frontier Economics' analyse II udledte, at der var direkte forbindelse mellem parallelhandelen og udgifterne til forskning og udvikling.

137 Det følger heller ikke af navnlig den appellerede doms præmis 275, at Retten har gengivet den anfægtede beslutning urigtigt ved at finde, at Kommissionen havde undladt at foretage en indgående undersøgelse af de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK havde fremlagt.

138 Som allerede fastslået i denne doms præmis 130, har Retten udøvet sin kontrol med henblik på at afgøre, om Kommissionen havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn, og det fremgår ikke, at der som led i udøvelsen af denne kontrol er foretaget urigtig retsanvendelse.

139 EAEPC's anbringender om urigtig fortolkning skal derfor forkastes som ugrundede.

Kommissionens og Aseprofars anbringender om urigtig fortolkning af den gældende domstolskontrol

140 Kommissionen har fremsat sit anbringende i to led, hvoraf indholdet af det andet i det væsentlige svarer til et af Aseprofars anbringender.

141 Hvad angår det første led af Kommissionens anbringende har den gjort gældende, at Retten ved den appellerede dom hverken har fastslået en utilstrækkelig begrundelse eller et åbenbart urigtigt skøn, men at den har skabt en ny kategori fejl, der kan prøves, nemlig »mangel på seriøs undersøgelse«, som er ukendt i retspraksis om domstolskontrollen inden for rammerne af artikel 81, stk. 3, EF. Kommissionen har henvist til den appellerede doms præmis 269, 277, 281, 286 og 313. Det er dens opfattelse, at Domstolen aldrig har anvendt begrundelsen »mangel på seriøs undersøgelse«, og Retten har ikke godtgjort, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn. En korrekt fastsat bevisbyrde og bevisniveau burde have ført Retten til at frifinde Kommissionen eller i hvert fald til at forklare, hvor der var anlagt et åbenbart urigtigt skøn.

142 GSK har besvaret dette med, at Retten har foreholdt Kommissionen, at den ikke har foretaget en vurdering af GSK's detaljerede og seriøse argumenter, hvilket ikke ændrer karakteren af den prøvelse, den skal udøve. Den omstændighed, at den ikke har »vurderet« de nævnte argumenter, er omfattet af området for efterprøvelsen af det åbenbart urigtige skøn.

143 Kommissionen har hvad angår sit anbringendes andet led ganske som Aseprofar som led i sit anbringende gjort gældende, at Retten har overskredet en rimelig grad af efterprøvelse ved i modsætning til, hvad der er bemærket i den appellerede doms præmis 243, at erstatte Kommissionens økonomiske vurdering med sin egen. Kommissionen har navnlig kritiseret den appellerede doms præmis 278, hvori Retten har fastslået, at Kommissionen »ikke [tager] hensyn til GSK's argumenter om, at dets overskud skal tages med forbehold, idet der skal tages hensyn til opgørelsesmetoden«. En sådan begrundelse er så kortfattet, at det som følge heraf er umuligt at vide, hvad Retten henviser til.

144 Aseprofar har tilføjet, at Retten skulle have efterprøvet, om der forelå et åbenbart urigtigt skøn, i stedet for at udtrykke en anden opfattelse end Kommissionens og erstatte Kommissionens vurdering med sin egen.

145 GSK har af de samme årsager som påberåbt hvad angår det første led af Kommissionens anbringende anfægtet den omstændighed, at Rettens efterprøvelse kunne medføre, at Kommissionens vurdering blev erstattet af Rettens.

146 Som det allerede er bemærket i denne doms præmis 85, udøver Fællesskabets retsinstanser en snæver kontrol vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen. Disse retsinstanser må i den forbindelse begrænse sig til en efterprøvelse af, om formforskrifter er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning.

147 Retten kan som led i denne kontrol efterprøve, om Kommissionen har begrundet den anfægtede beslutning tilstrækkeligt (jf. i denne retning dommen i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, præmis 40, og af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 28 og 29).

148 Retten har således med rette kunnet efterprøve begrundelsen for den anfægtede beslutning for så vidt angår argumenterne om de faktiske omstændigheder og de relevante beviser, GSK har fremlagt til støtte for sin anmodning om fritagelse.

149 Det skal endvidere bemærkes, at Retten blot har fastslået, Kommissionen ikke havde taget hensyn til GSK's argumenter om de faktiske omstændigheder og relevante beviser og ikke har erstattet Kommissionens argumenter for indrømmelsen af fritagelsen med sine egne.

150 Kommissionens anbringende i dets to led samt Aseprofars anbringende skal således forkastes som ugrundede.

Kommissionens og Aseprofars anbringender om utilstrækkelig begrundelse

151 Kommissionen har gjort gældende, at begrundelsen i den appellerede doms præmis 263 er utilstrækkelig. Det udtales i denne præmis:

»Det bemærkes, at de faktiske omstændigheder, som GSK har gjort gældende, og de beviser, som er fremlagt til støtte herfor, indholdsmæssigt virker relevante, troværdige og sandsynlige […], og at de selv i flere væsentlige henseender underbygges af dokumenter fra Kommissionen.«

152 Kommissionen har fremhævet, at den appellerede doms præmis 265 og 266 forværrer den utilstrækkelige begrundelse, og har i den forbindelse understreget, at når Retten navnlig i nævnte præmis 265 har fastslået, at »en del af [GSK's] argumenter og den økonomiske analyse i de bevisdokumenter, der er fremlagt til støtte for dem, hvilket godtgør deres troværdighed og sandsynlighed«, underbygges af meddelelse KOM (1998) 588 endelig, er det ikke muligt at afgøre, hvilke af disse forhold der rent faktisk underbygges.

153 Kommissionen har tilføjet, at sagsakterne ikke indeholder beviser, der søger at godtgøre, at GSK er forhindret i at øge sit budget til forskning og udvikling i et forhold, der svarer til den meget beskedne indtægtsmangel forårsaget af parallelhandelen med dets varer.

154 Aseprofar har i samme retning gjort gældende, at Retten ikke har forklaret, hvorfor Kommissionens centrale forhold var behæftet med en mangel, dvs. at årsagsforbindelsen mellem parallelhandelen og innovationen ikke var godtgjort.

155 I den forbindelse ses den begrundelsespligt, der påhviler Retten i henhold til artikel 36 og artikel 53, stk. 1, i Domstolens procesreglement (jf. dom af 2.4.2009, sag C-431/07 P, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2665, præmis 42), ikke at være tilsidesat i denne sag.

156 Det skal nemlig understreges, at Retten i den appellerede doms præmis 255-259 har gentaget de forskellige argumenter om de faktiske omstændigheder og beviser, som GSK har fremlagt. Retten har i samme doms præmis 261 udtalt, at Kommissionen i den anfægtede beslutning i det væsentlige havde undersøgt, om det var godtgjort, at parallelhandelen medførte en lavere effektivitet, uden at den fandt det fornødent at undersøge, om det var bevist, at aftalens artikel 4 for sin del medførte en øget effektivitet.

157 Retten har i den appellerede doms præmis 262 tilføjet, at Kommissionens undersøgelse af relevansen af GSK's argumenter om de faktiske omstændigheder og beviser ikke kunne anses for tilstrækkelig som begrundelse for dens konklusioner.

158 Retten har, som det allerede er anført i denne doms præmis 128, fulgt op på denne betragtning med en analyse af de faktiske argumenter og beviser fremlagt af GSK samt med en analyse af effektivitetstabet forbundet med parallelhandelen, omfanget af dette effektivitetstab, den øgede effektivitet forbundet med aftalens artikel 4 og afvejningen af disse forskellige forhold.

159 Kommissionens og Aseprofars anbringender påberåbt i denne forbindelse skal således forkastes som ugrundede.

Kommissionens og Aseprofars anbringender vedrørende de andre betingelser for anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF

160 Kommissionen har kritiseret den appellerede doms præmis 309 og har fundet, at den appellerede dom ikke indeholder nogen begrundelse vedrørende begrænsningens »nødvendige karakter«.

161 Aseprofar har endvidere gjort gældende, at Retten begået en åbenbar fejl i den appellerede doms præmis 235-240, hvori den har erklæret, at Kommissionen havde koncentreret sin undersøgelse om den første betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF. Retten har ikke vurderet, om Kommissionens analyse af argumenterne om, at en væsentlig del af den øgede effektivitet ville blive overført til forbrugerne, som ville kunne drage fordel heraf, var begrundet. Retten skulle ligeledes have undersøgt, om Kommissionen havde begået en åbenbar fejl ved at fastslå, at GSK ikke havde godtgjort, at selskabets begrænsning var nødvendig for innovationen. Endvidere var Kommissionen i modsætning til, hvad Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 315, ikke forpligtet til at afvise argumenter, GSK ikke har rejst, hvad angår betingelsen om, at konkurrencen ikke må begrænses væsentligt.

162 GSK har som svar anført, at genstanden for domstolskontrollen ikke er at afgøre, om Kommissionen skulle have indrømmet fritagelsen. I henhold til forordning nr. 17 er Kommissionen enekompetent til at foretage denne vurdering, hvilket forklarer, at Retten har forbundet analysen af den anden, tredje og fjerde betingelse for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF efter afslutningen af analysen af den første betingelse. Retten har med rette i den appellerede doms præmis 309 fastslået, at det »fremgår […] af [den anfægtede beslutning] samt af indlæg i retsmødet, at Kommissionens summariske konklusion vedrørende virkningen for forbrugeren, nødvendigheden af artikel 4 i [aftalen] og den omstændighed, at konkurrencen ikke udelukkes, bygger på konklusionen om øget effektivitet«. Retten har i dommens præmis 310 med rette fastslået, at »[d]a sidstnævnte konklusion er retsstridig, for så vidt som den vedrører bidrag til fremme af den tekniske udvikling, er de konklusioner, der støttes på denne, ugyldige«.

163 For det første kan Retten ikke sætte sit økonomiske skøn i stedet for det, som udstederen af den beslutning, hvis lovlighed den skal efterprøve, har anlagt. Som bemærket i denne doms præmis 85, udøver Fællesskabets retsinstanser en snæver kontrol vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, som begrænser sig til, om formforskrifter er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning.

164 Retten undersøger som led i en sådan kontrol, når Kommissionen ikke har fremlagt årsager vedrørende en af betingelserne fastsat i artikel 81, stk. 3, EF, om Kommissionens beslutnings begrundelse for denne betingelse er tilstrækkelig.

165 Retten har netop foretaget dette i den appellerede doms præmis 309.

166 For det andet skal det fastslås, at Retten ikke har foretaget en urigtig gengivelse af indholdet af betragtning 187 til den anfægtede beslutning ved at fastslå, at Kommissionens konklusioner, som havde fundet, at aftalens artikel 4 ikke var nødvendig, var utilstrækkelige, idet de var støttet på en konstatering af, at denne bestemmelse ikke medførte en mærkbar objektiv fordel.

167 Kommissionens og Aseprofars anbringender i denne henseende må således forkastes som ugrundede.

168 Det følger af det ovenfor anførte i det hele, at GSK's, EAEPC's, Aseprofars og Kommissionens appeller skal forkastes.

Sagens omkostninger

169 Procesreglementets artikel 122, stk. 1, bestemmer, at såfremt der ikke gives appellanten medhold, eller såfremt der gives appellanten medhold, og Domstolen endeligt afgør sagen, træffer den afgørelse om sagens omkostninger. Ifølge nævnte reglements artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme reglements artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Reglementets artikel 69, stk. 3, første afsnit, bestemmer imidlertid, at Domstolen kan fordele omkostningerne eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, såfremt en eller flere af parternes påstande forkastes. Ifølge artikel 69, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger.

170 I denne sag skal GSK, EAEPC, Aseprofar og Kommissionen pålægges at bære deres egne omkostninger i forbindelse med deres respektive sager, eftersom de har tabt sagerne, og det besluttes, at Republikken Polen skal bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

1) Appellerne iværksat af GlaxoSmithKline Services Unlimited, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, European Association of Euro Pharmaceutical Companies og Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos forkastes.

2) Hver part bærer sine egne omkostninger i forbindelse med de respektive sager.

3) Republikken Polen bærer sine egne omkostninger.

Underskrifter